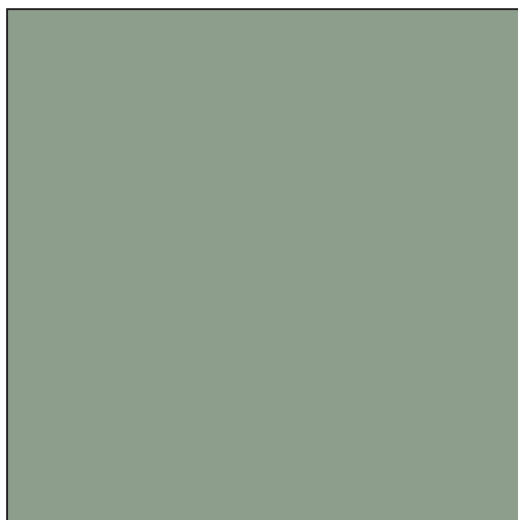


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

100



PAOLO GROSSI

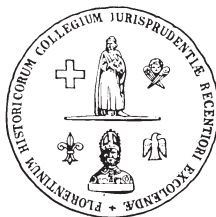
**SCRITTI
CANONISTICI**

a cura di
CARLO FANTAPPIÈ



GIUFFRÈ EDITORE

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTESIMO

Per la storia del pensiero giuridico moderno

100

PAOLO GROSSI

SCRITTI CANONISTICI

a cura di CARLO FANTAPPIÈ



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-18137-3

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2013

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

INTRODUZIONE

CARLO FANTAPPIÈ

PAOLO GROSSI INTERPRETE DEL DIRITTO CANONICO (*)

Premessa. — 1. Gli studi canonistici negli anni della maturazione scientifica. — 2. Primo momento: la fondazione storico-teologica del diritto canonico. — 3. Secondo momento: il difficile rapporto tra codificazioni e diritto canonico. — 4. Terzo momento: il diritto canonico come mentalità giuridica. — 5. Riflessioni conclusive.

Premessa.

Con la ristampa degli scritti canonistici si vorrebbe valorizzare il contributo scientifico e la proposta interpretativa che Paolo Grossi ha generosamente offerto ad una branca dell'universo giuridico da lui sempre ritenuta importante. Con l'occasione vorremmo anche tentare di ripercorrere, almeno per alcuni tratti, il suo itinerario intellettuale dalla particolare prospettiva del diritto canonico.

Alcune considerazioni preliminari mostrano che queste due prospettive sono strettamente connesse. Gli studi canonistici di Grossi non possono essere ristretti alla fase preliminare della sua opera giuridica e neppure venire confinati in un ambito isolato e conchiuso delle sue indagini ⁽¹⁾. Piuttosto essi, per quanto distribuiti irregolarmente negli anni, si intrecciano fortemente con la sua

(*) Il rinvio alle pagine degli scritti canonistici di Paolo Grossi si riferisce alla numerazione della presente edizione.

⁽¹⁾ Alla domanda di Guido Alpa se l'amplessimo spettro della sua ricerca scientifica sia riconducibile ad alcune costanti, Grossi ha risposto che « i sentieri fondamentali possano ridursi a due, quello canonistico percorso da me sulla scia delle suggestioni dell'insegnamento davackiano, e quello privatistico che ha assorbito buona parte della mia attività di ricercatore » (*Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari 2011, pp. 249-250). Più di recente egli ha inserito tra le « esperienze confirmative » della sua « visione del diritto », oltre lo studio del diritto privato comune e del diritto canonico, anche quello del diritto agrario (P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Napoli 2012, pp. 28-38).

biografia: si inaugurano con la tesi di laurea sulla storia delle istituzioni monastiche, si consolidano con l'insegnamento collaterale di diritto canonico e di storia del diritto canonico nella Facoltà giuridica fiorentina, si concretano, più tardi, nell'ufficio di giudice del Tribunale Ecclesiastico Regionale Etrusco. E sebbene divengano secondari dopo il 1966, quando la sua attività viene assorbita dalla storia del diritto per motivi accademici, mai si spengono; anzi riaffiorano con lo stesso slancio giovanile in alcuni momenti e luoghi emblematici della maturità. Non per nulla essi occupano un rilievo che potrebbe apparire insolito nelle sue più recenti opere generali sul diritto medievale e sul diritto nella storia dell'Europa (2).

Se la vita e le opere di Grossi sono così a fondo segnate dalla presenza del diritto canonico (3), sembra doveroso domandarsi quale rapporto intercorra, nella delineazione della sua poliedrica figura, tra lo storico del diritto, il giurista e il canonista (4).

Queste pagine introduttive si propongono di rispondere a tale interrogativo: 1) inquadrando gli scritti canonistici nel loro contesto ossia ricreando, per quanto possibile, lo sfondo culturale, fatto di correnti, di metodologie, di uomini in cui ciascuno di essi si colloca; 2) richiamando i nessi e gli elementi di continuità tra le indagini

(2) Nel ripercorrere il suo cammino di ricerca, Grossi stesso, da un lato ha affermato « la continuità della *sua* attenzione [al filone di ricerca canonistico] (anche se la linea ha uno svolgimento carsico con apparenti interruzioni almeno a livello della sua manifestazione esterna », dall'altro ha indicato tre momenti dell'affinamento di « una proposta culturalmente più fondata » dopo la « lezione di d'Avack »: l'ideazione de *L'ordine giuridico medievale* (1995), il discorso inaugurale sull'*aequitas* canonica al Tribunale Ecclesiastico Etrusco (1998), la lezione urbinata su *Diritto canonico e cultura giuridica* (2003) (P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna 2008, pp. 50-51, 54).

(3) Alle vita e alle opere si potrebbe aggiungere la lingua giuridica di Grossi, il cui esame farebbe emergere le ascendenze teologico-canonistiche della sua rappresentazione antropologica e delle opzioni lessicali, selezionate col proposito di esercitare una notevole forza evocativa. Per il contesto della sua formazione cattolica nella Firenze degli anni Cinquanta del '900, si legga quanto da lui rievocato alle pp. 241-245 del surricordato volume a cura di Alpa.

(4) È stato opportunamente ricordato come in Grossi « è quasi impossibile incontrare un lavoro che non s'inserisca in profondità in filoni di ricerca tra loro uniti da una forte unità strategica, anche se talora in forma molto complessa e apparentemente indiretta » (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Paolo Grossi: una storia accademica e un percorso scientifico*, in « Rivista di diritto civile », LVIII, 2012, p. 398).

canonistiche e le linee generali della riflessione giuridica; 3) mettendo in rilievo la pluralità di funzioni che il diritto canonico ha avuto sul terreno della metodologia storica, della critica della ragione giuridica e della comparazione tra i sistemi giuridici; 4) individuando, in rapporto a questi piani, le note caratteristiche della visione dell'ordinamento canonico propria di Grossi.

1. *Gli studi canonistici negli anni della maturazione scientifica.*

Grossi si laurea a Firenze il 19 novembre del 1955 con lo storico del diritto Ugo Nicolini, presentando una tesi sulla struttura giuridica benedettina in Italia che gli era stata assegnata dal canonista ed ecclesiasticista Pietro Agostino d'Avack, « il docente — scriverà più tardi — che più *lo* aveva conquistato nei quattro anni di permanenza all'interno della Facoltà giuridica fiorentina » (5).

Pubblicando la sua dissertazione di laurea nel 1957 col titolo *Le abbazie benedettine nell'alto medioevo italiano* Grossi si propone, mediante l'esame di un vasto numero di cartolari, di mostrare come la complessa organizzazione dei monasteri, costantemente plasmata « dalla *Regula Sancta*, statuizione teologica e giuridica insieme, sia quasi sempre inquadrabile in un sistema generale, salve secondarie derivazioni regionali » (6). Nel volume non trovano solamente sviluppo le ricerche sulle immunità giurisdizionali delle abbazie condotte da precedenti studiosi (7), ma si delineano le linee portanti dell'organizzazione giuridica e amministrativa delle signorie monastiche di carattere pubblico: dal sistema elettorale ai poteri e giuri-

(5) GROSSI, *Uno storico del diritto*, cit., pp. 13-14.

(6) P. GROSSI, *Le abbazie benedettine nell'alto medioevo italiano. Struttura giuridica, amministrazione e giurisdizione*, Firenze 1977. Nel preparare la dissertazione di laurea, Grossi si avalse, sul piano documentario, della guida di Gino Masi e su quello dottrinale del d'Avack, che gli segnalò per lettera opere critiche di riferimento (tedesche e francesi) per la storia delle istituzioni ecclesiastiche medievali. L'opera di Grossi sarà recensita da J.-F. LEMARIGNIER, in « *Revue historique de droit français et étranger* », IV s., t. XXXVII, 1959, pp. 225-228, che metteva in risalto, accanto allo sforzo di proporre per la prima volta « un ouvrage d'ensemble », le « goût profond » di Grossi per il sociale e per il concreto.

(7) In particolare quelle degli storici del diritto italiano Giuseppe Salvioli e Silvio Pivano.

sdizione temporale e spirituale dell'abate, dal governo della famiglia all'amministrazione patrimoniale dell'abbazia, dai poteri giurisdizionali interni e esterni dell'abate all'avvocazia abbaziale. Questo genere di studi si prospettava allora come « un terreno fertilissimo anche per indagini future » (8).

Appena un anno dopo, nel 1958, appare un corposo saggio di Grossi sulla nozione canonistica di *unanimitas* quale premessa logico-storica della formazione del concetto di persona giuridica.

Ponendo a confronto le due pubblicazioni si sarebbe indotti a supporre uno spostamento di epoche e di tematiche: dalla storia delle istituzioni giuridiche protocristiane alla storia del pensiero giuridico medievale (9). In realtà, si stava attuando in Grossi un cambio di indirizzo e d'impostazione in conseguenza di un travaglio intellettuale che è necessario considerare.

Rimasto privo del maestro di diritto canonico d'Avack, passato alla "Sapienza" di Roma, Grossi si orienta verso la storia del diritto, insegnata a Firenze, come si è detto, da Ugo Nicolini (10). Questo passaggio è, però, accompagnato da un « sentimento di disagio » nei confronti dell'orientamento dominante nel suo nuovo ambito disciplinare. I punti critici erano — come egli ha scritto — il « parossismo esegetico » dei giuristi e l'« atteggiamento positivistico » degli storici. Seguendo una tecnica meramente testuale, entrambi sembravano irretiti dalle fonti e quindi incapaci di nutrire interesse per la scienza giuridica e per l'orizzonte culturale da cui promanava (11).

A turbare le sicurezze e i programmi di lavoro che gli venivano

(8) GROSSI, *Le abbazie benedettine nell'alto medioevo italiano*, cit., p. XIX. Risale a quegli anni le stimolanti indagini di Léo Moulin sul diritto elettorale, amministrativo e costituzionale degli ordini religiosi medievali.

(9) Il punto di congiunzione tra le due opere sta nel fatto che nei cartulari abbaziali e capitolari così come nelle assemblee degli ordini religiosi e dei collegi del clero secolare medievale ci si preoccupava d'informare che una decisione è assunta *unanimitèr*.

(10) Cfr. GROSSI, *Uno storico del diritto*, cit., pp. 13-14. La grande stima di Nicolini per l'allievo è testimoniata dalla sua relazione per la domanda ad assistente straordinario per l'anno accademico 1962-1963: « Studioso di notevolissime qualità, preparatissimo ed accurato, dotato di senso storico e di senso giuridico spiccati. Egli è una sicura promessa per i nostri studi; anzi più che una promessa » (Archivio dell'Università di Firenze, Fascicolo personale Paolo Grossi).

(11) GROSSI, *Uno storico del diritto*, cit., pp. 15-19.

impartiti dagli storici del diritto italiani intervengono in Grossi due fattori di notevole complessità: il problema del metodo e il significato della conoscenza storica.

La « riflessione di indole epistemologica » che egli intraprende è stimolata da tre importanti letture: *L'action* di Blondel, *De la connaissance historique* di Marrou e *Il problema della scienza del diritto* di Capograssi ⁽¹²⁾. Queste letture, apparentemente disparate, trovano un comune filo conduttore, coerente e unitario, nell'affermazione della centralità della dimensione ermeneutica.

Blondel, singolare e unica coscienza filosofica del modernismo cattolico, aveva tematizzato l'indissolubilità del rapporto tra soggetto e oggetto nella comprensione, con l'effetto di criticare il fondamento « estrinseco » del positivismo ottocentesco e di dare un nuovo orientamento all'interpretazione dei testi storici, teologici e giuridici. Inoltre nel suo capolavoro aveva elaborato una 'fenomenologia dell'azione' particolarmente consona all'universo giuridico, perché configurata come moto di espansione unitario e necessario che dall'individuo si eleva fino alle multiformi concrezioni sociali ⁽¹³⁾.

Marrou completa quest'operazione culturale sottoponendo la conoscenza storica ad una critica in senso neokantiano o, se si preferisce, ad una filosofia critica alla maniera di Raymond Aron. Da quel libro scintillante di cultura e di esperienza, letto ancora in francese nel momento in cui si avvia alla ricerca, Grossi ritrae un guadagno teorico duraturo contro la pretesa positivistica di conoscere la storia in senso oggettivo e contro le costruzioni totalizzanti delle filosofie e teologie della storia.

Il primo vantaggio è lo sguardo prospettico sul passato: « lungi dal farsi "contemporaneo" del suo oggetto, come troppo spesso si è

⁽¹²⁾ Ivi, p. 31-36. Diamo qualche ragguaglio bibliografico sulle opere sopra ricordate: M. BLONDEL, *L'action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique*, Paris 1893 (letta nell'edizione del 1950); G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma 1937 (letta nella nuova edizione riveduta a cura di P. Piovani, Milano 1962); H.-I. MARROU, *De la connaissance historique*, Paris 1954.

⁽¹³⁾ Vale la pena di osservare, al riguardo, come il pensiero di Blondel — cominciato ad assimilare da Grossi al ginnasio — avesse ugualmente inciso a fondo sulla formazione di altri due autori a lui presto divenuti cari: Giuseppe Capograssi e Emilio Betti.

detto, lo storico — scrive Marrou — se ne appropria per situarlo prospetticamente nella profondità del passato » (14).

Un secondo beneficio consiste nel rifiuto di « degradare la storia in erudizione » e nell'accogliere lo sforzo creativo dello storico. Marrou insegna a Grossi che « spesso la originalità dello storico sta proprio nel trovare una nuova prospettiva che permetta di utilizzare, ai fini di un nuovo problema, un gruppo di documenti che si credevano già esaurientemente analizzati » (15). Affermazione che sembra essere divenuta la bussola di Grossi fin dai primi studi canonistici: tanto il concetto di *unanimitas* quanto le somme penitenziali o il pensiero della Seconda Scolastica erano già stati a loro modo investigati, ma è suo merito averne riproposto la lettura in termini innovativi.

Ma forse il più rilevante contributo di Marrou verte sui limiti della conoscenza storica. La storia resta una realtà trascendente rispetto alle capacità del soggetto conoscente. Oltre ad essere consapevoli che le nozioni e i concetti usati dallo storico hanno una validità limitata nel tempo e nello spazio, è necessario nutrire una diffidenza verso concetti generali e astratti, « poiché la realtà del passato è sempre più ricca, più complessa di qualsiasi idea noi possiamo elaborare per farla nostra; essa consiste in questa concretezza, in questa singolarità che sempre ci turba, ci sconcerta, ci sorprende con qualcosa di nuovo, di inatteso, di radicalmente Diverso » (16). Chi è aduso alla pagina grossiana non faticherà a riconoscere qui forti assonanze terminologiche nonché una piena condivisione di spirito e di idee.

Infine la lezione di Capograssi, che occupa principalmente tre aspetti. Innanzi tutto la concezione del diritto come « esperienza giuridica », un sintagma che ha costituito — scrive Grossi stesso — il « fermo supporto metodologico della mia analisi storico-giuridica » e che ha significato apertura alla storicità del diritto e alla sua radicazione nei fatti di vita sociale: quindi rifiuto delle astrattezze della pandettistica, del formalismo legalitario e del positivismo

(14) H.-I. MARROU, *La conoscenza storica*, trad. it. Bologna 1962, p. 40.

(15) Ivi, p. 72.

(16) Ivi, pp. 169-170.

giuridico (17). In secondo luogo la diffidenza verso una nozione autocratica di legge, svincolata dai fondamenti valoriali dell'esperienza giuridica e separata dall'unità e totalità dell'ordinamento (18). Infine, la centralità della scienza del diritto, mediazione necessaria e mutevole della conoscenza dello stesso ma anche riflesso perspicuo della complessità dell'esperienza giuridica. Da qui la stretta inerenza e complementarità nei lavori di Grossi tra scienza ed esperienza e tra storia della scienza e storia del diritto (19).

Questo prelude filosofico-metodologico era necessario per comprendere le impostazioni dottrinali che, già presenti nel primo saggio veramente originale di Grossi, costituiranno capisaldi della sua riflessione successiva.

2. *Primo momento: la fondazione storico-teologica del diritto canonico.*

2.1. *Unanimitas* (103 pagine con 271 note ricche di riferimenti nelle lingue classiche e moderne) è stato scritto a 24 anni, a ridosso della fascinazione esercitata dall'insegnamento di d'Avack e dietro suggerimento di Paolo Frezza, uno studioso di diritto romano cui non si confacevano le divisioni specialistiche della cultura accademica (20).

(17) Cfr. GROSSI, *Uno storico del diritto*, cit., p. 30, e in dettaglio ID., *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXXXIII, 2006, pp. 14 e 25.

(18) Ivi, p. 27.

(19) «La storia della scienza è uno dei più sicuri e precisi mezzi che lo storico abbia di cogliere la vera individualità di un'epoca storica del diritto. Solo la scienza considerata nel suo complesso, dà allo storico la testimonianza di quello che era il clima e l'orizzonte di un'epoca storica del diritto [...]» (G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, ora in ID., *Opere*, II, Milano 1959, p. 597).

(20) Grossi presenterà Frezza come un «personaggio complesso», animato da «una enorme curiosità intellettuale»: un romanista che nutriva una predilezione per i Padri della Chiesa, nelle cui opere e linguaggio teologico-giuridico aveva la penetrante capacità di individuare i semi di alcuni frutti concettuali che si sarebbero sviluppati nel patrimonio culturale europeo. Con Frezza — aggiunge Grossi — «c'era una profonda sintonia, innervata soprattutto in una comunanza di ideali religiosi culturali politici sociali, cementata nel comune lavoro all'interno di quell'Istituto fiorentino di storia del diritto che ha sempre visto seduti allo stesso tavolo gli storici del diritto antico accanto

Il saggio vuole essere l'illustrazione della « storia di un concetto » — quello di persona giuridica — centrale nella dogmatica moderna, ripercorso nella sua genesi originaria (dal I al IV secolo) attraverso una fonte trascurata dai canonisti e dai giuristi (i Padri apostolici e la prima apologetica cristiana) nell'intreccio delle sue relazioni con gli altri due concetti di *unitas* e di *corpus Christi*. Questo tipo di indagine lessicale a struttura reticolare finisce per diventare, nell'indagine di Grossi, una perlustrazione della struttura giuridica assolutamente atipica della Chiesa nascente. Da qui la sua duplice rilevanza per rettificare le conclusioni cui era pervenuta la più matura dottrina giuridica e per ricostruire l'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva.

I due aspetti sono, in realtà, interrelati, perché Grossi critica l'archeologismo dei romanisti e degli storici che vanno a cercare nei testi patristici « tracce di nozioni e istituti del diritto romano » anziché i germi di quella grande monumentale costruzione che sarà il diritto canonico ». Si tratta, dunque, di passare da un'ottica esterna a un'ottica interna ai testi, per misurare l'apporto della patristica nella « elaborazione nuova di concetti o istituti » della fase iniziale dell'ordinamento della Chiesa (21).

Questo tema era stato oggetto di polemiche e di discussioni di vasto raggio e di insolita complessità da oltre settant'anni. Come non ricordare la grande controversia scientifica ma anche confessionale aperta da due studiosi protestanti, il giurista Rudolph Sohm e lo storico Adolf Harnack, su cui erano intervenuti studiosi cattolici come Paul Fournier, Pierre Batiffol, Louis Duchesne, Raymond Saleilles, Otto Bardenhewer (22)? Dopo la condanna del modernismo, storici della Chiesa e del diritto canonico avevano preferito rivolgersi di preferenza agli studi medievalistici. Grossi riapre il

ai medievalisti e ai modernisti » (P. GROSSI, *Una lettura degli 'Scritti' di Paolo Frezza*, ora in Id., *Nobiltà del diritto*, Milano 2008, pp. 515-529).

(21) P. GROSSI, *Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, p. 24 e nota 32.

(22) Per l'identificazione delle opere di questi autori citati e discussi da Grossi, si vedano più avanti i riferimenti bibliografici indicati nella nota 12 di *Unanimitas*. Rilevante che, nella sua critica alla « complessa e suggestiva, sia pure inaccettabile, teoria del Sohm » Grossi rinvia a H. BARION, *Rudolf Sohm und die Grundlegung des Kirchenrechts*, Tübingen 1931.

problema con grande coraggio sotto la forma, più consona a uno storico del diritto, dell'analisi della « costituzione della Chiesa primitiva ».

Ricostruire la struttura socio-giuridica della Chiesa implicava, nel 1958, affrontare non solo il problema della qualificazione delle fonti canoniche, ma quello della giuridicità del suo diritto. Si ripresentavano le obiezioni del positivismo e del dogmatismo giuridico: l'uno negava valore alle fonti teologiche, l'altro negava valore all'ordinamento ecclesiastico. Sotteso era il nodo del rapporto tra teologia e diritto posto in termini escludenti.

Grossi rifiuta la concezione positivistica che vede nel diritto canonico uno stadio primitivo del diritto o una mescolanza di morale, teologia e diritto; che considera la teologia come una fonte spuria delle concezioni giuridiche; che disprezza sdegnosamente le componenti peculiari del diritto canonico rispetto alla 'purezza' degli ordinamenti statuali. Il suo programma si attiene sostanzialmente a tre punti: 1) riprendere a considerare il diritto canonico nella sua genesi autentica, che è di natura teologico-pastorale; 2) sottolineare, in controcorrente, l'importanza dei concetti teologici per capire la genesi dei concetti giuridici; 3) distinguere il contesto dei significati teologici dai risvolti giuridici che da esso traggono origine seguendone l'autonomo percorso evolutivo.

L'indistinzione del dato teologico col dato giuridico, avverte Grossi, « non può però condurci a negare la giuridicità » della *societas* ecclesiastica. Se è vero che essa è *agape* « prima e più che organizzazione giuridico-sociale », non è meno vero che « nel filone della civiltà occidentale, il fondamento e le finalità teologiche non impediscono alla Chiesa una organizzazione pratica e temporale, una struttura organica che sempre più vien divenendo giuridica » (23). Se ne deduce che, nel diritto canonico, « il profilo giuridico è subordinato al profilo teologico » (24), e che, per questa secondarietà, esso riveste, a differenza degli ordinamenti statuali, un carat-

(23) GROSSI, *Unanimitas*, p. 39.

(24) A differenza di molti canonisti italiani, Grossi acquisisce immediatamente le innovative riflessioni in materia di rapporti tra diritto e teologia di Georges RENARD (1936), di D'AVACK e poi specialmente di FEDELE. Ma il suo sguardo si allarga anche alla riflessione in atto nel mondo protestante, col riferimento all'importante volume di Jacques ELLUL,

tere strumentale, anche se per questo motivo non meno necessario e funzionale alla costituzione della Chiesa. La corretta articolazione tra teologia e diritto canonico permette a Grossi di fissare due principi di fondo per evitare di cadere nella Scilla del « giuridicismo » e nella Cariddi dell'« antiguridicismo »: due estremi che caratterizzeranno la immediatamente successiva e oscillante stagione conciliare.

Sul piano storico-critico era inevitabile il confronto con il grande giurista Sohm. Da lui Grossi accetta il dato che la *I Lettera di Clemente* è « il primo monumento del diritto canonico sul piano umano », ma respinge le teorie generali sul preteso scadimento del cristianesimo nella forma cattolica. Egli intende piuttosto far leva sul fatto che « negli Apologisti [...] è evidente l'incombente necessità di costruire la Chiesa come ordinamento, anche giuridico; costruire nel duplice senso di crearne o rafforzarne la struttura su basi universali e non più meramente caritative come ai tempi delle prime comunità, di difenderne all'estremo il suo carattere di *societas* originaria, il suo diritto a sopravvivere accanto allo Stato come ordinamento diverso » (25).

Un primo elemento di originalità di questa analisi sta nella scelta di impiegare le fonti dei padri apostolici e nel cercare di comprenderle nel loro contesto semantico e storico, senza attuare torsioni interpretative o proiettare su di esse categorie giuridiche moderne. Era una linea storicizzante che in Germania vantava una lunga tradizione, mentre in Francia da pochi anni aveva mosso i primi passi con Jean Gaudemet, Charles Munier e Gabriel Le Bras. L'orientamento generale della disciplina era allora dominato dalle indagini sull'età classica del diritto canonico secondo due indirizzi metodologici diversi (26). Per Stephan Kuttner l'opera di recupero dei manoscritti e l'esercizio della critica filologica rappresentavano due condizioni preliminari per delineare una storia della tradizione dei testi canonici attraverso la quale ricomporre il cammino unitario

Fondement théologique du droit (1946), e ad autori dal percorso travagliato come Joseph KLEIN, *Grundlegung und Grenzen des kanonischen Rechts* (1947).

(25) GROSSI, *Unanimitas*, cit., p. 23.

(26) La storia del diritto canonico si era arricchita di due valide opere, utilizzate da Grossi: la densa sintesi di Hans Erich Feine (1950), allievo di Ulrich Stutz, e i primi due volumi del manuale di Willibald Maria Plöchl (5 voll., 1953-1969).

della cultura giuridica dell'Occidente. Per Gabriel Le Bras, invece, occorre lavorare direttamente ad una vasta storia delle istituzioni e del diritto in Occidente puntando sul lavoro d'*équipe* e sulla combinazione della metodologia storica con le scienze umane (sociologia, geografia, psicologia, ecc.).

Il panorama italiano si manteneva modesto: gli unici segnali positivi erano la ripresa degli studi su Graziano e sui decretisti e la comparsa del *Medio Evo del diritto* di Francesco Calasso, dove la storia del diritto canonico era per la prima volta riconosciuta componente essenziale della cultura giuridica. In polemica con la concezione dogmatica di Vincenzo del Giudice, Calasso aveva anche fissato due punti essenziali di quella che sarà la concezione di Grossi: il carattere costitutivamente ancipite del diritto della Chiesa (scienza sacra ma anche scienza giuridica) e l'inseparabilità della conoscenza storica da quella sistematica (27).

La metodologia di Grossi, pur poggiando sullo studio diretto dei testi, non si lascia imprigionare dall'impostazione filologica di Kuttner; piuttosto si apre con entusiasmo alle prospettive dei *Pro-légomènes* di Le Bras: « mirabile volume », « straordinariamente ricco di spunti e di acute osservazioni sulla Chiesa primitiva » (28). Al tempo stesso Grossi assume un'attitudine critica nei confronti delle ricerche sui concetti e istituti della Chiesa primitiva condotte dai colleghi italiani Ruffini Avondo e Roberti. Al primo rimprova di non aver colto la radice teologica di *unanimitas* (ma su ciò ritorneremo tra breve), al secondo di non aver svolto il tema dell'*unitas* in senso organico della Chiesa presente nelle fonti cristiane primitive (29).

Per Grossi è anche l'occasione di operare una critica all'applicazione del metodo comparativo dominante nella scuola storico-giuridica italiana tra fine Ottocento e primi del Novecento. L'indirizzo di cui si faceva portavoce Ruffini Avondo era, sostanzialmente, positivistico-evoluzionistico: la nozione di *unanimitas* avrebbe trovato precedenti in taluni istituti del diritto greco-romano, si sarebbe

(27) Su questi problemi si può vedere quanto ho scritto in *Un'occasione perduta per i canonisti: la lezione metodologica di Gabriel Le Bras*, in *Studi in onore di Piero Pellegrino*, a cura di M.L. Tacelli e V. Turchi, Napoli 2009, I, in part. pp. 560-568.

(28) GROSSI, *Unanimitas*, cit., p. 15 nota 12.

(29) *Ivi*, pp. 7-14; 101-113.

formata nel contesto del diritto germanico per confluire, da ultimo, nel diritto canonico ⁽³⁰⁾.

Ma il confronto dei caratteri generali e tipicizzanti del diritto ebraico, romano e germanico, in cui inquadrare il significato del principio maggioritario, porta Grossi a rivendicare la singolarità della nozione di unanimità nell'ordinamento canonico. Mentre si deve ammettere che « ben più ardua e complessa è la questione dei rapporti tra diritto ebraico e diritto canonico », parlare di « un influsso del diritto romano sul diritto canonico è senz'altro prematuro », almeno nei primi quattro secoli dell'era cristiana ⁽³¹⁾. L'aspetto su cui batte di più Grossi è però la completa estraneità dell'*unanimitas*, intesa come *unus animus*, nel mondo germanico. Nel quale ha rilevanza la persona intesa come « persona fisica entro il collegio » e il « requisito del consenso e della presenza di tutti » esprime un « esasperato collettivismo » e l'incapacità di questo ordinamento « ad astrarre dalle situazioni di fatto », a pervenire « ad una unità organizzata » ⁽³²⁾. A questo fattualismo e particolarismo, la Chiesa « opporrà un'idea rigidamente unitaria » e « un ordinamento teologico-giuridico di gran lunga più perfetto, rivelando una elaborazione di pensiero e un potere di astrazione mai prima di allora raggiunti » ⁽³³⁾.

Dunque la struttura della Chiesa e del suo sistema di diritto si presentano sulla scena della storia in una forma « assolutamente diversa » da quella dei cosiddetti « ordinamenti primitivi », fondati su elementi sociologici e fattuali come la folla, l'elemento popolare, la consuetudine, i *mores*, il frazionamento degli aggregati sociali, il valore delle situazioni di fatto e delle persone fisiche. La costruzione giuridica della Chiesa risulta invece basata su altrettanti opposti caratteri quali la gerarchia, la tradizione, l'unità teologica, giuridica e organica ⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Rievocando i meriti culturali di Ruffini, Grossi è ritornato sul tema dei dissensi con lui avuti intorno all'interpretazione dell'unanimità nell'ordinamento canonico (P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano 2008, pp. 1-11, dove è anche riportata una missiva di Ruffini che accenna all'argomento).

⁽³¹⁾ GROSSI, *Unanimitas*, cit., pp. 45-47.

⁽³²⁾ Ivi, pp. 31-33.

⁽³³⁾ Ivi, p. 34.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 59.

Affermazione di capitale rilievo metodologico perché si sbarazza dell'ipoteca evoluzionista, restituisce a ciascun ordinamento la propria cornice storico-sociale e fisionomia, permette di cogliere le tipicità e le differenze evitando trasferimenti meccanici da un ordinamento all'altro, rende finalmente possibile la storicizzazione delle dottrine e degli istituti al di fuori di schemi generali e astratti preordinati.

La tesi che Grossi riesce a estrarre dall'analisi dei testi dei padri apostolici ruota attorno all'interdipendenza di tre concetti: *unitas*, *traditio*, *unanimitas* ⁽³⁵⁾. In Cipriano e Tertulliano la Chiesa non forma un *collegium* ma un *corpus* radicato sulla *consensio fidelium*, sull'essere credenti nella stessa fede che lega insieme i soggetti in una *fraternitas* in cui vige l'unità della *disciplina*. Quest'unità, ancorata al mistero trinitario, è tradata, ricevuta in deposito dall'Alto e affidata ai vescovi che, quali successori del collegio apostolico, ne sono i legittimi custodi mediante il loro potere d'ordine e di disciplina ⁽³⁶⁾. Dunque la *traditio*, « concetto meramente e altamente ierocratico » « qualcosa di chiuso, di superiore, sottratto alle influenze e all'attività dei fedeli » nota assai opportunamente Grossi ⁽³⁷⁾, fa da ponte con gli altri due concetti, in quanto la fedeltà ad essa costituisce il fondamento dell'unità ecclesiale e, al tempo stesso, la condizione doverosa dell'*unanimitas* dei fedeli. Ciò che sul piano teologico si qualifica nel corpo della Chiesa come *fraternitas* e sul piano giuridico diventa *disciplina* e organizzazione, sul piano psicologico si esprime come *unanimitas*, espressione dell'*unus animus* e dell'*una vox* attraverso la composizione della *diversitas*.

Unanimitas è termine « nuovo e caratteristico del diritto e della teologia cristiani » ⁽³⁸⁾ che sorge, quale causa ed effetto insieme, di unanimità di consensi ma anche di animi, di fede, di verità del *collegium*. Da questa « situazione psicologica », dove traspare la valorizzazione dell'*animus* e della *voluntas* nel sistema canonico, sorge « il miracolo dell'*unus consensus*, che è il consenso e il voto del

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 87.

⁽³⁶⁾ Ivi, pp. 61-66.

⁽³⁷⁾ Ivi, pp. 53-54.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 76.

corpo morale della Chiesa » (39). Solo dopo l'unanimità si proietta nella vita societaria della Chiesa e acquista rilevanza genuinamente giuridica divenendo « principio regolatore dei meccanismi elettivi delle sue assemblee » (40).

Per Grossi l'unanimità non è realtà statica bensì dinamica, un fattore propulsivo dell'ordinamento canonico perché essa ha bisogno di radicarsi nel tessuto della *societas Ecclesiae*, di crearne e regolarne le forme di organizzazione giuridica, di plasmarne l'intera concezione. Si capisce allora come la proiezione massima dell'*unanimitas* si attui, sempre per una necessità teologica, nel concetto di *persona giuridica*. Proprio ed in conseguenza della « unità organica » della Chiesa, avverte Grossi, « le persone qui divengono "cosa", astratta e diversa; qui le persone danno vita, grazie ai loro reciproci legami, a una persona nuova, non fisica, ma ideale, che i teologi chiameranno mistica e i giuristi giuridica » (41).

In conclusione, nel saggio del 1958, la difesa del timbro teologico delle nozioni di *unanimitas*, *sanior pars*, *maior pars* rispetto al diritto germanico e romano (42), convergono verso lo scopo unitario di rivendicare il carattere originale, autonomo e autogenetico dell'ordinamento canonico (43).

Sotto questo profilo l'impostazione storicistica di Grossi, maturata a contatto di Marrou e arricchita dalle suggestioni di Le Bras, conferma pienamente sia l'insegnamento canonistico ricevuto da

(39) Ivi, pp. 78-79.

(40) Ivi, p. 84.

(41) Ivi, p. 62.

(42) Grossi osserva che tra i due principi non solo non sussiste contraddizione ma che essi si equivalgono in quanto la *sanior pars* rappresenta « la totalità spirituale dell'assemblea come lo è l'unanimità » e quindi la separazione in due parti del *corpus* degli elettori è solo apparente e non sostanziale (ivi, p. 113). È invece del tutto contrario a stabilire una linea di continuità tra *unanimitas* e il principio *quod omnes tangit* in quanto i due principi « hanno diverso fondamento, diversi presupposti, diverse finalità ». Il primo si regge sul fondamento ierocratico, ed è espressione dell'unità del corpo ecclesiale, l'altro esprime una concezione tendenzialmente democratica fondata sulla tutela dei diritti dei singoli (ivi, pp. 99-101).

(43) « Non si insisterà mai troppo sul fatto che la Chiesa costruisce con propri mezzi il suo ordinamento, partendo da una concezione strutturale e da principi fondamentali assolutamente nuovi » (ivi, p. 94).

d'Avack, sia la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici assunta dalla lettura di Santi Romano (44).

2.2. Una portata generale finisce per avere anche il secondo saggio storico-canonistico di Grossi, apparso nel 1966 col titolo *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune* (45).

La scoperta grossiana delle *summae* risale alle indagini compiute per il volume *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune* (46), nel quale un ruolo centrale aveva rivestito l'istituto dell'*aequitas canonica* (47) per comprendere l'incidenza della svalutazione monetaria sui rapporti obbligatori (48).

Ponendo in risalto il valore giuridico delle *summae confessorum*, Grossi non si limita a correggere le opinioni negative che su questo genere letterario si erano consolidate nella dottrina tra Otto e Novecento, ma intende discutere alcuni presupposti della storia e della teoria generale del diritto di orientamento idealistico e positivistic (49).

(44) Ivi, pp. 35-37.

(45) Pubblicato in « Annali della Facoltà giuridica. Università di Macerata », n.s. I, 1966, pp. 94-134. Si può leggere più avanti, alle pp. 115-153.

(46) Milano 1960. Nella relazione della Commissione (presieduta da Edoardo Ruffini) per l'esame di abilitazione di Grossi alla libera docenza in Storia del diritto italiano (12 aprile 1960) si sottolineava che *Unanimitas* e le *Ricerche* « assumono un carattere di originalità peculiare » « che illuminano punti mai toccati in precedenza » (Archivio dell'Università di Firenze, Fascicolo personale Paolo Grossi).

(47) P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano 1960, pp. 27-32. L'*aequitas* — scrive più avanti Grossi — « opera modificando l'evoluzione stessa del pensiero giuridico, tormentando continuamente la coscienza degli interpreti, sconvolgendo le soluzioni consolidate, conducendo la dottrina da posizioni di oscura non consapevolezza a una lucidità di pensiero giuridico che presuppone una altrettanto lucida coscienza morale [...] » (ivi, p. 137).

(48) La trattazione *Aequitas come motivo delle soluzioni dottrinali* forma il capitolo III e viene ripresa ampiamente nelle altre parti del volume, con particolare riferimento al capitolo V, dove Grossi focalizza l'attenzione sull'importanza della Seconda Scolastica nell'attuare il mutamento della concezione del rapporto contrattuale come « equilibrio perfetto tra prestazione e controprestazione » mediante la nuova corrispondenza che si viene a stabilire tra i concetti di *aequalitas* e *restitutio* (ivi, p. 444-463).

(49) Grossi ritiene false e svianti le accuse lanciate contro le *Summae* da storici del diritto, canonisti e teologi, con l'eccezione degli storici delle dottrine economiche: di avere contribuito a moralizzare il diritto e a giuridicizzare la morale, di essersi opposte

Grossi sottolinea la dimensione giuridica e non meramente teologica delle somme penitenziali. Il lato *sui generis* di queste fonti è che in esse lo *ius* « tende a coincidere con l'*iustum*, il *licitum* tende a fondersi col *fas* »⁽⁵⁰⁾. Ma non si tratta di moralismo — come vorrebbero gli storici del diritto incapaci di comprendere la cifra propria della « civiltà medievale » perché succubi di una concezione formalistica e normativistica del diritto —, quanto di rinvio all'« esperienza giuridica » (espressione innovativa mutuata, s'è detto, da Capograssi), di fedeltà ai « principi costituzionali dell'ordinamento » medievale, insofferente verso le forme di scissione interna e desideroso di attuare « la composizione miracolosa fra l'intrasubiettivo e l'intersubiettivo »⁽⁵¹⁾ (evidente la lezione di Calasso).

Collocate nella loro originaria prospettiva sociale, le *summae* acquisiscono un duplice interesse. Col loro « richiamo alle forze dinamiche dell'ordinamento » si pongono come un monito per il giurista « attento troppo spesso alla tecnica delle forme ». Qui la critica di Grossi si estende a due numi tutelari della cultura risorgimentale e liberale italiana che avevano preteso di sopprimere la circolarità degli scambi tra il giuridico e il pregiuridico, tra il diritto e la morale: Spaventa e Croce. La loro posizione è qualificata « antistorica » perché si pone in un atteggiamento mentale di chiusura e di incomprendimento « di una determinata struttura socio-politica e di un determinato atteggiamento intellettuale cui sono totalmente estranee cesure e distinzioni care alla nostra consapevolezza di moderni, ma considerabili quali storture, abnormità, errori entro quella struttura e alla luce di quell'atteggiamento »⁽⁵²⁾.

Anziché essere ancorate alla statica del diritto (caratteristica propria, al dire di Kelsen, degli ordinamenti sacrali), le *summae* ne rivelano l'aspetto fortemente dinamico. Il sorgere di nuovi istituti — come la società commerciale, la commenda, il fallimento, la lettera di

per motivi di carattere religioso all'espansione dell'economia medievale, di essere state un ostacolo allo sviluppo dell'ordinamento giuridico. P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, pp. 120-125.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 141.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 142.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 135. Il riferimento è a *Concetto e metodo della dottrina tomista del diritto* di Spaventa (1905) e alla *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* di Croce (1926²).

cambio, l'assicurazione, il monte di pietà — sta ad attestare che gli autori di queste opere hanno cercato soluzioni originali per rispondere ai problemi della nuova organizzazione economica medievale⁽⁵³⁾.

L'attività di aggiornamento tecnico perseguita dai teologi-giuristi mediante il confronto costante di casi, problemi e istituti con i principi dell'ordinamento produce un secondo, rilevante contributo. Da un lato s'instaura una feconda « dialettica » tra « la stabilità del presupposto morale e la relatività delle forme giuridiche »: ad essa risulta perfettamente funzionale il « metodo casistico » che, invece di elaborare costruzioni astratte entro un sistema in sé concluso, si apre per sua natura « ai dati dell'esperienza », si piega « alla concretezza di un operatore e di un'opera », in sostanza si umanizza « nella piena disposizione a dare rilevanza alle passioni, intendimenti, volontà che costituiscono, al di là della causa giuridica, i motivi costitutivi dell'atto »⁽⁵⁴⁾. Dall'altro lato si mette in opera, servendosi del metodo casistico, una sorta di analisi istologica, una dissezione del tessuto economico sociale giuridico per individuare i reali rapporti giuridici, rilevare eventuali dissonanze con l'*aequitas negotii*, verificare la posizione dell'istituto « in rapporto a tutto il sistema, alle premesse etiche del sistema ». Il lavoro dei teologi-giuristi assume, quindi, una valenza sistematica oltreché storica.

Gli scandagli critici contenuti nel saggio sulle *summae* del 1966 pongono le premesse della costruzione dell'opera più tarda *L'ordine giuridico medievale* e, al tempo stesso, aprono la porta agli interessi per la storia del pensiero giuridico moderno. Grossi parla già della tipicità assoluta del diritto medievale, individuata « nell'essere un diritto elaborato come derivazione ultima di precisi presupposti etici e religiosi », e della distanza culturale che lo separa dalla mentalità dei « moderni », avvezza a separare elementi e problemi che nell'uo-

⁽⁵³⁾ Grossi è tra i primi in Italia, insieme a Ovidio Capitani, a richiamare l'attenzione dei giuristi sulla « forza dinamica dell'usura nell'ordinamento medievale ». Piuttosto che un problema tecnico o economico, gli appare una regola generale del diritto patrimoniale introdotta a garanzia dell'ordine economico e a salvaguardia dell'equità dei contraenti (ivi, p. 152).

⁽⁵⁴⁾ Ivi, pp. 146-147.

mo medievale si fondano e si armonizzano ⁽⁵⁵⁾. Poiché le *summae* medievali trovano la loro prosecuzione nei *tractatus de justitia et iure* del Cinquecento, l'attenzione si prolunga verso la Seconda Scolastica, « uno dei momenti di maggior rilievo — osserva Grossi — nella storia del pensiero giuridico nell'età moderna » ⁽⁵⁶⁾. Da qui l'ansia di comprendere come si è costruita la modernità giuridica rispetto all'ordine medievale. Non a caso sei anni dopo promuoverà a Firenze l'incontro internazionale di studio su *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* ⁽⁵⁷⁾.

La difesa dell'« unitarietà, complessità e soprattutto originalità » dell'esperienza giuridica medievale è anche il motivo ispiratore del recentissimo scritto sulla natura dello *utrumque ius* ⁽⁵⁸⁾. Secondo Grossi due pericoli differenti gravano sull'interpretazione di questa nozione, a lungo discussa tra i romanisti, gli storici del diritto e i canonisti. Il primo, più risalente, è quello di procedere alla vivisezione dei testi medievali per isolare le fonti romanistiche da quelle canonistiche e determinare il loro autonomo e specifico apporto. Tale metodo, noto col nome di « recezione », impedisce di osservare l'aspetto più originale del fenomeno: la costante interazione tra i due diritti, il loro “farsi” e “intrecciarsi” nella ricerca delle soluzioni a problemi concreti ⁽⁵⁹⁾. L'altro rischio, più recente, tende a misconoscere l'esistenza dello *ius commune* considerandola una mera categoria ideale costruita dagli storici del diritto. Questa impostazione però non fa i conti con la realtà storica dell'organizzazione delle Università, della fisionomia della scienza giuridica e dei caratteri della prassi forense nel medioevo. Ognuna di queste dimensioni,

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 133.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 153 nota 104.

⁽⁵⁷⁾ Gli atti di quel convegno, tenutosi a Firenze il 16-19 ottobre 1972, saranno pubblicati per le cure di Grossi l'anno successivo a Milano. Il volume contiene anche la sua relazione: *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica* (poi riedito in ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, pp. 281-383).

⁽⁵⁸⁾ P. GROSSI, *Natura e ruolo dello “utrumque ius” nella società medievale*, relazione presentata il 7 marzo 2013 al convegno della Pontificia Università Lateranense.

⁽⁵⁹⁾ In questo processo l'*interpretatio* assume un particolare valore di « intermediazione fra legge antica e fatti nuovi ». Cfr. anche GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 162-175.

infatti, risulterebbe incomprensibile senza la collaborazione « su piani diversi » del diritto romano e del diritto canonico in vista della costruzione di « un tessuto giuridico universale » ⁽⁶⁰⁾.

2.3. Tipicità dell'ordinamento canonico e analisi comparativa appaiono le due linee maestre dell'insegnamento canonistico di Grossi nell'ateneo di Firenze dall'anno accademico 1966-67 al 1973-74 ⁽⁶¹⁾. « Lo studio del diritto canonico, quale oggetto di insegnamento complementare della Facoltà di Giurisprudenza, — egli sentiva il bisogno di premettere nel « programma » — è poco più che uno sguardo fuggevole entro le strutture di quell'ordinamento peculiarissimo che la Chiesa cattolica ha posto in essere in duemila anni di vita organizzata » ⁽⁶²⁾. Nondimeno s'indicavano due esigenze fondamentali e, si deve riconoscere, originali alle quali esso intendeva rispondere « più su di un piano problematico che informativo ». L'una era costituita dall'indagine degli istituti canonistici in modo da « coglierli nella loro peculiarità intrinseca all'ordinamento canonico senza falsazioni e contaminazioni “statualistiche” », l'altra « di esaminarli senza rinunciare alla angolatura di chi vi guarda “ex

⁽⁶⁰⁾ GROSSI, *Natura e ruolo dello “utrumque ius” nella società medievale*, pp. 155-165. Da queste premesse si comprende anche come Grossi non prenda in considerazione una terza teoria, quella che tende a concepire il diritto romano-civile e il diritto canonico come due organismi paralleli, che hanno vigenza in ambiti distinti, anche se concepiti come complementari.

⁽⁶¹⁾ Grossi è stato professore incaricato di Diritto canonico negli anni accademici dal 1966-67 al 1971-72 e di Storia del diritto canonico in quelli 1972-73 e 1973-74. Contemporaneamente insegnava, come titolare di cattedra, Storia del diritto italiano e, per il biennio 1966-67 e 1967-68, anche Diritto comune. È quasi superfluo notare come la compresenza di tre insegnamenti tra loro fortemente legati abbia contribuito in Grossi alla maturazione di una visione interordinamentale del mondo medievale. Visione che, costruita lentamente nell'attività scientifica e didattica, sfocerà, molto più tardi, ne *L'ordine giuridico medievale* del 1995.

⁽⁶²⁾ La nota caratteristica, si direbbe unica, dell'ordinamento canonico è segnalata, in combinazione con l'intenzione di porne in luce i principi generali, anche nei programmi degli anni successivi (si veda *Il Cicerone. Vade-mecum per lo studente di Giurisprudenza* del Consiglio studentesco della Facoltà fiorentina per gli anni relativi. Ringrazio la Segreteria di Presidenza per avermeli fatti consultare).

parte reipublicae” e non “ex parte ecclesiae”, impostando cioè una interessante e proficua comparazione » (63).

Il carattere dialettico di queste istanze metodologiche nasce dalla distinzione dei due ordinamenti canonico e statale, di cui si afferma la rispettiva autonomia non solo sul terreno giuridico ma anche su quello della trattazione scientifica, in contrasto con l’orientamento statualista che ancora permaneva negli studi canonistici di Vincenzo Del Giudice. Quest’impostazione è arricchita dal confronto comparativo degli istituti e degli ordinamenti, inteso come giustificazione dello studio del diritto della Chiesa nelle Facoltà statali in funzione del « valore squisitamente formativo » che esso veniva ad acquisire (64). Ponendo la questione in questi termini Grossi scansava in anticipo le future diatribe circa la legittimità e il metodo dell’insegnamento canonistico.

3. *Secondo momento: il difficile rapporto tra codificazioni e diritto canonico.*

3.1. Se non fossimo avvertiti dallo stesso Grossi che la sua attrattiva per il diritto canonico non è mai venuta meno, saremmo portati a pensare che una lunga stasi o parentisi sia intercorsa tra il 1966 e il 1983. Ma il tema canonistico affrontato e l’occasione che provoca l’intervento attestano la sua vigilanza e partecipazione alla materia.

Cominciamo con l’osservare che l’intervallo temporale tra le due

(63) Come esempio prossimo dell’applicazione di questa metodologia si può ricordare il cap. IV del volume di GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli 1963, dove è studiata la recezione dell’istituto oggetto di ricerca nel campo specifico del diritto patrimoniale della Chiesa dalla decretale *Nulli liceat* di Gregorio IX alla stravagante *Ambitiosae* di Paolo II.

(64) I problemi che Grossi si proponeva di svolgere nelle lezioni fiorentine erano « il rapporto fra teologia e diritto e la formazione del diritto canonico; le fonti del diritto canonico; “publicum” e “privatum” nell’ordinamento della Chiesa; legalità e certezza del diritto nell’ordinamento canonico; il concetto di diritto soggettivo e la sua utilizzazione nell’ambito del diritto canonico ». Questa traccia è coerente con la metodologia allora propugnata da Pio FEDELE, *Introduzione allo studio del diritto canonico* (Padova 1963), di cui Grossi consigliava agli studenti la lettura limitatamente ai capitoli II-IV.

date non è casuale. Esse sono scandite da due eventi rilevanti per la vita della Chiesa contemporanea (il post-concilio Vaticano II e la promulgazione del nuovo Codice di diritto canonico); esse corrispondono al vivacissimo quanto tormentato periodo di quella che potremmo definire (e che continua ad essere) la transizione conciliare.

Sono anni entusiastici per i fautori del rinnovamento conciliare, ma difficili per chi intende difendere la funzione del diritto nella istituzione ecclesiastica. Chiesa e diritto: due parole chiave che, in un contesto del tutto diverso da quello di fine Ottocento (ricordiamo la fruttuosa provocazione di Sohm), tornano ad essere sentite e pensate in opposizione tra loro. I vasti studi compiuti per scrivere *Unanimitas*, mentre ne avevano irrobustito la cultura teologica e giuridica, avevano altresì preservato Grossi dall'atteggiamento antiggiuridicista che aveva contagiato una fetta consistente del mondo cattolico cólto e meno cólto, laico e clericale. Così si spiega l'importante intervento di Grossi sul nuovo Codice canonico tenuto presso lo Studio Teologico Fiorentino all'indomani della sua promulgazione (65).

Titolo e sottotitolo del saggio, in una sorta di contrappunto, hanno un significato programmatico per l'ottica di Grossi: *Novità e tradizione nel diritto sacro (Dall'uno all'altro Codice di diritto canonico)*.

Il problema, s'intende, è spiegare come si sia passati dal Codice piano-benedettino del 1917 a quello giovanni-paolino del 1983 e cosa questo passaggio abbia realmente significato. Dietro a questa domanda si nascondeva un'opzione interpretativa che, nel contesto pubblico di allora, era una presa di posizione. V'era, infatti, chi puntava a rilevare una decisa discontinuità tra i due Codici e chi, per l'opposto, si compiaceva nel constatare la conferma sostanziale della normazione precedente nel segno della continuità storica. Solo maturi storici del diritto potevano dire una parola autorevole. Dal canto loro i canonisti coevi, di estrazione curiale o statale, discutevano animosamente sulla natura e sul metodo del diritto nella Chiesa. Alcune frange estreme giungevano ad affermare che il

(65) Istituzione che aveva lo scopo di promuovere gli studi teologici per il laicato, oggi trasformata nella Facoltà teologica dell'Italia centrale.

Concilio aveva spostato l'asse di riferimento della Chiesa dal diritto alla teologia oppure dissolto il vincolo della Chiesa col diritto ⁽⁶⁶⁾.

Giovandosi dell'ampio orizzonte storico-culturale acquisito in lunghi anni di studio, Grossi propone una lettura fondata e argomentata delle « novità » della recentissima codificazione in rapporto alla « tradizione » canonistica. Il problema della continuità e della discontinuità del Codice promulgato da Giovanni Paolo II si scompone in due aspetti: nel dare ad esso una collocazione storico-prospettica che individui la causa sostanziale della sua genesi; nell'operare poi una comparazione con l'assetto strutturale e i caratteri distintivi del precedente Codice piano-benedettino.

Il giudizio di Grossi tende a sottolineare una frattura storica, intervenuta non tanto nel sistema canonico quanto nel sistema teologico della Chiesa in séguito al concilio Vaticano II. Questo « crocevia innovatore della vita della Chiesa » ha prodotto « un ripensamento globale della ecclesiologia e della pastorale cattoliche ». Il nuovo Codice « è di questa svolta il frutto caratteristico e ne è profondamente contrassegnato » ⁽⁶⁷⁾.

Da questo punto di osservazione la distanza tra il *Decretum* di Graziano e il *Codex* del 1917 appare inferiore rispetto a quella che intercorre tra quest'ultimo e quello del 1983. Ne segue che il secondo Codice canonico non può venire considerato, come potrebbe in apparenza sembrare, « un aggiornamento » del precedente oppure « un nuovo anello che semplicemente si aggiunge alla plurisecolare catena della legislazione canonica » che aveva preso inizio nel XII secolo ⁽⁶⁸⁾.

Il Codice del 1917 è l'espressione di otto secoli di legislazione e di riflessione canonistica: esso è il punto terminale di un processo di razionalizzazione e di sistematizzazione avvenuto nell'età post-tridentina come condizione previa perché il diritto canonico potesse essere raccolto « nelle forme moderne d'un codice ». Questo immenso lavoro che lo precede ha lasciato segni inequivocabili « nei

⁽⁶⁶⁾ Per una panoramica delle posizioni delle scuole canonistiche, mi permetto di rinviare a *Scienza canonica del Novecento*, in *Itinerari culturali del diritto canonico del Novecento*, Torino 2003, in part. pp. 166-173.

⁽⁶⁷⁾ P. GROSSI, *Novità e tradizione nel diritto sacro*, p. 195.

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*.

canoni del piano-benedettino, nelle sue coerenze architettoniche, nel suo rigore concettuale, nella sua scarnità di dettato, ma soprattutto nella consapevole separazione tra fatto teologico e proposizione giuridica, che conduceva a una sorta di dottrina pura del diritto canonico completamente liberata da zavorre metagiuridiche » (69).

Il Codice del 1983, invece, è « legato per le sue scelte pastorali al presente e all'immediato futuro », « è costruito su di una antropologia e su di una ecclesiologia quali affiorano alla coscienza religiosa di questo nostro maturo Novecento », è dominato dalla « costante osmosi fra diritto e teologia, fra dimensione semplicemente pastorale e dimensione giuridica ». Il suo « carattere implicitamente transitorio » si palesa non solo nella frettolosa e tormentata preparazione, ma nella stesura vera e propria dei canoni, la quale presenta contraddizioni, incoerenze, ambiguità: « le nozioni teologiche vi circolano senza filtrazione, mentre un respiro autenticamente teologico pervade i canoni; il linguaggio stesso depone il decantato vocabolario tecnico dei giuristi collaudato dalla pratica secolare delle scuole e dei tribunali per far posto a neologismi di sapore squisitamente teologico e pastorale » (70).

La novità strutturale del nuovo Codice è individuata da Grossi nello spostamento del baricentro della Chiesa dall'*inaequalitas* all'*aequalitas*. La vecchia immagine della *societas inaequalis* faceva perno su uno « schema autoritativo della *potestas* » che presentava la gerarchia « come una piramide di soggetti investiti di potestà » rivolta a esaltare l'aspetto sovraordinato, soggettivo, individuale del potere, monopolio esclusivo del ceto sacerdotale. La nuova immagine tende a valorizzare il sottofondo dell'*aequalitas* e vede il « potere come *munus* » destinato al servizio, pone attenzione al profilo oggettivo e comunitario che ne costituisce la giustificazione, e sancisce la possibilità di assumere uffici ecclesiastici anche per i laici.

Da qui una « fondazione originale » del sistema del Codice, non più esemplato sulla forzosa e inadatta tripartizione di stampo romanistico, ma ispirato all'architettura della dottrina teologica dei *tria munera*. Da qui la valorizzazione dell'organismo pluralistico della

(69) Ivi, pp. 198-199.

(70) Ivi, pp. 199-200.

Chiesa e la tendenza a cogliere le « orditure unificanti piuttosto delle cesure ». Da qui una « nuova, clamorosamente nuova » traduzione giuridica della figura del *christifidelis* « concreta figura della soggettività giuridica, nozione giuridica essa stessa e perno della costruzione giuridica del *populus Dei* » (71).

Col mutamento del rapporto tra chiesa universale e chiese particolari voluto dal Vaticano II è avvenuto un'altro « spostamento essenziale »: l'organismo ecclesiale non è più concepibile come un edificio monolitico e la Chiesa torna ad essere, come lo era stata nel primo medioevo, una « costruzione complessa percorsa da una perenne dialettica fra universale e particolare » (72). I risvolti di questa concezione sono molteplici. Il fatto che le Chiese particolari divengano « fonte produttrice di autonome norme giuridiche entro il programma e le linee fissate dall'*ordo* unificatore del *Codex* » è indice di una « diversa politica legislativa » (73). Mentre la codificazione del 1917 aveva posto alla sua base « una norma unica elasticamente variabile a seconda dei tempi e dei luoghi, dei soggetti e delle situazioni » — una codificazione generale che affidava all'*aequitas* canonica il superiore compito di rendere elastica l'applicazione della legge —, quella del 1983 ha preferito, nel rispetto della concretezza e della varietà delle istituzioni e culture locali, « una pluralità formale di fonti come garanzia di effettiva universalità » (74).

Questo mutamento di paradigma legislativo della Chiesa romana — non sufficientemente colto dai canonisti (75) — ha ridimensionato la portata del modello 'Codice', il quale ora « somiglia per molti versi a ciò che noi chiamiamo 'legge cornice' » e si propone più

(71) Ivi, pp. 202-203. Da notare il monito di Grossi ai canonisti intorno al pericolo di cadere in una « imitazione servile delle pretese conquiste degli ordinamenti laici » in materia di misure garantiste dei fedeli (ivi, p. 203).

(72) Ivi, p. 207.

(73) Ivi, p. 208.

(74) *Ibidem*.

(75) Nella dottrina canonistica successiva questo scritto (ma non è il solo) di Grossi è stato forse sottostimato. Esso viene perlopiù ricordato in funzione della conferma della « convinta scelta per il diritto » operata dalla chiesa cattolica senza valorizzarne le implicazioni sistematiche generali.

come « un *ordo Ecclesiae* » che di « un Codice nella immagine a noi consueta » (76).

3.2. Forma ‘Codice’ e Chiesa romana: è su questo problema che il pensiero di Grossi comincia a cimentarsi subito dopo il saggio sulla legislazione post-conciliare per proseguire fino ad oggi in una varietà di accostamenti che mostrano il continuo e fecondo interagire tra storia e diritto, tra decostruzione critica e fondazione di una teoria generale del diritto canonico.

La necessità di una riflessione di lunga durata emerge nel saggio del 1985 *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica* (77). I tentativi di dare un assetto scientifico e una fondazione sicura alla Storia del diritto canonico — prima in Germania e in Francia nel secondo Ottocento, poi in Francia e negli Stati Uniti negli anni Trenta del Novecento — non hanno portato quella fioritura di studi che si sperava. Soprattutto hanno condotto ad uno sbilanciamento clamoroso nell’orientamento delle ricerche, privilegiando il diritto pre-classico e classico e dimenticando quasi del tutto, in maniera ingiustificata e pretestuosa, il periodo post-tridentino (78).

Ma tra la storia della scienza canonistica dell’età moderna e la storia della codificazione corre uno strettissimo legame, che è assolutamente necessario ricostruire e chiarire. Alla base v’è la constatazione, già anticipata nel saggio del 1983 e ora divenuta consapevolmente programmatica, che il codice del 1917 « è al fondo di un amplissimo imbuto storico », il cui tortuoso e non scontato itinerario

(76) Ivi, p. 200.

(77) Si veda *infra*, pp. 167-181. Le critiche rivolte da Grossi ai lavori fino ad allora compiuti, più che tracciare un inventario delle carenze e delle lacune della ricerca storico-canonistica, sottolineavano la necessità di investigare più a fondo e con una prospettiva più larga (ivi, p. 177).

(78) GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, pp. 170-173. Contro una tendenza storiografica ancor oggi diffusamente critica nei confronti del paradigma tridentino, Grossi ritiene che un’indagine sulla scienza canonistica moderna permetterebbe « la riacquisizione di un non spregevole patrimonio culturale messo in liquidazione dalla ignoranza e dalla negligenza, quando non dalla prevenzione » (ivi, p. 173).

si snoda per tre secoli, dal momento tridentino fino al momento della compilazione del Codice (79).

L'epoca tridentina da un lato manifesta platealmente la mancata soluzione al problema delle fonti del diritto canonico moderno, dall'altro mette in movimento un processo lento e quasi sotterraneo per attuare « la riduzione a sistema del gigantesco e informe corpo normativo canonico » (80).

Tener conto di queste indicazioni permetterebbe di storicizzare sia la codificazione canonica sia il diritto post-tridentino: « mai come in questo caso — avverte Grossi mettendo a profitto la lezione ermeneutica di Marrou e di Betti (81) — il futuribile serba in sé una formidabile valenza interpretativa del passato, anche di un passato cronologicamente abbastanza remoto » (82).

3.3. Passano altri tredici anni prima che la riflessione canonistica di Grossi si esprima nuovamente, nel 1998, su un tema — l'*aequitas canonica* — che, nella sua concezione, riveste un posto assolutamente centrale per l'ordinamento della Chiesa (83). Sulla base del valore attribuito a questo istituto peculiarissimo, infatti, si concentrano e si definiscono le questioni della funzione della norma, del rapporto tra teologia e diritto e tra diritto canonico e diritto civile, dei limiti delle codificazioni, nonché dei caratteri distintivi del diritto canonico come esperienza e ordinamento. Si capisce, dunque, come questo intervento sia il ponte concettuale che raccorda e sintetizza i diversi momenti in cui egli è andato svolgendo per intero il suo filone canonistico.

Per Grossi s'impone una rettifica preliminare: l'*aequitas canonica*

(79) Ivi, p. 179. Questa direttiva di metodo era raccomandata da Grossi ai membri della ricerca di gruppo sul processo di codificazione canonica che si era iniziata alcuni anni prima sotto la direzione di Giorgio Feliciani presso l'Università di Pavia. Successivamente essa diventerà il fulcro della mia opera *Chiesa romana e modernità giuridica* (su cui si veda la recensione di Grossi, *infra*, pp. 293-312).

(80) GROSSI, *Storia della canonistica moderna*, cit., p. 179.

(81) Sull'incidenza delle idee di Emilio Betti, si veda quanto scrive GROSSI, *Uno storico del diritto*, cit., pp. 37-43.

(82) GROSSI, *Storia della canonistica moderna*, cit., p. 179.

(83) La genesi dello scritto è da ricondurre alla nomina di Grossi a giudice del Tribunale Ecclesiastico Etrusco, ufficio da lui ricoperto dal 1996 al 2004.

ca va affrancata da « quei moralismi e quei pietismi che hanno talvolta stemperato la sua enorme rilevanza al cuore dell'ordinamento giuridico della Chiesa, facendone qualcosa di ambiguo fra diritto e morale » (84). La sua « natura » e « collocazione » nell'ordinamento canonico erano state comprese da decretisti e decretalisti (in modo massimo dall'Ostiense), ma le riduzioni cui è andata soggetta nell'epoca post-tridentina ne impongono adesso un « recupero tutto giuridico » (85).

Lo spazio giuridico in cui può operare l'*aequitas* canonica è reso disponibile dalla fondamentale dialettica fra il diritto divino e il diritto umano che struttura l'ordinamento della Chiesa: l'uno portatore di regole supreme e universali, l'altro veicolo di norme storicamente variabili e strumentali, funzionali alla conquista del fine assoluto della *salus aeterna animarum* (86).

Ciò basta per intuire come lo Stato e la Chiesa siano « due pianeti giuridici contraddistinti da fondazioni e, conseguentemente, da concezioni e articolazioni opposte ». Se per lo Stato l'ordine giuridico può costituire « il fine od uno dei fini », per la Chiesa il fine è tutto rivolto ad « una dimensione metastorica e metafisica »; se per la società statale moderna « la stretta legalità, la certezza del diritto, l'uguaglianza giuridica, la divisione dei poteri » sembrano principi irrinunciabili, per la società sacra essi possono esseri sacrificati in funzione del « fine oltremondano »; se la legge statale è « contrassegnata dai caratteri dell'astrattezza, della generalità, della rigidità », la norma canonica « per raggiungere il fine di cui si pone come strumento, [...] non può non connotarsi di una disponibile plasticità » (87).

Ne scaturisce una differente concezione del rapporto tra il giudice e la legge: mentre il giudice statale finisce per essere « necessariamente *servus legis* » a causa del monopolio legislativo del legislatore e della primazia della legge, il giudice ecclesiastico, « essendo chiamato ad applicare la norma generale, cioè a scriverla sulla pelle delle singole creature che ha di fronte, si trova inevita-

(84) GROSSI, *Aequitas canonica*, p. 212.

(85) *Ibidem*.

(86) Ivi, pp. 214-215.

(87) Ivi, p. 215.

bilmente investito di un ruolo primario, fattivo » (88). Nell'ordinamento canonico la logica giuridica e il rigore sistematico sono coerentemente sacrificati rispetto al « valore irripetibile di quell'*unicum* che è la singola persona umana [...] alla cui salvezza è chiamata tutta la Santa Chiesa » (89).

Si comprende come l'equità canonica rappresenti « un risultato inconfondibile e irripetibile » che, a torto o comunque con gravi pericoli, si è tentato di omologare ad altri istituti apparentemente simili (come l'*epicheia*) o intendere come un prolungamento dell'equità naturale (romana o civile).

Per la sua natura assolutamente atipica, l'*aequitas* canonica non può essere ridotta a una norma o ad insieme di norme in mezzo alle altre; men che mai, può trovare una sua puntuale collocazione nell'architettura sistematica di un codice. Se nel diritto classico essa era principio attivo di sviluppo dell'ordinamento canonico e rispondeva alle necessità dell'adattamento della norma alle trasformazioni sociali, nel diritto codificato appare « come il più insignificante degli istituti eppure presente e incombente anche se in modo quasi sempre inespresso al di sotto di ogni canone » (90). Per questo essa si configura « come espressione della norma suprema che sta alla base della Chiesa », come fondamento e garanzia dell'osservanza di quella norma « in ogni momento, in ogni luogo, in ogni vicenda umana concreta », come strumento « che realizza l'adeguamento perfetto della forma alla sostanza » del diritto canonico (91). Sotto questo profilo l'*aequitas* « realizza una perfetta autointegrazione » dell'ordinamento canonico invece di costituire un fattore di arbitrio o incertezza del diritto come avviene per il sistema di garanzie formali dello Stato moderno fondate sul formalismo e positivismo giuridici (92).

Ricomprendere l'istituto dell'*aequitas canonica* nei suoi tratti differenziali rispetto al diritto statale dovrebbe avere una precisa ricaduta metodologica sulla scienza canonistica contemporanea, resa

(88) Ivi, p. 216.

(89) Ivi, p. 220.

(90) *Ibidem*.

(91) Ivi, p. 222.

(92) Ivi, pp. 223-224.

più avvertita delle proprie ineliminabili sorgenti teologiche dal Vaticano II. Dovrebbe servire a sancire il distacco dall'ottica « normativistica », che sotto l'influenza kelseniana ha pervaso la visione del diritto, e spingere verso la riscoperta del diritto canonico « come esperienza e come ordinamento » piuttosto che come complesso di comandi ⁽⁹³⁾.

La posizione di Grossi si riallaccia principalmente alle tesi di Pio Fedele (pur con alcuni distinguo) e alla visione giuridico-comparativa di Capograssi ⁽⁹⁴⁾. Nondimeno essa beneficia, sullo sfondo, della lezione metodologica di Alessandro Giuliani diretta, da un lato, a ripensare il diritto al di fuori del formalismo e del positivismo, dall'altro a collocarlo nel mondo sociale e ad osservare il « dinamismo del fatto » per cogliere, mediante la valutazione equitativa, le circostanze rilevanti ⁽⁹⁵⁾.

3.4. Lo spostamento della concezione del diritto della Chiesa da complesso normativo a esperienza giuridica trasfusa in ordinamento sollecita Grossi ad intervenire sul significato e la portata del modello codificatorio ⁽⁹⁶⁾. L'obiettivo dichiarato è quello di « sottolineare che quella scelta imitatoria delle codificazioni statuali, ripetuta per ben due volte dalla Chiesa romana nel secolo passato, prima e dopo il Concilio Vaticano II, era ed è gremita di rischi e che è giunta l'ora di ripensarla criticamente da parte del canonista » ⁽⁹⁷⁾.

Nella relazione tenuta a Venezia nel 2005 durante il convegno su Pio X il discorso è condotto su un duplice piano: il confronto tra la

⁽⁹³⁾ Ivi, pp. 227-228.

⁽⁹⁴⁾ Si vedano gli interventi di Fedele e di Capograssi sullo scritto di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, ora riuniti insieme con altri saggi nel volume omonimo curato da Guido Astuti (Milano 1968).

⁽⁹⁵⁾ Sull'« impronta non effimera » che il pensiero di Giuliani ha lasciato nella « vicenda intellettuale » di Grossi, si legga quanto questi scrive nella presentazione del volume *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano 2012, p. 4.

⁽⁹⁶⁾ Anche questo tema ha le sue risalenti anticipazioni nel saggio del 1985 sulla storia della codificazione piano-benedettina. Grossi aveva allora osservato come quella scelta innovativa finisse per coinvolgere questioni ancora dibattute, « prima fra tutte: l'imitazione di modelli estranei alla tradizione canonica, la sopportabilità — o meno — per la realtà giuridica della Chiesa di un Codice inteso 'laicamente' come sistema rigido e astratto di regole » (GROSSI, *Storia della canonistica moderna*, p. 180).

⁽⁹⁷⁾ GROSSI, *Storicità del diritto*, p. 268.

codificazione piano-benedettina e quelle civili moderne; la ricerca delle radici ideologiche della forma 'Codice'. Per Grossi è l'occasione per mettere a frutto del lavoro dei canonisti le acquisizioni compiute dagli storici del diritto nello studio delle codificazioni post-napoleoniche ⁽⁹⁸⁾. Se è vero che il Codice del 1917 si distacca dai codici statuali per avere valorizzato lo *ius vetus* e per aver impostato una « soluzione aperta » al problema delle lacune del sistema codificatorio, non si può tuttavia negare che « la scelta codicistica rappresentò una svolta assai brusca rispetto all'assetto delle fonti giuridiche » di quasi due millenni, « incidendo a fondo su quel carattere di elasticità che era stata l'indiscussa e fertile peculiarità dello *ius ecclesiasticum* » ⁽⁹⁹⁾. L'adozione della forma 'Codice' non comporta solamente una frattura nel sistema delle fonti, ma, in quasi tutte le sperimentazioni ottocentesche, l'assunzione di un'eredità ideologica ben marcata, proveniente dall'illumismo giuridico e dalla rivoluzione francese. Tra i nuovi assetti del potere, della società e delle fonti giuridiche si è stabilita una forte interdipendenza. Oltre a divenire simbolo peculiare di tale intreccio, il Codice è stato un potente motore della trasformazione della concezione del diritto col realizzare « il passaggio dal giusnaturalismo sei-settecentesco al positivismo giuridico del secolo successivo » ⁽¹⁰⁰⁾.

Le codificazioni canoniche non sono rimaste estranee a questi rivolgimenti epocali; esse sono state influenzate da una concezione normativistica che ha generato « l'inevitabile distacco fra diritto e società, fra diritto e storia » ⁽¹⁰¹⁾. È compito dei canonisti di oggi riflettere criticamente sui « valori e limiti » delle due codificazioni, cercando di comprendere le ragioni tecniche, politiche, giuridiche, teologiche che ne sono state alla base, ma anche « coglierne le

⁽⁹⁸⁾ Oltre ai numerosi lavori personali di Grossi, vanno qui considerati quelli dei suoi allievi, in particolare di Paolo CAPPELLINI (si ricorda almeno *Systema iuris*, 2 voll., Milano 1984-1985).

⁽⁹⁹⁾ P. GROSSI, *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, p. 249.

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, pp. 253-261. Sono temi ampiamente considerati da Grossi in vari saggi coevi. Per una presentazione del suo pensiero si rinvia a: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998 e a *Società, Diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano 2006.

⁽¹⁰¹⁾ GROSSI, *Storicità del diritto*, p. 271.

conseguenze positive e negative » per offrire al legislatore indicazioni « per la costruzione del futuro » (102).

L'argomento è ripreso ed integrato nella conferenza del 2006 alla Pontificia Università Lateranense. Per Grossi due dimensioni più delle altre esigono oggi di essere valorizzate dal canonista. La prima è la storicità del diritto, che le codificazioni e la Scuola dell'esegesi hanno fortemente contribuito a far perdere alla prospettiva del giurista. Solamente una consapevole storicità potrà permettere il superamento della concezione « monista » che nell'Ottocento, da un lato, « riduceva la giuridicità nel solo cono d'ombra dello Stato », relegando in un cantuccio l'esperienza della Chiesa romana, dall'altro immobilizzava il diritto nella forma del Codice, « un testo tendente alla completezza e alla autosufficienza » (103). Quale storico del diritto, Grossi ritiene che una riflessione sulle fonti, fondata sui due fattori della « costanza della tradizione » e del « consolidarsi del mutamento », s'imponga oggi anche al canonista (104).

La seconda dimensione da riattivare, in rapporto alla funzione primaria svolta nel passato e a quella che l'aspetta per il futuro, è la scienza canonistica. Operando un raffronto tra la situazione del Novecento e quella del Dugento e del Trecento, Grossi non manca di rilevare la grande distanza di clima, di metodi e di risultati (105). Ma, anche limitandosi al secolo appena trascorso, egli riconosce che negli anni Trenta la « canonistica laica » di un d'Avack, di Fedele, di Giacchi e di altri ancora, aveva avuto il coraggio di affrontare i problemi di metodo e di rinnovarsi con una formula tuttora valida: « uscire *extra moenia*, munirsi di strumenti filosofici e di teoria generale, immergersi nella storia del diritto e nella comparazione, confrontarsi con altri settori dell'esperienza giuridica » (106). Nel superamento dell'esegesi, nella consapevolezza dei problemi di

(102) GROSSI, *Valore e limiti*, p. 261.

(103) GROSSI, *Storicità del diritto*, p. 274.

(104) GROSSI, *Valore e limiti*, p. 262.

(105) Ivi, p. 263 nota 22.

(106) GROSSI, *Storicità del diritto*, p. 267. Al riguardo è opportuno considerare le pagine dedicate alla « fioritura canonistica » nella *Scienza giuridica italiana*, ora anche *infra*, pp. 183-191.

metodo e nell'adozione della « dialettica del confronto » si giocherà anche il futuro della scienza canonistica.

4. *Terzo momento: il diritto canonico come mentalità giuridica.*

« Il diritto canonico non è solo un ammasso di regole e di canoni; è innanzi tutto, una certa mentalità giuridica »: questa la « proposizione centrale » della lezione agli studenti della Facoltà di giurisprudenza di Urbino del 2001, un testo che segna il punto di approdo dell'intera riflessione canonistica di Grossi.

L'attacco ha del mordente: « Che cosa pretende sul piano culturale questo diritto canonico? Un diritto che parla di eucaristia, di battesimo, di penitenza, un diritto da preti; un diritto, per giunta, che non riguarda la società civile come società plurale, e soprattutto ideologicamente plurale » ⁽¹⁰⁷⁾.

Dal Cinquecento in avanti — valga il gesto sprezzante di Lutero che ne brucia i testi — si è creata, afferma Grossi, « una barriera di incomprensione e di travisamenti fra noi moderni e il diritto canonico ». Quest'ultimo sconta un diffuso atteggiamento denigratorio che è principalmente frutto di tre fattori storici: l'identificazione del diritto con la funzione disciplinare della Chiesa della Controriforma, la diffidenza e l'attacco verso il sacro da parte della società secolarizzata, lo statalismo che si è tradotto in monismo giuridico. Ciò ha impedito « di cogliere il diritto canonico per quello che veramente è stato, cioè al centro di una civiltà giuridica, con creatore di una civiltà giuridica » ⁽¹⁰⁸⁾.

Il diritto canonico ha fornito all'Occidente istituti, prassi, modelli giuridici che hanno influito a lungo e a fondo « sul suo itinerario e sul suo sviluppo ». Ma, secondo Grossi, il contributo maggiore esso lo ha dato per la « creazione di una mentalità giuridica »: una *mens iuridica* che, per la sua tipicità e peculiarità, per la sua proiezione nella scienza e nella prassi, per la sua penetrazione capillare nella cultura, ha avuto « incisivi influssi proprio a livello di mentalità ben oltre i confini della comunità ecclesiale » ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, cit., p. 233.

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, p. 229.

⁽¹⁰⁹⁾ Ivi, pp. 230-232.

Se si volessero indicare i « tratti distintivi » di questa prospettiva originale, afferma Grossi, dovremmo partire da una « consapevolezza di indole antropologica ». La scelta per il diritto della Chiesa romana è « intrisa di concretezza mediterranea » perché, prima che a finalità potestative, tende « alla valorizzazione del ‘temporale’ quale terreno in cui la salvezza si gioca » ⁽¹¹⁰⁾.

Ora la « strumentalità » verso lo scopo trascendente del diritto ha generato nella Chiesa tre anticorpi che la tutelano da altrettante malattie degenerative: la diffidenza verso le costruzioni logico-sistematiche (che spiega perché il codice canonico non sia ermeticamente chiuso ma disponga di valvole di sicurezza), la diffidenza per il diritto come legge (che porta ad affermare la considerazione del particolare e quindi la rilevanza delle circostanze umane ponendo al centro dell’ordinamento l’*aequitas canonica*), la diffidenza verso il formalismo (che dovrebbe impedire alle tecniche formali del diritto canonico di distaccarsi dalla realtà in movimento) ⁽¹¹¹⁾.

Questa forma mentale del diritto canonico non è qualcosa di artificioso o di vaporoso che ci costruiamo per nostro comodo: ha trovato ampi riscontri nell’effettività, anzi è all’origine della comune e generale cultura giuridica da cui sono poi sorti i due tronconi del *common* e del *civil law*. « In forza dei trapianti che dall’Inghilterra si effettueranno nel Nordamerica, abbiamo — conclude Grossi — un vastissimo universo giuridico il quale trova nel diritto canonico un marchio di costruzione e un preciso contributo di mentalità: concretezza, elasticità della regola, attenzione per il particolare, attenzione per le circostanze singole, individuate, valorizzazione piena del giudice al centro dell’ordinamento come cognitore eccellente delle vicende particolari » ⁽¹¹²⁾.

Secondo Grossi il crollo dello statalismo giuridico, le conseguenze della globalizzazione sui meccanismi di nuova produzione del diritto, la necessità di elaborare nuovi modelli giuridici rendono inaspettatamente benvenuta e salutare la « lezione di metodo » del diritto canonico. « In questo movimentato quadrivio degli odierni

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, p. 234. Una riflessione puntuale su questo concetto si può leggere in P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Milano 2007, pp. 33 ss.

⁽¹¹¹⁾ GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, pp. 235-238.

⁽¹¹²⁾ Ivi, pp. 238-240.

giuristi », essa « può essere utilmente riesumata dalla soffitta dove gli illuministi la gettarono » e « fungere da prezioso momento comparativo »⁽¹¹³⁾.

Seguendo le sue parole, l'intento culturalmente alto di Grossi è quello di liberare il diritto canonico da quella « falsa rappresentazione di un arido *Klerikerrecht* », che da secoli ha finito per divenire dominante nella mentalità non solo laica ma anche, in parte, cattolica, e proporre un riscatto culturale offrendone « una visione rinnovata », un modo alternativo di considerarlo e di valutarlo dall'ottica dello storico del diritto.

Non si tratta certo di trasporre la natura per renderlo funzionale a qualcosa di diverso dalle strutture, strumenti e finalità specifiche su cui si fonda e su cui si è venuto costituendo nel corso di due millenni. Piuttosto lo scopo è di comprenderne la peculiare fisionomia nell'universo giuridico, di coglierne i tratti caratteristici e, quindi, di riscoprirne il carattere adattivo e al tempo stesso plasmatore della realtà umana: ciò che ne ha costituito l'inconfondibile impronta etica e giuridica.

Si capisce che quest'opera di restituzione identitaria della mentalità canonistica può essere attuata solamente dallo storico del diritto e dal giurista-comparatista perché, per essere realizzata, esige un'attenta e compiuta storicizzazione del suo oggetto e della sua evoluzione.

Ma, come c'insegnano il passato e il presente, la comprensione realmente storica di una realtà, di un organismo o di una dimensione può rivolgersi verso direzioni tra loro differenti ed essere dettata dalle più svariate motivazioni. L'opera storica e scientifica di Grossi si è mantenuta estranea alle preoccupazioni confessionali o ideologiche⁽¹¹⁴⁾. Ponendosi sul terreno della riflessione rigorosamente storica, egli ha respinto la visione evoluzionistica e positivista che aveva influenzato i suoi antenati storici del diritto.

Scartati questi punti di vista, il valore del diritto canonico non

⁽¹¹³⁾ Ivi, p. 241.

⁽¹¹⁴⁾ Si veda la risposta di Grossi alle accuse di neo-medievalismo avanzate da Vincenzo FERRONE in *Chiesa cattolica e modernità. Atti del Convegno della Fondazione Michele Pellegrino*, a cura di F. Bolgiani, V. Ferrone, F. Margiotta Broglio, Bologna 2004, pp. 161-168.

può essere considerato, da un giurista, che in termini e secondo categorie genuinamente culturali: come ci dice Grossi, esso « è visto dallo storico del diritto medievale e moderno come mentalità giuridica ». A questa affermazione segue immediatamente l'altra che qualifica il diritto canonico « come una delle sollecitazioni più incisive nella storia della cultura e delle tecniche giuridiche in Occidente » (115).

Per capire il senso della proposta di Grossi credo occorra far leva sul termine « sollecitazione » e metterlo in rapporto con gli altri due che sono « storia della cultura » e delle « tecniche giuridiche ». Dunque: il diritto canonico come stimolo, pungolo, impulso piuttosto che, come si fa in genere dagli storici, contributo, apporto, concorso alla vicenda giuridica occidentale. Nelle sue analisi così come nelle sue sintesi scientifiche, Grossi rifiuta di valutare in modo analitico e puntuale l'opera prestata dal diritto canonico, il suo influsso e il suo peso sui principi, sugli istituti e sulle singole branche della scienza giuridica. Mettersi a fare questa inventariazione sarebbe un restare prigionieri dell'idea di progresso e di superamento, un rendere inoperanti le suggestioni del passato sull'oggi e sul futuro.

Al contrario la prospettiva epistemologica maturata a contatto con Marrou e con Capograssi lo spinge verso la *dimensione dialettica* che, nel campo della storia del diritto, significa esplicitare i principi della relativizzazione e della comparazione, in modo da instaurare, un « confronto con valori diversi e, magari, opposti, che non fungono da modelli coartanti; vuol dire apertura e disponibilità verso esperienze aliene per trarne occasione di ripensamenti, integrazioni, modificazioni » (116).

(115) GROSSI, *Le ragioni di questo libro*, in ID., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, pp. XVI-XVII. Da rilevare la somiglianza ravvicinata di queste parole con il seguente giudizio di Carl Schmitt sul diritto canonico: « una delle più grandi prestazioni giuridiche dell'intera storia delle idee dell'umanità » (C. SCHMITT, *Colloquio sul partigiano*, in ID., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza 2005, p. 89). L'analogia è tanto più eloquente in quanto Grossi non ha mai avuto una particolare consonanza con questo noto e importante giurista.

(116) GROSSI, *Società, Diritto, Stato*, cit., p. 24. Nella consapevolezza della differenza del passato dal presente, si apre la dimensione dialettica che distingue, secondo Capograssi, lo storico dallo scienziato del diritto: « [...] lo storico ha la possibilità, e il modo di cogliere la individualità particolare del mondo storico, che deve ricostruire,

Anche se la conoscenza storica non può aspirare ad essere maestra del tempo, essa può e deve essere *critica e produttiva*. « I singoli momenti storici, ciascuno dei quali realizza una autonoma maturità di tempi, — avverte Grossi — non sono isole staccate ma punti d'una lunga linea; punti sorretti da forze proprie e peculiari [...] ma pur sempre frammenti d'una linea »⁽¹¹⁷⁾.

Si è detto che il diritto canonico è parte essenziale della linea disegnata dalla storia giuridica dell'Occidente, ne rappresenta un momento e un'esperienza assolutamente peculiare che Grossi si sforza di rappresentare anche nelle sue opere di sintesi, e quindi diventa una realtà osservabile, comparabile e arricchente. « Con le sole forze del presente non si costruisce il futuro; c'è piuttosto bisogno — ammonisce Grossi — non come modello ma come momento dialettico — di una maturità espressasi nella sua totalità »⁽¹¹⁸⁾.

Su queste premesse il patrimonio etico-culturale del diritto canonico può e deve essere confrontato con altre « esperienze giuridiche » in modo da valorizzare i tratti originali e produttivi della sua mentalità e delle sue sperimentazioni; al tempo stesso può servire da pietra di paragone per sottoporre a critica il modello di diritto presente e renderlo più robusto e aperto al futuro.

Questa « sollecitazione » del diritto canonico va specificata, come si è visto, nei due ambiti della storia della cultura e delle tecniche giuridiche. Poiché « cultura giuridica » assume per Grossi l'esatto opposto di « legge », si direbbe tutto il pre-giuridico e il

perché proprio la coscienza concreta che ha del problema perenne e delle soluzioni attuali lo mette in grado di giudicare attraverso la differenza, della specialità delle soluzioni date al problema dell'esperienza giuridica del passato mondo storico » (G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in *Id.*, *Opere*, II, Milano 1959, p. 603).

⁽¹¹⁷⁾ GROSSI, *Società, Diritto, Stato*, cit., p. 24. È nota l'avversione di Grossi alle operazioni di attualizzazione come anche alla confusione dei differenti climi e epoche storiche, con un'attenzione particolare a identificare le fondazioni della modernità distinguendole dalle epoche precedenti. Ciò vale anche per gli storici del diritto canonico che devono evitare « di mettere sulla bocca dei canonisti un discorso che essi non hanno nella sua sostanza assolutamente mai pronunciato ». Si veda, a titolo di esempio, la recensione all'opera di B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625* (riportata *infra*, pp. 283-287).

⁽¹¹⁸⁾ GROSSI, *Società, Diritto, Stato*, cit., p. 24.

supra-giuridico, si può comprendere il potenziale arricchimento che può derivare dal confronto coll'ordinamento canonico. In quanto radicato su istanze valoriali e parametri etici che rendono o dovrebbero rendere strumentale e non essenziale l'impiego della legge, esso ha elaborato un vasto campo di istituti tecniche prassi che possono correggere gli inconvenienti del legicentrismo statale e, nella prospettiva di una universalizzazione del diritto, riannodare l'esperienza del *civil law* con quella della *common law*.

Cultura ma anche tecniche giuridiche positive. Sì, perché nelle ricostruzioni storiche di istituti canonistici, Grossi ha saggiato la qualità tecnica dell'armamentario giuridico prodotto dalla Chiesa, ha ben presente i suoi apporti, le categorie logico-razionali, le procedure argomentative, le raffinatezze concettuali e analitiche che si devono alla scienza canonistica medievale e, seppur in misura minore, a quella moderna.

5. *Riflessioni conclusive.*

La rilettura degli scritti canonistici di Grossi credo sia indispensabile per comprendere la genesi e il profilo unitario del suo itinerario. Come s'è cercato di porre in risalto fin dall'inizio, riandare a quegli studi equivale a cogliere alcuni germi e talune linee direttrici del suo pensiero. Una parte dei temi prediletti ha trovato origine negli scavi canonistici compiuti tra il 1958 e il 1966 ⁽¹¹⁹⁾. Un'altra parte sono maturati a contatto della comparazione tra diritto canonico e gli altri ordinamenti negli anni 1998-2006. Tanto la sua passione per il diritto quanto la sua critica della modernità giuridica non si potrebbero comprendere appieno senza la riflessione canonistica. Da essa, prima ancora che dall'analisi del diritto privato e del diritto agrario, egli ha tratto « una visione unitaria che coglie il diritto come fatto di vita, di vita quotidiana, come ordinamento e salvataggio di essa » ⁽¹²⁰⁾.

E tuttavia l'apporto del diritto canonico al pensiero giuridico di

⁽¹¹⁹⁾ Si pensi alla teoria della pluralità degli ordinamenti, alla valutazione critica delle codificazioni, alla rivendicazione dell'elasticità del diritto, alla genesi della visione del diritto medievale, e via dicendo.

⁽¹²⁰⁾ Così nel *Dialogo* con Guido Alpa (*Paolo Grossi*, cit., p. 250).

Grossi non è circoscrivibile né quantificabile: lo impedisce la considerazione che esso si è concretato in uno stimolo umano, intellettuale e ideale. Certo sul piano metodologico, oltre a confermare la convinzione che occorre praticare il metodo storico e non quello dogmatico, lo studio del diritto canonico ha contribuito ad affinare la sua sensibilità e mentalità, dando vita ad uno stile inconfondibile. Sul piano della critica alla modernità giuridica è servito a rafforzare le idee del pluralismo ordinamentale e del diritto come esperienza, come storia e pensiero, vedendo nella prassi giudiziale un momento alto della realizzazione della giustizia. Sul piano comparativo l'ordinamento canonico ha costituito una pietra di paragone con altri pianeti giuridici e il ponte tra le due tradizioni dominanti nell'Occidente.

Se ci limitassimo a queste indicazioni, dimenticheremmo però il carattere di reciprocità tra l'opera scientifica di Grossi e il diritto canonico. Egli non ha solo appreso, ha anche dato alla scienza canonistica contemporanea un prezioso apporto metodologico.

Rileggere i suoi scritti finora circolati in cerchie limitatissime di studiosi è, come si accorgerà il lettore, una salutare scoperta e anche una guida per il futuro prossimo. Una scoperta, nel senso che alcuni dei problemi fondamentali che la canonistica si è posta dopo il concilio Vaticano II erano già stati impostati in modo sicuro da questo allora promettente studioso, allievo di d'Avack e ammiratore di Fedele⁽¹²¹⁾. Una guida, nel senso che la linea dell'irrobustimento culturale, della riscoperta della tradizione storica e dell'apertura al confronto comparativo con gli altri sistemi giuridici, come da lui prospettata, restituirebbe dignità e prestigio allo studio del diritto canonico.

Come egli scrive è « la multiformità del paesaggio offerta dal diritto della Chiesa che va recuperata; le tante incrostazioni

⁽¹²¹⁾ Già in *Unanimitas* del 1958, Grossi intendeva rivendicare il fondamento teologico del diritto canonico, contro ogni giusnaturalismo storico che si richiama al principio *ubi societas ibi ius*, e proporre una piena storicizzazione delle origini e delle epoche del diritto canonico. Quest'operazione non doveva essere compiuta in senso positivisticco, cercando di ricondurre la realtà esaminata a cause e fattori esterni ma comprendendo la genesi interna dell'ordinamento. Il diritto canonico non è un prodotto estrinseco alla vita delle prime comunità cristiane e neppure si può ridurre al volto ideologico del potere della Chiesa erede dell'impero romano.

teologico-liturgico-pastorali non devono impedirci di afferrare il suo messaggio metodologico » (122).

Spetta ai canonisti accogliere questo invito e sviluppare la lezione di metodo storico e comparativo offerta da Paolo Grossi.

(122) GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, cit., p. 242. In questo senso « la dimensione storica » per il canonista deve essere considerata non solo « un inabdicabile strumento », ma « una dimensione della sua stessa consapevolezza epistemologica » (P. GROSSI, *Presentazione* a S. VIOLI, *Il Prologo di Ivo di Chartres*, *infra*, p. 289).

PAOLO GROSSI
SCRITTI CANONISTICI
(1958-2013)

FONTI

1. Unanimitas. *Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, in « Annali di storia del diritto », II, 1958, pp. 229-331;

2. *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in « Annali della Facoltà giuridica. Università di Macerata », n.s. I, 1966, pp. 94-134;

3. *Natura e ruolo dello "utrumque ius" nella società medievale* (inedito);

4. *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 14, 1985, pp. 587-599;

5. *Fioritura canonistica in Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, pp. 266-273;

6. *Novità e tradizione nel diritto sacro*, in « Il Foro Italiano », CVII, vol. CVI, 1983, parte V, coll. 172-179;

7. *Aequitas canonica*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 27, 1998, pp. 379-396;

8. *Diritto canonico e cultura giuridica*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 32, 2003, pp. 373-390 (anche in *Itinerari del diritto canonico del Novecento*, a cura di C. Fantappiè, Torino 2003, pp. 13-31, e in P. Grossi, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, pp. 125-140);

9. *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in « Jus. Rivista di scienze giuridiche », LII, 2005, pp. 345-359, e in *L'eredità giuridica di San Pio X*, a cura di Arturo Cattaneo, Venezia 2006, pp. 141-154;

10. *Storicità del diritto*, in « Apollinaris », LXXIX, 2006, pp. 105-116;

11. Recensione a: G. Dossetti, *Grandezza e miseria del diritto*

della Chiesa, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 26, 1997, pp. 480-483;

12. Recensione a: B. Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Kan. Abt.», 117, 2000, pp. 554-557, e in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari 2011, pp. 83-87 (col titolo: *Sui diritti umani nella civiltà giuridica medievale*);

13. Presentazione a: S. Violi, *Il Prologo di Ivo di Chartres. Paradigmi e prospettive per la teologia e l'interpretazione del diritto canonico*, Lugano 2006, pp. 11-12;

14. *Chiesa romana e modernità giuridica (a proposito di un'opera recentissima di Carlo Fantappiè)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39, 2010, pp. 791-807, e in «Humanitas», n.s. LXIV, 2009, pp. 937-953 (col titolo: *Il moderno, la Chiesa e il diritto*).

I testi vengono ristampati nella versione originale. Non sono stati apportati cambiamenti o aggiornamenti neppure alle citazioni di opere o articoli indicati in corso di pubblicazione e nel frattempo editi o riediti.

I. SCRITTI DI STORIA

UNANIMITAS (*)

ALLE ORIGINI DEL CONCETTO DI PERSONA GIURIDICA NEL DIRITTO CANONICO

I. Premesse generali. Le fonti. — II. L'unanimità nell'ordinamento germanico. — III. I presupposti del concetto unanimitario canonico: A) L'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva; B) « Unitas Ecclesiae; Corpus Ecclesiae ». — IV. Il concetto canonico di « unanimitas »: A) « Unanimitas » e « unitas Ecclesiae »; B) « Unanimitas » e « corpus Ecclesiae ». — V. Conclusione. — VI. *Unanimitas, sanior pars, major pars*.

I. *Premesse generali. Le fonti.*

1. Nella storia dei principi che regolano le deliberazioni collettive, è documentato che, prima della moderna e democratica concezione secondo la quale una parte, in genere la maggiore, esprimendo la propria volontà, esprime quella dell'ente, altri ordinamenti diversi per luogo e tempo hanno dato il massimo rilievo al sistema della unanimità; sistema che, per la validità della deliberazione del collegio, richiede che alla deliberazione stessa abbiano preso parte, approvandola, tutti i membri di questo.

Giustamente l'unanimità è stata considerata come espressione di ordinamenti e concezioni primitivi; di un primo stadio in cui una determinata *societas* non ha raggiunto il grado di maturità e di astrazione per cui una *pars* è la voce stessa dell'assemblea e pienamente la impegna.

Ciò è esatto per quanto concerne gli ordinamenti civili. Non v'ha dubbio che la necessaria presenza di tutti, che le assemblee

(*) Pubblico qui la relazione da me tenuta al Circolo toscano di diritto romano e storia del diritto nella seduta del 22 febbraio 1958. Il testo è stato notevolmente ampliato; sono aggiunte le note.

della antichissima Grecia e del mondo germanico richiedevano per le loro deliberazioni, indichi ordinamenti giuridici arretrati e barbarici (1).

Né v'ha dubbio che il diritto di Roma, che conosce e applica il principio maggioritario (2), rappresenta un sicuro, notevolissimo passo nella evoluzione del pensiero e dei sistemi giuridici. Infatti già il diritto romano classico conosce *corpora* e *universitates* o collettività in qualche modo (3) distinte dalle persone dei propri membri. *Collegia* e *sodalitates*, *populus romanus*, *municipia* e *coloniae*, sono riconosciuti dalla dottrina romanistica quali veri corpi collettivi (4), nella cui costruzione l'ordinamento romano dimostra un certo grado di astrazione. Di fronte alle associazioni di tempi e ordinamenti più primitivi il diritto romano rappresenta dunque, anche in questo

(1) Le assemblee omeriche, se non poteva raggiungersi l'unanimità, si scioglievano senza deliberare. Così OD., III, 150 ss. e IL., I, 22 ss. Cfr. E. RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, in *Archivio giuridico* XCIII (1925), pp. 16-17 e 34. Sulle assemblee del mondo germanico cfr. particolareggiatamente al § II.

(2) Cfr. per questo H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman Law*, Cambridge, 1932, p. 16 ss.; A. GUARINO, *Storia del Diritto romano*, Milano, 1954², p. 92 ss.; U. VON LÜBTOW, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Frankfurt a. M., 1955, p. 315; V. ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957⁷, p. 88 ss. Più specificamente RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., pp. 22-33 (ivi indicazioni sulla ricca bibliografia anteriore). Per quanto riguarda l'applicazione del principio maggioritario nelle *πόλεις* greche, cfr. sempre RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., p. 17 ss.

(3) Diciamo « in qualche modo », perché, come vedremo più oltre, il concetto di corporazione in diritto romano classico è inteso non già come una unità dell'ente perfettamente separata ed astratta dai propri membri, bensì nel senso più rudimentale e particolaristico di una collettività di persone organizzata, o come esattamente afferma lo SCHULZ (*Classical roman law*, Oxford, 1951, p. 87), come « an organized body of human persons ». Cfr. anche R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et theories*, Paris, 1910, p. 22 ss., e soprattutto L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I - Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*, München und Leipzig, 1935³, pp. 340-347.

(4) Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1957¹³, p. 68 ss., ove si accenna ampiamente alla problematica su questi istituti e si cita la bibliografia essenziale; fra le trattazioni specificamente dedicate al problema della personalità giuridica soprattutto L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Person. I - Universitas, corpus, collegium im klassischen römischen Recht*, München, 1933; P. W. DUFF, *Personality in roman private law*, Cambridge, 1938; B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942.

specifico campo, un sistema indubbiamente evoluto. È quindi esatto affermare che l'unanimità storicamente precede l'affermarsi della maggioranza e rappresenta quindi rispetto a questa uno stadio arretrato.

A questa sistemazione si oppone però una peculiare esperienza giuridica, che, in un particolare momento storico, si innesta, nel mondo occidentale, accanto a quella germanica e a quella di Roma. Intendiamo riferirci al diritto della Chiesa che, alla sua origine, trova la giurisprudenza classica in pieno fervore e la società germanica in uno straordinario sviluppo sociale e politico. Ci occuperemo nel prossimo paragrafo della autonomia di questo diritto rispetto all'ebraismo, alla romanità e al germanesimo; ciò che è qui il caso di notare è che per più di dieci secoli della sua esistenza la Chiesa adotta costantemente il principio della unanimità ⁽⁵⁾.

Singolare constatazione che sembrerebbe accostare il sistema canonico a quello germanico. Ebbene, chi pensasse, al riguardo della Chiesa, a un ordinamento primitivo o addirittura a influssi germanici, sarebbe portato a svisare il problema, a non intendere appieno il significato del nostro istituto, anzi a falsare tutto il primo ordinamento canonico degradandolo a una rozza primitività che esso ha completamente ignorato. Senza contare che sarebbe antistorico parlare di influssi germanici, dal momento che è proprio nei primi tre secoli della vita cristiana, che viene elaborato il concetto canonico di *unanimitas*; quando cioè il contatto col mondo germanico non era che raro e occasionale e nessun influsso ne derivava sulle civiltà mediterranee.

L'unanimità canonica è un qualcosa di assolutamente diverso da quella germanica, come assolutamente diversa è la formazione della

⁽⁵⁾ Questa affermazione è giustificata dal fatto che, anche quando, nel diritto della Chiesa, si delinearono i sistemi « per scrutinium » e « per compromissum » la Chiesa stessa, definendo « per inspirationem » il procedimento unanimitario, lo collocò in una posizione di prevalenza e pozziorità. Questa tripartizione, pienamente affermata nel 1215, al IV Concilio Lateranense, è ancora seguita dalla Costituzione Apostolica di Pio XII, dell'8 dicembre 1945, *Vacantis Apostolicae Sedis*, cioè nel più recente atto normativo canonico in cui si disciplina l'elezione del Sovrano Pontefice. Vi si afferma assai significativamente (Tit. II, caput. V. *De forma electionis*): « primus modus est, qui quasi per inspirationem vocatur, quod scilicet omnes Cardinales, quasi afflati Spiritu Sancto, aliquem unanimiter et viva voce, libere ac sponte Summum Pontificem proclamant ».

struttura della Chiesa e del suo sistema di diritto. Essa si inquadra perfettamente in questo sistema e non crediamo di errare affermando che viene a costituire, nella sua espressione giuridica colorita di sfumature teologico-mistiche, un principio essenziale dell'ordinamento della Chiesa primitiva.

E ancora: se poco sopra abbiamo potuto affermare che l'unanimità germanica significa povertà di astrazione e sta a testimoniare assenza di soggettività dell'ente, un discorso affatto diverso dovremo fare per il principio unanimitario canonico. Ponendo in relazione questo concetto con altri due concetti essenziali, quelli di *corpus* e di *unitas* riferiti alla Chiesa, si avrà modo di vedere come lo studio della unanimità canonica è di un grande interesse non solo perché ci conduce a riesaminare *funditus* l'ordinamento della prima Chiesa, ma anche perché ci colloca in un terreno fertilissimo e, diciamolo pure, poco studiato, quello delle origini del concetto moderno di persona giuridica; al quale proposito, per chiarire meglio il nostro pensiero, diremo che ci interessa con l'unanimità in sé, ma nelle sue peculiari relazioni coll'*unitas ecclesiae* e col *corpus ecclesiae*, come espressione di quel corpo e di quell'unità.

Abbiamo affermato più sopra che il diritto romano classico conosce qualche tipo di collettività organizzata; ma è esso veramente giunto a un grado di astrazione tale da concepire la *persona giuridica*?

Sulla scorta di quanto viene ripetuto dalla prevalente dottrina romanistica ⁽⁶⁾, una simile elaborazione concettuale si ha, netta, solo

(6) Ci basti qui rinviare a quanto istituzionalmente viene detto da S. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1946⁵, p. 54; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1946 (Ristampa della X ed.), p. 64; P. JÖRS-W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, Heidelberg, 1943³, p. 74 (in *Enzyklopädie der Rechts u. Staatswissenschaft*, II, III); SCHULZ, *Classical roman law*, cit., p. 86 ss.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, p. 123; E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basel, 1955², pp. 42-43; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 68-69. Più specificatamente H. KRÜGER, in *ZSS-RA XXIX*, (1908), p. 519; E. ALBERTARIO, *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, s. IV, I, 1919, p. 28 (ora in *Studi di diritto romano, I. Persone e famiglia*, Milano, 1933); SCHNORR V. CAROLSFELD, *Geschichte*, cit., *passim*. Recentemente ha sollevato, sia pur cautamente, qualche dubbio su questa impostazione generale della dottrina romanistica F. DE VISSCHER, *La notion du « corpus » et le régime des associations privées à*

nella compilazione giustiniana; la stessa storia giuridica di parole come *corpus* e *universitas*, acutamente delineata in un sempre pregevole saggio da Emilio Albertario, è oltremodo indicativa in tal senso; v'è cioè un *iter* preciso di questi termini dal significato più materiale e frammentario di collettività di persone (in cui però l'elemento personale non scompare interamente) a quello affatto nuovo di unità ed entità ⁽⁷⁾ a sé.

Ora è un fatto che, a un certo momento, come è noto, nel mondo romano si fa sentire la voce del Cristianesimo, che trova la sua perspicua, minuta e meditata sistemazione, più che nei concili, nelle prime raccolte ecclesiastiche e soprattutto nelle opere dei Padri apostolici, degli Apologisti e della Patristica del periodo aureo; ed è un fatto che tutta questa letteratura cristiana ha elaborato, con forte capacità di astrazione, la teoria della Chiesa e delle Chiese locali come unità e corpi morali.

Ci sembrerebbe pertanto legittimo pensare in proposito ad un potente influsso del pensiero patristico ⁽⁸⁾ sui compilatori del *Corpus Juris*; pensiero che dovette rappresentare per Giustiniano il deposito

Rome, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della Sua beatificazione*, IV, Milano, 1949 (*Public. Univ. Cattol. del Sacro Cuore*, N.S. XXVIII). Si veda però in proposito la decisa e precisa replica di K. OLIVECRONA, in *IURA*, V. (1954) che convalida quanto affermiamo nel testo. Dello stesso cfr. anche *Three essays in Roman Law*, Lund, 1949.

⁽⁷⁾ ALBERTARIO, *op. cit.*. È interessantissimo, a questo proposito un passo di ULPIANO (22, 5): «Nec municipia nec municipes heredes institui possunt quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant». Il ragionamento di Ulpiano è perfettamente logico e tradisce una concezione del *municipium* elementare, frammentaristica, in cui appunto il *corpus* inteso come condizione di capacità del collegio è decisamente «incertum». «Nell'età post-classica giustiniana, e per una evoluzione che si compie in questa età, *corpus* e *universitas* sono termini, che hanno una significazione non più collettiva, ma unitaria; *universitas* non significa più *universi cives*, ma indica la persona fittizia (della *civitas*, del *municipium*, del *collegium*) inconfondibile con la collettività dei membri che stanno, per così dire, alla sua base» (ALBERTARIO, *op. cit.*, p. 116).

⁽⁸⁾ Ed è in genere correttamente inteso (cfr. ALBERTARIO, *Op. cit.*, p. 101, che riporta anche qualche esempio patristico; SCHNORR V. CAROLSFELD, *op. cit.*, p. 58; fra i civilisti F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1938, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Filippo Vassalli, vol. II, t. II, p. 9), anche se non sempre chiaramente (come in B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, Milano, 1952-1954, II, p. 241). Vedi anche le pagine di M. ROBERTI, *Cristianesimo e collezioni giustinianee*, in *Cristianesimo e diritto*

della tradizione e il *thesaurus* della morale e della dottrina del cristianesimo.

Non solo, ma tutta questa immensa produzione dottrinale, questa grande corrente di pensiero di cui la Chiesa stessa si faceva latrice, dovette incidere profondamente nella mentalità romana portata alla concretezza, creando, lentamente, una assuefazione a questa astrattezza, le cui basi trovavano salde fondamenta nella teologia.

Già queste considerazioni varrebbero a legittimare la nostra indagine; tuttavia è il caso di avvertire che in ben altro senso possiamo parlare di origini del concetto moderno di persona giuridica.

L'alto Medioevo, nel suo scontro tra civiltà germanica e civiltà latina, nel preponderare di quella su questa, perde un simile concetto, o almeno lo confonde.

Le fonti di tutto il periodo preirmeriano documentano questo disagio, e insieme lo sforzo per superarlo; si ha della persona giuridica una concezione materialisticamente rozza in una primitiva povertà di pensiero che non può prescindere dai dati fisici, naturali: onde — sempre per restare in campo ecclesiastico — troviamo comunemente che la proprietà dei beni di una chiesa è attribuita al santo titolare, o addirittura all'edifizio sacro ⁽⁹⁾. L'impotenza del mondo germanico ad astrarre, a concepire delle soluzioni su di un piano ideale, trova qui una tipica, quanto singolare espressione.

Tutto ciò crea però una enorme frattura, e, ciò che è peggio, una vera stortura nella storia del nostro pensiero giuridico. Sarà invece merito dei canonisti, in special modo dei Decretalisti, e fra questi

romano, Milano, 1935 (Public. Università Cattolica del Sacro Cuore, s. II, XLIII), specialmente p. 56 e 64. La ricca bibliografia è riportata in BIONDI.

⁽⁹⁾ Vedi A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, Torino 1896-1903, III, p. 268; C. NANI, *Storia del diritto privato italiano*, Torino, 1902, pp. 123-125; E. BESTA, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova, 1931, p. 204; M. ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, I, Padova, 1935², p. 257 ss.; P. TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Diritto privato. Le persone*, Milano, 1949, pp. 127-128. Eloquenti i documenti riportati da P.S. LEICHT, *Il diritto privato preirmeriano*, Bologna, 1933, pp. 55-56 (a. 1107 e a. 1128). Del resto non dissimile concezione era quella dei Glossatori, su di che cfr. l'ampia disamina di O. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Graz, 1954, III, p. 186 ss.

primo Sinibaldo dei Fieschi ⁽¹⁰⁾, di aver posto il problema su basi affatto nuove e moderne.

Non possiamo che minimamente accennare alla costruzione giuridica operata dal grande giurista. Certo è che Sinibaldo, con una potenza e una visione tutta nuova e fino allora sconosciuta, più che rifarsi a elementi romanistici, risalendo oltre la confusione e la povertà dei secoli barbarici, trovava la sua fonte nella prodigiosamente fertile produzione patristica e del primo diritto canonico.

La teoria organica dei corpi morali, che egli per primo con tanta acutezza e limpidezza elaborò nell'opera sua, trovava negli elementi giustiniani solo una base, o meglio un punto d'avvio.

Il concetto dell'unità della Chiesa considerata come *corpus* staccato dai singoli e centro informatore di una enorme organizzazione, come entità misticamente e teologicamente vivente, è la grande idea nuova da cui muoveranno le dottrine di Sinibaldo e dei Decretalisti, e per cui si giungerà a elaborare la *universitas* come persona ideale, e per cui, oltre i vari tipi che i romani avevano conosciuto e regolato, si costruisce la persona giuridica come categoria astratta e si elabora su questa una dogmatica.

Così, superando il distacco operato da quasi un millennio di incertezze concettuali, il filone di pensiero canonistico trova la sua continuità nel rapporto, e direi dipendenza, tra il sommo decretalista e quei primi monumenti canonici.

Nessun altro ordinamento, come quello della Chiesa primitiva, offriva una simile ricchezza concettuale, una simile astrazione di

⁽¹⁰⁾ Su Sinibaldo il migliore studio è ancora il vecchio ma non invecchiato contributo di F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo Fieschi e in F.C. di Savigny*, in *Studi in onore di Francesco Schupfer*, II, Torino, 1898 (ora in *Scritti giuridici minori*, II, Milano 1936). Solo dei cenni in J. F. VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des kanonischen Rechts, I - Von Gratian bis auf Papst Gregor IX*, Graz, 1956, pp. 91-94, in BESTA, *Le persone*, cit., p. 206, in F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, 1953 (rist. della II ed.) p. 229 ss., in TORELLI, *Lezioni*, cit., p. 130 ss. Ampia disamina in GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., III, specialmente p. 279 ss.; insufficienti e superficiali le pagine di P. GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les Décretistes et les Décretalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines, 1927, sect. II, p. 106 ss. Da ultimo A. ROTA, *Natura giuridica e forma della istituzione nella dottrina di Sinibaldo dei Fieschi (Papa Innocenzo IV)*, in *Archivio Giuridico*, CL (1956).

pensiero, una simile ricorrenza dei motivi di unità e corporatività. Seguendo da uomo di Chiesa e da uomo del suo tempo il generale favore che il Medioevo dava alla produzione patristica, Sinibaldo sistemò giuridicamente questi dati in prevalenza teologico-mistici ⁽¹¹⁾; la remota origine però del nostro concetto di persona giuridica è da ricercarsi in quell'ordinamento. Questo spiega anche perché lo studio della *unanimitas* come principio fondamentale di quell'ordinamento e soprattutto come strettamente connesso con la concezione unitario-corporativa (lo dimostreremo tra breve ed è anzi l'assunto centrale del nostro lavoro) ci collochi in pieno al mezzo di queste origini.

2. Abbiamo poco sopra detto che si tratta di un terreno relativamente nuovo: poco e superficialmente vi si è studiato, da un punto di vista rigorosamente giuridico. Dobbiamo infatti agli storici e ai teologi, specie tedeschi e francesi, gli unici studi di vasta mole e di ampio respiro sulla costituzione della Chiesa primitiva e sul suo ordinamento ⁽¹²⁾; né la Patristica ha suscitato maggiore interesse,

⁽¹¹⁾ CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 232.

⁽¹²⁾ Particolarmente notevoli i contributi di A. VON HARNACK, *Die Mission und Ausbreitung des Christentums in den ersten drei Jahrhunderten*, Leipzig, 1924⁴; Id., *Lehrbuch der Dogmengeschichte. I - Entstehung des kirchlichen Dogmas*, Tübingen, 1909⁴; Id., *Entstehung und Entwicklung der Kirchenverfassung in den ersten zwei Jahrhunderten*, Leipzig, 1910, malgrado la posizione prettamente protestantica e la polemica non sempre serena. Eccellenti indagini, specie nella storia delle prime fonti canoniche, condusse F.X. FUNK, che di quelle fonti ci ha pur dato le più pregevoli edizioni (*Patres apostolici*, I², 1911, e II³, 1913; *Didascalía et constitutiones apostolorum*, Paderborn, 1906); insuperata è rimasta la *Geschichte der altkirchlichen Literatur*, Freiburg-Breisgau, 1913-1924, di O. BARDENHEWER, cui si deve una ottima *Patrologie*, Freiburg-Breisgau, 1910³, opere storico-letterarie che offrono tuttavia al giurista più di un dato prezioso oltre un quadro ben delineato dell'ambiente storico e degli scrittori. Pregevoli le ricerche di L. DUCHESNE, *Histoire ancienne de l'Eglise*, Paris, 1906-07, e *Les origines du culte chrétien*, Paris, 1920⁵, e di P. BATAIFFOL, *Le catholicisme des origines à saint Léon. I - L'Eglise naissante et le catholicisme*, Paris, 1927¹²; di J. TIXERONT, *Histoire des dogmes. I - La théologie anténicéenne*, Paris, 1930¹¹ per la storia dottrinale, e di G. BARDY, *Littérature latine chrétienne*, Paris, 1929 per la letteraria. Va ascritta infine a vero vanto della scienza storica francese la pubblicazione della monumentale *Histoire de l'Eglise depuis les origines jusqu'à nos jours*, pubblicata sotto la direzione di A. FLICHE e V. MARTIN, di cui a noi interessano i volumi curati da J. LEBRETON-J. ZEILLER: I. *L'Eglise primitive*, Paris, 1946, II. *De la fin du II^e siècle à la paix constantinienne*, Paris, 1948. Per l'ampiezza di documentazione, per la

salvo qualche contributo di pretto contenuto romanistico (13). I concili poi offrono addirittura una materia ancora da esaminare e da

vastità di ricerca che indaga anche la storia delle istituzioni e del pensiero politico-sociale, è, come trattazione generale, eccellente per un primo quadro della Chiesa primitiva. Eccellente anche l'opera di E. BUONAIUTI, *Storia del Cristianesimo*, I, *Evo antico*, Milano, 1942. Tra la vastissima letteratura sulla costituzione della Chiesa primitiva ricordiamo, oltre il precitato fondamentale lavoro di Harnack, HATCH, *The organization of the early christian churches*, London, 1888; C.H. TURNER, *Ancient and modern Church organization*, in *Church Quarterly Review*, 1888; E. LOENING, *Die altchristliche Gemeindeverfassung*, 1889; F. LOOFS, *Die urchristliche Gemeindeverfassung*, in *Studien und Kritiken*, LXIII (1890); C. DE SMEDT, *L'organisation des Eglises chrétiennes au III^e siècle*, in *Revue des questions historiques*, XLIV (1888) e L (1891); H. BRUDERS, *Die Verfassung der Kirche von den ersten Jahrzehnten der apostolischen Wirksamkeit an bis z. J. 175 n. Chr.*, 1904 (opera accuratissima, ma irrilevante per noi dato il particolare profilo da cui il problema è esaminato); KÜBLER, *Die Einwirkung der älteren christlichen Kirche auf die Entwicklung des Rechts und die sozialen Begriffe*, in *Theologische Arbeiten aus dem rheinisch wissenschaftlichen Predigerverein*, 1909; R. SALEILLES, *L'organisation juridique des premières communautés chrétiennes*, in *Mélanges P.F. Girard*, Paris, 1912; H. LIETZMANN, *Zur altchristlichen Verfassungsgeschichte*, in *Zeitschrift für wissenschaftliche Theologie*, LV (1913); E. METZNER, *Die Verfassung der Kirche in den ersten zwei Jahrhunderten unter bes. Berücksichtigung der Schriften Harnacks*, Danzing, 1920; K. MÜLLER, *Beiträge zur Geschichte der Verfassung der älteren Kirche*, in *Abhandlungen der (Berliner kgl.) preussischen Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse*, 1922; H. DIEKMANN, *Die Verfassung der Urkirche*, Berlin, 1923; F. GERKE, *Die Stellung des ersten Clemensbriefes innerhalb der Entwicklung der christlichen Gemeindeverfassung und des Kirchenrechts*, in *Texte und Untersuchungen zur Geschichte der altchristlichen Literatur*, XLVII (1932) (lavoro interessante dati gli intenti giuridici); R. HOESLINGER, *Die alte afrikanische Kirche im Licht der Kirchenrechtsforschung nach kulturhistor. Methode*, 1935; C.H. TURNER, *The organization of the Church*, in *The Cambridge medieval history*, Cambridge 1936³. Di indole affatto generale, ma straordinariamente ricco di spunti e di acute considerazioni sulla Chiesa primitiva è il mirabile volume di G. LE BRAS, *Pro-légomènes*, in *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident* publiée sous la direction de G. Le Bras, t. I, Paris, 1955. Di singolare interesse sono inoltre, ai nostri fini le trattazioni squisitamente giuridiche di P. HINSCHIUS, *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten*, Berlin, 1869-97, e R. SOHM, *Kirchenrecht. I. Die geschichtlichen Grundlagen*, Leipzig, 1892; da ultimo gli eccellenti manuali del H. E. FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte auf der Grundlage des Kirchenrechts von Ulrich Stutz*, I. *Die katholische Kirche*, Weimar, 1950, e di W.M. PLÖCHL, *Geschichte des Kirchenrechts - I - Das Recht des ersten christlichen Jahrtausends. Von der Urkirche bis zum grossen Schisma*, Wien, 1953, che ai pregi di una lucida esposizione, aggiungono il vantaggio della modernità del metodo e di un ricco aggiornamento bibliografico e di edizioni di fonti. Altre opere interessanti saranno da noi citate, via via, nel corso del lavoro.

valutare ⁽¹⁴⁾, materia del massimo interesse se si pensa che per molti secoli i Concili hanno costituito la legislazione ufficiale della Chiesa, l'unica produzione che sorgesse con contenuto normativo, ossia l'unica fonte immediata del diritto sul piano umano.

Per quanto riguarda lo specifico campo che forma oggetto della presente ricerca, non sapremmo indicare, nella nostra dottrina, che alcuni saggi del Roberti sulla prima letteratura cristiana e sulla teorica paolina del *corpus mysticum* ⁽¹⁵⁾, e i pregevoli contributi che, a più riprese, ha dato il Ruffini Avondo, sul profilo storico del principio maggioritario e sui sistemi di deliberazione collettiva nelle assemblee dell'età intermedia ⁽¹⁶⁾. Studi d'altronde che non guar-

⁽¹³⁾ Oltre i contributi del Roberti, cui accenneremo alla nota 15, i più importanti studi di storici del diritto e romanisti sui Padri da un punto di vista giuridico sono di P. DE LABRIOLLE, *Tertullien jurisconsulte*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, XXX (1906); SCHLOSSMANN, *Tertullian im Lichte der Jurisprudenz*, in *Zeitschrift für Kirchengeschichte*, XXVII (1906); P. VITTON, *I concetti giuridici nelle opere di Tertulliano*, Roma, 1924; T. GASPARINI FOGLIANI, *T.C. Cipriano. Contributo alla ricerca di riferimenti legali in testi extragiuridici del III secolo d.C.*, Modena, 1928; A. BECK, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian - Eine Studie zur frühen Kirchenrechtsgeschichte*, Halle, 1930 (*Schriften der Königsberger Gelehrten Gesellschaft*, VII. *Geisteswissenschaftliche Klasse*, H. 2); GERKE, *Die Stellung*. cit.; J.K. STIRNIMANN, *Die Praescriptio Tertullians im Lichte des römischen Rechts und der Theologie*, Freiburg, 1949. Naturalmente arrestiamo il nostro sguardo ai primi tre secoli di letteratura apologetica e, per questi, alle fonti che offrono per noi qualche interesse. Sulla patristica del periodo aureo andrebbero infatti ricordati ben altri studi, come quello del Biondi su S. Ambrogio, quello del Violardo su S. Girolamo, quello del Giorgianni su Agostino ecc. Ed anche per l'apologetica dovremmo almeno menzionare i contributi del Ferrini, del Baviera e del Carusi.

⁽¹⁴⁾ Cfr. E. J. JONKERS, *Quelques remarques sur les Pères de l'Eglise, les Conciles et les Constitutions des Empereurs chrétiens, en leur rapports réciproques, comme sources pour l'histoire du bas Empire*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, II, (1949) (*Mélanges Fernand De Visscher*, I), pp. 493-494.

⁽¹⁵⁾ Tra la varia e ricca produzione che il ROBERTI ha dedicato allo studio dell'« elemento patristico » ricordiamo soprattutto: *Contributo allo studio delle relazioni fra diritto romano e patristica tratto dall'esame delle fonti agostiniane*, in *S. Agostino - Pubblicazione commemorativa del XIV centenario della sua morte*, Milano, 1931 (Suppl. speciale al vol. XXIII della *Riv. di Filosofia Neoscolastica*); *Il corpus mysticum di S. Paolo nella storia della persona giuridica*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, IV, Milano, 1939. Utile anche ROBERTI, *Svolgimento*, cit., I. p. 240 ss.

⁽¹⁶⁾ E. RUFFINI AVONDO, *Il principio nella storia del diritto canonico*, cit.; ID., *Il principio maggioritario nelle elezioni dei Re e Imperatori romano-germanici*, in *Atti della*

dano esattamente la nostra stessa materia: il Ruffini, che pur considera la unanimità canonica, l'esamina però solo marginalmente e solo dal particolare punto di vista della ricostruzione storica di un principio politico-giuridico quale il maggioritario. Il Roberti invece limita la sua ricerca « nella storia della persona giuridica » all'esame delle dottrine evangeliche, della dottrina mistica di S. Paolo, con affatto superficiali accenni al pensiero patristico.

Nella dottrina straniera dovremmo ancora citare il grosso, fondamentale, ma ormai vecchio e discutibile lavoro del Gierke ⁽¹⁷⁾: insuperata trattazione d'insieme, e per la vastità del disegno, e per la profondità della ricerca ma criticabile in più di un suo assunto. In questi ultimi anni si è poi aggiunto qualche altro contributo, per noi tuttavia di limitato interesse ⁽¹⁸⁾.

Dopo questa, necessariamente succinta, esposizione dello stato della questione ⁽¹⁹⁾, ci sia lecito raccogliere quanto siamo andati finora dicendo e chiarire ancor meglio i limiti della nostra ricerca.

R. *Accademia delle Scienze di Torino*, XL (1924-1925); Id., *I sistemi di liberazione collettiva nel Medioevo italiano*, Torino, I, 1927. Dello stesso cfr. anche l'agile sintesi: *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Torino, 1927.

⁽¹⁷⁾ GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit. In specie il volume terzo. Ci limitiamo qui a questa sola citazione fondamentale, poiché è la sola opera in cui, alla materia, si dia un ampio svolgimento anche dal nostro particolare punto di vista, riservandoci tuttavia di citare, quando parleremo di *unanimitas*, *maior pars*, *sanior pars*, altre opere dello stesso Gierke e di altri autori.

Per completezza di informazione va però qui citato anche l'ampio, specifico, ma assai impreciso studio di A. ESMEIN, *L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques*, in *Mélanges Fitting*, I, Montpellier, 1907, che tuttavia non utilizzeremo nel corso del lavoro.

⁽¹⁸⁾ A. EHRHARDT, *Das Corpus Christi und die Korporationen im spaetroemischen Recht*, in *ZSS-RA*, LXX (1953), di cui vedi più sotto alla nota 20; L. MOULIN, *Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, N.S., III (1953); G. OLIVIERO, *Lineamenti del diritto elettorale nell'ordinamento canonico*, in *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, II, Milano, 1953; P. ELSENER, *Zur Geschichte des Majoritätsprinzips (pars maior und pars sanior), insbesondere nach schweizerischen Quellen*, in *ZSS-KA* (XLII), LXXIII (1956); A. PETRANI, *Genèse de la majorité qualifiée*, in *Apollinaris*, XXX (1957); L. MOULIN, *Sanior et maior pars. Note sur l'évolution des techniques électorales dans les Ordres religieux du VI^e au VII^e siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, s. IV, XXXVI.

⁽¹⁹⁾ Ripetiamo che abbiamo qui citato solo le opere che riguardano i nostri problemi. A questi dati devono logicamente aggiungersi gli altri, numerosi, che saranno offerti nel corso del lavoro.

Innanzitutto è bene ripetere che essa è volta ad illustrare la storia di un concetto. L'unanimità cioè è particolarmente esaminata nella elaborazione teorica che ebbe nella letteratura Apologetica, in rapporto col concetto di *unitas* e di *corpus ecclesiae*, che troviamo al massimo sviluppati nella Apologetica stessa.

Questo limite logico spiega anche il limite cronologico del lavoro. Quando abbiamo delimitato ai primi tre secoli del Cristianesimo (fino al 313 d.C.) l'ambito della nostra ricerca, non intendevamo cristallizzare entro date un ordinamento o un'età. Rare volte due date, come le sopracitate, determinano un certo terreno storico: esse rappresentano infatti il punto di origine dell'ordinamento canonico e la conclusione di una fase della sua esistenza.

La nascita e la vita terrena di Cristo e l'editto di tolleranza concludono in sé come i due momenti estremi ciò che intenderemo chiamare — e vedremo in qual senso — ordinamento giuridico della Chiesa primitiva. L'unanimità ha un significato, un valore — lo vedremo — in quell'ordinamento giuridico; è un concetto che trova la più profonda elaborazione solo nei Padri Apostolici e nella Apologetica: in quel particolare periodo in cui la Chiesa si organizzava all'interno, strutturalmente, nella coesione unitaria di entità a sé, il corpo morale, gli Apologisti costruivano ex novo il concetto di *unanimitas*: su presupposti propri, su proprie basi, per propri fini, per proprie esigenze. Estendere più oltre la ricerca avrebbe significato non aggiungere nulla ad una elaborazione concettuale già conclusa e in sé perfetta.

Anche la Patristica del periodo aureo — Agostino, Ambrogio, Girolamo, Basilio, S. Gregorio, il Crisostomo ecc. — non apporterà alcunché di notevole a questa elaborazione: anzi, per il formarsi di nuove situazioni politiche e giuridiche, per la nuova posizione della Chiesa — che con Teodosio ora si trova di fronte a uno Stato confessionale — ciò che nell'ordinamento della cristianità primitiva era ben netto e preciso si confonde, nel clima nuovo e nel quadro più ampio. Varcheremo il limite prefissato soltanto per scorgere l'applicazione che di questo principio unanimitario faranno i grandi concili del secolo IV, le singolari raccolte canoniche delle *Constitutiones Apostolorum* e dei *Canones Apostolorum* (che sono con certezza collocabili ai primi del sec. V) e le prime Regole monastiche.

Precisato questo limite cronologico, è bene anche precisare che il nostro esame verterà unicamente sull'ordinamento interno della Chiesa. Non vorremo infatti preoccuparci dei rapporti tra Stato romano e Chiesa ⁽²⁰⁾, né della legislazione che lo Stato emana per regolare i rapporti con la Chiesa ⁽²¹⁾.

All'interno dunque dell'ordinamento della Chiesa e su fonti meramente canoniche cercheremo di fissare la nostra ricerca. Al qual proposito ci preme accennare al problema delle fonti.

Fonti del nostro lavoro sono gli scritti dei Padri Apostolici e degli Apologisti; le prime raccolte canoniche della *Didaché*, della Tradizione di Ippolito e della *Didascalìa Apostolorum*; le prime statuizioni conciliari e le prime regole monastiche.

Si comprende subito come trattandosi di una ricostruzione di un concetto, fonte principale sia stata l'elaborazione di pensiero dei Padri: soprattutto Clemente Romano e Ignazio d'Antiochia tra i *Patres apostolici*, e Ireneo, Tertulliano, Origene e Cipriano tra gli Apologisti. E non è questa una scelta arbitraria, tra i molti scrittori, dei quali pure

⁽²⁰⁾ Si tratta di problemi di difficile soluzione che hanno tuttavia trovato il favore dei romanisti, e anche degli storici. Tale la secolare diatriba sulla condizione giuridica della proprietà ecclesiastica nell'età precostantiniana che, dal De Rossi a noi, ha dato materia ad un'enorme serie di studi, né sembra ancora sopita, pur avendo assunto un sapore retorico. Per un semplice stato della questione cfr. G. BOVINI, *La proprietà ecclesiastica e la condizione giuridica della Chiesa in età precostantiniana*, Milano, 1949 (*Università di Roma. Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano, dei diritti dell'oriente mediterraneo e di storia del diritto*, vol. XXVIII). Su una analoga posizione EHRHARDT, *Das Corpus Christi*, cit., che si ripropone la questione della liceità o meno della *factio* cristiana nell'ordinamento dello Stato imperiale.

⁽²¹⁾ Sul cosiddetto « diritto romano cristiano » cfr. la ampia e sistematica trattazione del BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit. (ivi ricca bibliogr.). Nello stesso ordine G. PFANMUELLER, *Die kirchliche Gesetzgebung Justinians hauptsachlich auf Grund der Novellen*, Berlin, 1902 (studio assai discutibile e superficiale); A. KNECHT, *System des justinianischen Kirchenvermoeigenrechtes*, Stuttgart, 1905; H. ALIVISATOS, *Die kirchliche Gesetzgebung des Kaisers Justinians I*, Berlin, 1913 (opera di un teologo e dedicata per lo più a questioni teologiche e alle leggi contro l'eresia); F. G. SAVAGNONE, *Studi sul diritto romano ecclesiastico*, in *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo*, XIV (1930); B. BIONDI, *Religione e diritto canonico nella legislazione di Giustiniano*, in *Acta Congressus juridici internationalis* (Romae, 12-17 novembris 1934), Romae, 1935; ID., *Giustiniano Primo principe e legislatore cattolico*, Milano, 1936 (*Pubbl. Univ. Cattolica del Sacro Cuore*, s. II, XLVIII); J. V. SALAZAR ARIAS, *Dogmas y Canones de la Iglesia en el derecho romano*, Madrid, 1954.

terremo conto: infatti la teorica dei concetti di *corpus*, di *unitas*, e di *unanimitas* si evolve perfettamente nelle opere di quegli autori toccando il vertice negli scritti di Tertulliano e Cipriano.

Non possiamo qui indugiarcì nell'esame delle singolari figure di queste personalità della Chiesa primitiva; ci basti sottolineare, ai fini della nostra ricerca, come la loro opera sia stata relevantissima nella costruzione di quell'ordinamento, teologico e anche giuridico, che fu proprio dell'*Urchristentum*.

La dottrina squisitamente teologica e mistica degli Evangelii, degli Atti degli Apostoli dell'Apocalisse e delle lettere apostoliche, in ispecie di S. Paolo, diventa per la prima volta con le lettere di Clemente Romano materia normativa per l'organizzazione e la costituzione di una società, e per la strutturazione del suo ordinamento. Giustamente il Sohm, accennando alla *I^a Clementis* la definiva come la « Geburtsurkunde des römischen Katholizismus und seines göttlichen Kirchenrechts »⁽²²⁾, e altrettanto giustamente uno dei più acuti indagatori del primo cristianesimo, il Batiffol, rifacendosi alla personalità del suo autore, lo definiva « uomo di diritto e di tradizione »⁽²³⁾. La *Prima Clementis* segna infatti il superamento del limite dello stato veramente primitivo della Cristianità e ci introduce in una problematica nuova, che acquisisce sempre più una consapevolezza giuridica.

Scritta nell'ultimo anno del principato di Domiziano o all'inizio di quello di Nerva (a. 96 d.C.)⁽²⁴⁾, la lettera di Clemente muove da una necessità di indole pratica, pastorale; essa è una raccomandazione vivissima del Vescovo di Roma alla Chiesa di Corinto turbata

⁽²²⁾ SOHM, *Kirchenrecht*, cit., p. 160. L'affermazione del Sohm è in sé validissima per noi. Dobbiamo tuttavia notare che essa si inquadra, nell'opera del suo autore, entro una teorica ed una ricostruzione storico-giuridica le cui ultime conseguenze siamo ben alieni da accettare.

⁽²³⁾ P. BATIFFOL, *La chiesa nascente*, Firenze, 1915, p. 164.

⁽²⁴⁾ Per il testo della lettera abbiamo seguito l'eccellente edizione di F.X. FUNK-K. BIHLMAYER, *Die apostolischen Väter*, I, Tübingen, 1956² (*Sammlung ausgewählter Kirchen-und Dogmengeschichtlicher Quellschriften*, R. II, H. I, T. I). Su Clemente cfr. BARDENHEWER, *Geschichte*, cit. I, pp. 98-113, e la chiara sintesi di P. GODET, *Clément I^{er} de Rome*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, t. III, Paris, 1923. Più interessante, ai nostri fini, GERKE, *Die Stellung des ersten Clemensbriefes*, cit. Sempre pregevoli le pagine al riguardo del Batiffol e del Sohm già citati (note 22 e 23).

da particolari avvenimenti. L'indole pratica, organizzativa, si risente nel linguaggio concreto, nella impostazione legale: unità per mezzo dell'autorità, disciplina, rigidità della gerarchia, consapevolezza dei *canones* come regole imperative, e non solo sotto il profilo morale, sono motivi ricorrenti nella lunga epistola clementina. Si potrebbe senza errore affermare che il primo monumento del diritto canonico, sul piano umano, è costituito da questa fonte extragiuridica.

Questo rigore non si trova invece nelle lettere di Ignazio di Antiochia († 107 d.C.), ispirate a un accentuato zelo pastorale e tutte pervase di misticismo ⁽²⁵⁾. Tuttavia anch'esse, data la loro indole pratica, si rivelano fonti preziose per la conoscenza della costituzione della Chiesa cattolica ⁽²⁶⁾, delle origini dell'episcopato, della preminenza di questo sulla Chiesa locale, della struttura stessa della Chiesa locale e dei suoi rapporti con la Chiesa universale; è inoltre il caso di notare che nelle lettere Ignaziane si pone per la prima volta, compiutamente ed estesamente, il principio (già accennato in Clemente) del primato della Chiesa e del Vescovo di Roma ⁽²⁷⁾.

Più ampio discorso dovrebbe farsi sull'Apologetica, ma ce lo impediscono la mole e l'intento del nostro lavoro. Non possiamo tuttavia non indugiarcì sulle opere di tre personalità che, senza dubbio, spiccano tra le altre: Ireneo, Tertulliano e Cipriano. Il contributo pur prezioso dei Padri apostolici, soprattutto in Ignazio e Clemente, si fa qui ora più robusto: si tratta di un vero contributo dottrinale, che denota una elaborazione profonda della Rivelazione e una singolare maturità concettuale. Le teoriche della Tradizione, della Chiesa come « corpus », e come unità, acquisiscono nelle opere

⁽²⁵⁾ Per il testo abbiamo seguito l'edizione del FUNK-BIHLMEYER citata alla nota precedente. Su Ignazio vedi BARDENHEWER, *Geschichte*, cit. I, pp. 119-146, e G. BAREILLE, *Ignace (saint)*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, t. VII, p. I, Paris, 1922 (ivi bibliografia e ampia disamina sulla autenticità e sulla problematica delle lettere ignaziane). Ha fatto un po' il punto della questione su questo Padre della Chiesa, H. SCHLIER, *Religionsgeschichtliche Untersuchungen zu den Ignatiusbriefen*, Giessen, 1929.

⁽²⁶⁾ Non è antistorico usare questo termine straordinariamente fortunato in tempi a noi più vicini, perché è proprio Ignazio che per primo lo usa applicato alla Chiesa: « ὅπου ἂν φανῆ ὁ ἐπίσκοπος, ἐκεῖ τὸ πλῆθος ἔστω, ὡσπερ ὅπου ἂν ἦ Ἰησοῦς Χριστός, ἐκεῖ ἡ καθολικὴ ἐκκλησία » (*Ad Smyrnaeos*, VIII, 2).

⁽²⁷⁾ Rinviamo al succinto ma sufficiente esame del FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, cit., p. 48 ss. (larghe indicazioni bibliografiche alle pp. 55-56).

di questi autori, nell'*Adversus Haereses* di Ireneo, nell'*Apologeticum* di Tertulliano e nel *De Unitate Ecclesiae* di Cipriano ⁽²⁸⁾, una loro elaborata e lucida costruzione. La Chiesa ha ormai un pensiero ben definito; la sua dottrina, liberatasi dagli schemi esclusivamente mistici dei primi tempi, acquisisce, in un quadro più ampio, una consapevolezza anche sociale, filosofica e giuridica.

3. A questo proposito non possiamo esimerci da una breve notazione metodologica. Si è manifestata da più parti ⁽²⁹⁾ una diffidenza verso l'uso delle fonti patristiche per la ricostruzione storica del diritto della Chiesa, onde ci sembra utile, per noi che di queste fonti useremo largamente, chiarire in breve il problema.

Potremmo innanzi tutto premettere che, per quanto ci riguarda, il diritto canonico dei primi tre secoli trova nell'elaborazione dottrinale dei Padri l'unica fonte di cognizione a noi pervenuta (salvo qualche raccolta cui accenneremo).

Prescindendo però da questa considerazione è chiaro che le

⁽²⁸⁾ Per quanto riguarda le edizioni dei testi patristici ci siamo serviti, per quanto possibile, del *Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum* e del *Corpus Christianorum*, ricorrendo al vecchio e imperfetto MIGNE solo per le opere in quelle collezioni non ancora edite.

⁽²⁹⁾ Cfr. per es., SAVAGNONE, *Studi*, cit., pp. 2-3 e in BIDE, 1939, p. 523; così G. FERRARI DALLE SPADE, *Immunità ecclesiastiche nel diritto romano imperiale*, Venezia, 1939, p. 119 (ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1956), studio dedicato a un esame della legislazione imperiale, con la costante preoccupazione di ancorarsi ai secc. IV e V, quando la produzione normativa statale in tema di diritto ecclesiastico è particolarmente copiosa. A parte quanto dice il ROBERTI, (fra gli altri scritti, *Cristianesimo e collezioni giustiniane*, cit., p. 22), si veda però, a questo proposito, la lucida opposizione di un romanista del valore di J. GAUDEMET, che, in più contributi particolari (*Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas Empire*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, Milano, 1953, soprattutto pp. 180-181, e *L'apport de la patristique latine au Décret de Gratien en matière de mariage*, in *Studia Gratiana*, cur. I. Forchielli-A. Stickler, II, Bononiae, 1954), e in una eccellente trattazione generale (*La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles*, Paris, 1957 - *Institut de Droit romain de l'Université de Paris*, XV, pp. 160-162) ha giustamente posto la sua attenzione sull'apporto dei Padri alla costruzione dogmatica del diritto canonico. Inoltre cfr. A. EHRHARDT, *Patres non leguntur* in ZSS-RA, LXVI (1953); LE BRAS, *Prologomènes*, cit., pp. 56-58. C. MUNIER, *Les sources patristiques du droit de l'Eglise du VIII^e au XIII^e siècle*, Mulhouse, 1957 (dello stesso cfr. anche *Revue de droit canonique*, IV [1954]).

opere dei Padri sono produzione extragiuridica. Dettate per necessità pastorali o dottrinarie, esse possono essere ascritte alle fonti teologiche, filosofiche o letterarie, ma non a quelle giuridiche.

È da considerare tuttavia la particolare posizione di certune di queste opere patristiche. Se prendiamo in esame l'Apologetica, che ora ci interessa, noi potremmo affermare che un fine giuridico è certo, pur nel preponderante scopo teologico-filosofico; fine minore, subordinato, ma non per questo meno individuabile nell'indistinta concezione di diritto e morale propria dei tempi.

L'apologetica si sviluppa e prospera durante i primi tre secoli di vita della Chiesa, giungendo al massimo splendore nel secolo III. La Chiesa era dunque nella sua vita latente, prima dell'Editto di tolleranza; e l'Apologetica riflette questa peculiare situazione storica. Alla preoccupazione della lotta contro gli eretici si unisce la preoccupazione della posizione di fronte allo Stato romano persecutore. Onde, il problema dell'unità della Chiesa non sarà solo un problema di indole dogmatica o dottrina, ma altresì strutturale e organica.

Gli Apologeti fissano l'organizzazione della Chiesa e delle Chiese, prima legate da un semplice vincolo di fraternità o di carità, e avvertono quanto sia vitale questo elemento strutturale di fronte a uno Stato decisamente nemico. Se la *societas ecclesiastica* vuole vivere deve sottoporsi a una disciplina, deve comporre la sua unità in un senso più concreto, quella unità che spiritualmente già possiede. È la preoccupazione di Clemente nei confronti della Chiesa di Corinto; è il motivo fondamentale dell'Apologetico tertulliano e del *De unitate* di Cipriano.

Nelle opere della Patristica del periodo aureo un elemento giuridico in tale senso è ben difficilmente individuabile: la Chiesa, *societas fidelium* perfettamente organizzata, riconosciuta ed anzi protetta dal confessionalismo dell'ultimo Impero e dei bizantini, non ha problemi se non dottrinali o dogmatici. Negli Apologeti, al contrario, è evidente l'incombente necessità di costruire la Chiesa come ordinamento, anche giuridico; costruire nel duplice senso di crearne o rafforzarne la struttura su basi universali e non più meramente caritative come ai tempi delle prime comunità, di difenderne all'estremo il suo carattere di *societas* originaria, il suo diritto a sopravvivere accanto allo Stato come ordinamento diverso.

Per questo il ragionamento si fa tanto spesso giuridico, e giuridica l'argomentazione. Né solo in Tertulliano, che si vorrebbe identificare col giurista menzionato nel Digesto⁽³⁰⁾, ma in Ireneo, in Cipriano, in Giustino, in Origene⁽³¹⁾. Questi scrittori, che spesso erano vescovi (Ignazio e Teofilo, di Antiochia; Ireneo, di Lione; Cipriano, di Cartagine; Clemente, di Roma), e come tali, secondo la concezione della Chiesa, legislatori, giudici e amministratori nello stesso tempo, concorrevano alla costruzione di un sistema di diritto; creavano anzi di questo diritto il substrato concettuale.

L'errore dei romanisti e degli storici è stato quello di occuparsi della Patristica solo per ricercare in quelle opere tracce di nozioni e istituti del diritto romano, e non invece per riscontrarvi i germi di quella grande monumentale costruzione che sarà il diritto canonico⁽³²⁾. Se di apporto giuridico dei Padri è lecito parlare, è unicamente in questo senso: in questo senso assai spesso i Padri, nella loro perspicua interpretazione del diritto divino, ponevano dei precetti che potevano avere, accanto al contenuto morale, un valore giuridico.

Ci sia consentito di riportare qui le felici, quanto acute espressioni del *Le Bras* che inquadrano perfettamente il problema: « ces recueils de textes relatifs au droit de l'Eglise, qui s'échelonnent entre le début du V^e et le milieu du XII^e siècle, sont souvent nourris de doctrine, c'est à dire de fragments patristiques presque autant que de décrétales ou de canons. Le Décret de Gratien que l'on peut tenir

⁽³⁰⁾ In senso affermativo BECK, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian*, cit., p. 39 ss.; su di che anche F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1946, p. 264, e DE LABRIOLLE, *Tertullien jurisconsulte*, cit., p. 6 ss. Su questa identità buone argomentazioni anche in VITTON, *I concetti giuridici nelle opere di Tertulliano*, cit., pp. 69-76.

⁽³¹⁾ Avremo modo di indicare e precisare in seguito queste tipiche argomentazioni di carattere legale, come pure certi concetti squisitamente giuridici. Ci basti ora averlo affermato.

⁽³²⁾ I Padri, come attenti osservatori della vita del loro tempo e nella loro qualità di uomini spesso in rilevanti posizioni nella società civile di quel tempo, offrono terreno anche per indagini di diritto romano o greco, nelle loro opere. Ma è pur sempre un'indagine che vorremmo definire esterna, per la quale realmente l'opera patristica è esclusivamente, né può avere alcun altro significato, opera letteraria. E in questo senso la Patristica è sullo stesso piano di un'opera poetica o drammatica, offrendo dati frammentari. Indagine fruttuosa, e più legittima, è invece quella che si volge all'interno del sistema canonico, sopra l'apporto della Patristica al sistema del diritto della Chiesa, nella elaborazione nuova di concetti o istituti etc.

pour leur compilation générale, pour leur somme et qui est la première partie du Corpus Iuris Canonici, fait plus de place à Saint Augustin qu'à la série de tous les papes et de tous les conciles de l'antiquité. La meilleure gardienne de l'autorité, la mieux centralisée des puissances, l'Eglise a donc vécu pendant deux millénaires, vit encore, dans les cadres d'un droit qu'ont en partie formulé les docteurs ⁽³³⁾ ».

Ed è inoltre il caso di notare che tutta questa dottrina, cui accenna il Le Bras, non compie, secondo la Chiesa, una semplice interpretazione, come potrebbe un qualsiasi dottore, ma una interpretazione ispirata. L'autorità dei Padri si pone, perché essi, persone di indiscussa santità e sapienza, erano ricolmi di Grazia, perché la loro sapienza e santità era frutto dello Spirito Santo che li illuminava. Perciò in essi era il deposito della genuina Tradizione che risaliva al Cristo e ai suoi Discepoli; perciò ancora essi erano fonte del singolare sistema di diritto della Chiesa, che trova in Dio la sua origine prima e il suo fine ultimo.

Opere extragiuridiche, quindi, ma a cui il giurista può e deve ricorrere ⁽³⁴⁾: pochi dati saranno offerti dalla Patristica in forma compiutamente giuridica per quella singolare simbiosi, e indistinzione, tra diritto e teologia che, nella storia del *jus canonicum*, perdurerà fino a Graziano. Però specialmente per noi che cerchiamo

⁽³³⁾ E ancora: « dans la formation même du droit des chretientés anciennes la doctrine eut une part considerable: elle interpréta, suppléa les règles posées par le Christ et ses apôtres »; « vers le même temps, et mieux encore, à partir du IV^e siècle, les Pères fixaient certains traits de l'organisation ecclésiastique et de la vie spirituelle » (G. LE BRAS, *La doctrine, source des collections canoniques*, in *Recueil d'Etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, I. *Aspects historiques et philosophiques*, Paris, s.a., t. II, I, c. p. 69). Non concordiamo con Le Bras sul fatto che particolarmente dal IV secolo si sia fatto sensibile e rilevante l'apporto patristico, ma è indubbio che i Padri fissassero l'organizzazione ecclesiastica e la disciplina, a cominciare dai meccanismi elettivi nell'ambito dei collegi.

⁽³⁴⁾ Malgrado che i Santi Padri non siano menzionati tra quei *probati auctores* che secondo il c. 20 del CJC concorrono a formare la « communis et constans sententia doctorum », fonte suppletoria del diritto della Chiesa, tuttavia la dogmatica canonistica è portata a porre quelle opere sullo stesso piano di queste. S. Leone IV del resto, in una lettera ai vescovi britannici, li designa fonte suppletoria del diritto. Cfr. P. FEDELE, *Padri della Chiesa*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IX, Torino, 1939, pp. 410-411. Cfr. pure VAN HOVE, *Prolegomena*, in *Comment. Lovan. in C.J.C.*, I, tom. I, Mechliniae-Romae, 1928, p. 48.

di chiarire i limiti e la portata di concetti, non v'ha dubbio che l'esame dei Padri resta fondamentale. Quand'anche volessimo ridurre tutta l'opera patristica alla teologia morale e dogmatica, resta indubitabile che questa opera ha avuto un influsso determinante su tutta la letteratura giuridica dell'età aurea del diritto comune (e non solo sui decretisti e i decretalisti), specialmente per quanto riguarda istituti come il matrimonio, la proprietà, la famiglia, il diritto delle persone. In seguito a questa corrente di pensiero si modella l'esperienza, pratica e concettuale, dei secoli posteriori, che pongono quei dettami su di un piano precettivo.

4. Dopo questa giustificazione del particolare favore che, tra le fonti del nostro studio, viene dato alle opere degli Apologisti, conviene che brevemente si accenni ad altre singolari testimonianze del primo diritto canonico, di cui si terrà peraltro un relativo conto. Intendiamo riferirci in modo particolare al Pastore di Erma, agli scritti attribuiti a S. Ippolito, alla Didachè e alla Didascalia degli Apostoli.

Sotto la denominazione di Pastore di Erma si intende, com'è noto, un'operetta, redatta in greco nello stesso periodo della lettera di Clemente, del cui autore si sa solo che fu schiavo in Roma ⁽³⁵⁾. Diviso com'è in visioni, precetti e similitudini, il Pastore di Erma si inserisce nel più tipico filone della letteratura apocalittica. Malgrado però che si tratti di opera letteraria, essa è purtuttavia interessante anche dal nostro punto di vista come preziosa fonte di conoscenza del primo diritto penitenziale (la penitenza è il tema dominante del libello) ⁽³⁶⁾ e delle concezioni circa la Chiesa e la sua struttura, su cui avremo occasione di tornare in seguito.

Altrettanto interesse ha per noi quella raccolta di insegnamenti e prescrizioni che va sotto il nome di Didachè e che con molta

⁽³⁵⁾ L'edizione da noi seguita è quella di M. WHITTAKER, *Die apostolischen Väter - I - Der Hirt des Hermas*, Berlin, 1956. Sul Pastore cfr. BARDENHEWER, *Geschichte*, cit., I, pp. 557-578; J. REVILLE, *La valeur du témoignage historique du Pasteur d'Hermas*, Paris, 1900; G. BAREILLE, *Hermas*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, t. VI, II, Paris, 1920.

⁽³⁶⁾ Eccellenti pagine vi dedica A. D'ALES, *L'édit de Calliste. Etude sur les origines de la pénitence chrétienne*, Paris, 1914, p. 52 ss.; cfr. anche P. BATIFFOL, *Les origines de la pénitence. Hermas et le problème moral au II^e siècle*, Paris, 1902, e LEBRETON-ZEILLER, *L'Eglise primitive*, cit., pp. 347-357.

probabilità è stata scritta in Siria o in Palestina nella seconda metà del secolo II ⁽³⁷⁾. Tipico esempio di quella produzione canonica pseudo-apostolica, cui appartiene anche la Didascalia, la Didache ha un notevole valore storico: essa rappresenta, insieme alla « Tradizione di S. Ippolito » ⁽³⁸⁾, la prima codificazione della dottrina cristiana; tutta l'evoluzione di pensiero maturatasi nella Chiesa fino alla fine del sec. II è avvertibile in quest'opera, che, posta sotto la sacertà del nome degli Apostoli, fissa in una dettagliata precettistica gli insegnamenti canonici. Simile per il contenuto e per il fine nettamente pratico, può essersi modellata sulla Didachè la *Didascalia Apostolorum* (raccolta appartenente con certezza al secolo III), il cui autore infatti scrive con l'intento di fornire ai lettori un codice più completo che sia possibile della dottrina cristiana, ponendolo al solito sotto l'autorità degli Apostoli ⁽³⁹⁾.

La Didachè, la Didascalia e gli scritti di Ippolito, grazie ai loro intenti deliberatamente pratici, schematizzano in una formulazione

⁽³⁷⁾ La migliore edizione è quella, da noi seguita, del FUNK-BIHLMEYER citata alla nota 24. Ci basti rinviare poi a G. BARDY, *Didachè*, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. IV, Paris, 1949 (ivi la bibliografia più recente).

⁽³⁸⁾ Ἀποστολικὴ παράδοσις; TRADITIO APOSTOLICA. È questa la prima raccolta che costituisce, come afferma il FEINE, (*Kirchliche Rechtsgeschichte*, cit., p. 26) « eine Verfassung und eine liturgischdisziplinaere Ordnung » della Chiesa (circa a. 217 d.C.) e che è con sicurezza attribuibile a S. Ippolito (come è stato dimostrato soprattutto per merito di R. H. CONNOLLY, *The so called egyptian Church order and derived documents*, Cambridge, 1916). Cfr. BOTTE, *Hyppolite de Rome, La tradition apostolique*, Paris, 1946 (*Les sources chrétiennes*, 2), p. 9. Per il testo abbiamo seguito l'edizione di T. SCHERMANN, *Die allgemeine Kirchenordnung, frühchristliche Liturgien u. kirchliche Überlieferung. - I - Die allgemeine Kirchenordnung des zweiten Jahrhunderts*, in *Studien zur Geschichte und Kultur des Altertums*, 3 Erg., Paderborn, 1914. Per i cosiddetti *Canones Hippolyti* cfr. H. ACHELIS, *Die canones Hippolyti*, Leipzig, 1892. Per questa raccolta, come anche per la Didachè e la Didascalia, è sempre fondamentale l'ampia trattazione di SCHWARTZ, *Ueber die pseudoapostolischen Kirchenordnungen*, in *Schriften der wissenschaftlichen Gesellschaft in Strasburg*, VI (1910).

⁽³⁹⁾ Le migliori edizioni sono quella di H. CONNOLLY (*Didascalia apostolorum: the syriac version translated and accompanied by the Verona latin fragments*, Oxford, 1929) e quella di F. X. FUNK, *Didascalia et Constitutiones apostolorum*, Paderborn, 1906. Cfr. la sufficiente esposizione di G. BARDY, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. IV, Paris, 1949.

più nuova e più giuridicamente rilevante i principi morali e teologici che ormai costituivano la base dell'ordinamento canonico ⁽⁴⁰⁾.

Su queste fonti si moverà in prevalenza la nostra ricerca. Tuttavia, come abbiamo già accennato, spingeremo il nostro sguardo anche oltre il limite cronologico impostoci per esaminare i primi Concili e le prime Regole monastiche.

Si badi però: per noi che ci interessiamo della storia di un concetto giuridico non sarà rilevante la prassi che le assemblee conciliari adottano. Non è questa la sede per indagare come operava il meccanismo elettivo nell'ambito dei collegi.

E non perché non sia un terreno interessante. Al contrario, una verifica pratica, nei secoli successivi, di un principio già concettualmente fissato, potrebbe offrire spunti di estrema importanza. Se tuttavia la nostra ricerca trova un limite anche logico nel termine cronologico dei primi tre secoli perché è in questo periodo che l'elaborazione di pensiero si svolge e si compie, per uno studio del meccanismo unanimitario, nella sua applicazione concreta, il limite sopradetto non avrebbe senso, ma la ricerca potrebbe e dovrebbe spingersi ben oltre fino al momento in cui un nuovo meccanismo

⁽⁴⁰⁾ Non ricomprendiamo nella nostra esposizione altre due importanti raccolte canoniche perché al di fuori dei limiti cronologici imposti al lavoro: le *Constitutiones apostolorum* e i *Canones apostolorum*. Come raccolte di indole pratica ne terremo però conto per scorgere l'orientamento canonico dopo le elaborazioni concettuali della apologetica. Le *Constitutiones* sono una compilazione di diversi testi canonici fatta in Siria nel primo quarto del secolo V sulla scorta soprattutto della Didachè, della Didascalia e della Tradizione apostolica di S. Ippolito. Particolarmente interessanti i libri VII e VIII, ove nettamente risalta l'evoluzione del diritto liturgico, disciplinare, organizzativo della Chiesa del sec. V sulla chiesa dei tempi apostolici. La migliore edizione del testo è quella di F. X. FUNK, *Didascalia et constitutiones apostolorum*, Paderborn, 1905. Tra la copiosa letteratura ci basti rinviare alla trattazione di G. BARDY, *Constitutions apostoliques*, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. IV, Paris, 1949, e ai cenni di FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, cit., pp. 27-28 e di PLÖCHL, *Geschichte*, cit., I, p. 102. Dei *Canones apostolorum*, raccolta di sentenze redatte sotto forma di canoni, dal contenuto più vario, e la cui redazione avvenne verosimilmente in Siria nel secolo V, abbiamo seguito l'edizione di C. H. TURNER, *Ecclesiae Occidentalis Monumenta Iuris Antiquissima*, Fasc. I, Pars prior, Oxonii, 1899. Oltre alle relative voci del *Dictionnaire de théologie catholique* (redatta dal NAU) e del *Dictionnaire de droit canonique* (redatta dal BARDY) resta sempre utile e fondamentale l'opera di SCHWARTZ, *Ueber die pseudo-apostolischen Kirchenordnungen*, cit.; cfr. anche FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, cit., pp. 27-28, e PLÖCHL, *Geschichte*, cit., I, p. 103.

sorge e si applica. Il che significherebbe addentrarsi nell'Alto Medio Evo e addirittura superarlo. Concili e Regole monastiche ci interessano insomma come legislazione della Chiesa universale e delle Chiese locali, o di comunità particolari, come affermazioni teoriche del nostro principio. Conviene però avvertire che queste fonti continuano a immettersi, salvo quanto diremo più avanti, nella corrente di pensiero della Patristica e delle prime raccolte canoniche; il che giustificherà il nostro esame volutamente succinto.

Prescindendo dalle Regole monastiche, statuizioni dettate da singolarissime esperienze mistiche, da necessità e situazioni spesso locali, sempre particolari, e su cui quindi un discorso generale difficilmente potrebbe essere impostato ⁽⁴¹⁾, conviene precisare che anche i Concili offrono all'esegeta motivi di grave perplessità ⁽⁴²⁾.

I primi atti conciliari che ci siano rimasti risalgono ai principi del IV secolo; l'intensa attività conciliare inizia però con Nicea continuando intensa, attraverso concili ecumenici e locali, per i secoli IV e V. In altre parole i Concili ci presentano ormai una Chiesa in stretto contatto con lo Stato imperiale. Se quindi, per noi che studiamo simili problemi dal punto di vista della storia del diritto canonico, le fonti dei primi tre secoli non suscitavano problemi, ma esprimevano concezioni e principi tipici e propri della Chiesa, altrettanto non potremmo dire per i documenti conciliari.

Più chiaramente: i Concili rappresentano la legislazione ufficiale del « corpus christianorum », sono quindi « vox ecclesiae ». Tuttavia essi tradiscono palesemente gli influssi più vari. Convocati spesso, come quello di Nicea, per invito dell'Imperatore ⁽⁴³⁾; spesso sotto la diretta sorveglianza e controllo di Cesare, ormai divenuto « defensor fidei », ormai protettore e insieme dominatore della Cristianità, i canoni conciliari rivelano una profonda influenza della

⁽⁴¹⁾ Una raccolta generale delle Regole monastiche è data da L. HOLSTENIUS, *Codex regularum monasticarum et canonicarum*, Augustae Vindelicorum, 1759, (che indicheremo abbreviativamente HOLSTENIUS).

⁽⁴²⁾ Per i testi conciliari l'edizione completa, anche se molto imperfetta, è, com'è noto, offerta da J.D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, Florentiae et Venetiis, 1759-1785 (che indicheremo con l'abbreviazione MANSI).

⁽⁴³⁾ Cfr. al § V, n. 18.

legislazione e del pensiero giuridico, prima romani e poi bizantini. Questo anche, come vedremo ⁽⁴⁴⁾, nel nostro specifico campo.

Circostanza da tenersi in debito conto ai fini di un inquadramento dei dettami conciliari nel quadro generale e sistematico della storia del diritto canonico, o del pensiero proprio della Chiesa in un determinato periodo. Avremo, ad ogni modo, occasione di soffermarci su questi problemi al § X.

II. *L'unanimità nell'ordinamento germanico.*

5. Abbiamo poco sopra affermato che gli ordinamenti germanico e canonico applicano sin dai primordi il principio unanimitario. Ci sia pertanto consentito, in questo studio volto a caratterizzare la *unanimitas* canonica nell'ampio quadro dell'ordinamento della Chiesa primitiva, di esaminare il fondamento e le caratteristiche di questo singolare istituto presso i popoli germanici; e ciò al solo fine di scorgere più e meglio quanto diversa sia e da quanto diversi presupposti muova la unanimità affermata dalla Chiesa.

Non potremo prescindere più oltre dall'accennare diffusamente ai caratteri generali dell'ordinamento ecclesiastico dei primi tre secoli, perché proprio l'esatta comprensione di quello ci schiude la possibilità di ben comprendere significato, limiti, portata del nostro concetto nel diritto canonico. Identico discorso dovremmo fare per quanto riguarda l'ordinamento germanico: a tal fine basterà accennare a certi tratti particolari per non ripetere cose risapute e ormai chiare e pacifiche da tempo nella dottrina storico-giuridica.

Che i germani siano rimasti saldamente ancorati al principio unanimitario è largamente documentato da tutte le fonti: da Cesare ⁽⁴⁵⁾ e Tacito ⁽⁴⁶⁾, fino alla legislazione longobarda da Rotari ad

⁽⁴⁴⁾ Esemplificando e documentando a p. 96 ss.

⁽⁴⁵⁾ CESARE, *De bello gallico*, VII, 21.

⁽⁴⁶⁾ TACITO, *Germania*, XI, I, («De minoribus rebus principes consultant, de maioribus omnes»). Ancora in epoca così tarda troviamo un esempio di questo fatto: Teodorico intraprende la conquista dell'Italia solo dopo che ha ottenuto l'assenso di tutto il suo popolo (JORDANES, LVII).

Astolfo ⁽⁴⁷⁾; basti qui inoltre constatare che solo con la Bolla d'Oro (dell'anno 1356) si introduceva il principio maggioritario nel campo delle elezioni regie ⁽⁴⁸⁾. Per ben 14 secoli, o quasi, i popoli di razza germanica richiesero per la validità dell'espressione di volontà del collegio la presenza e l'assenso di tutti i componenti di esso.

« Omnes, cuncti universi » ci ripetono le fonti: ed è già terminologia particolarmente indicativa. *Unanimitas*, *unanimiter*, *unanimitis* sono termini relativamente nuovi della teologia e del diritto della Chiesa, e assai cari e famigliari al linguaggio canonico, in special modo al momento della elaborazione concettuale dell'Apologetica; termini che svelavano con tanta chiarezza un contenuto spirituale: *unanimitas* ossia *unus animus*.

Il mondo germanico preferisce invece usare quei sostantivi o aggettivi plurali di cui balza subito agli occhi l'indeterminatezza e il frammentarismo collettivistico. Già quindi questa diversa terminologia ⁽⁴⁹⁾ è un prezioso indizio di diverse concezioni rispetto al nostro istituto, onde parlare di unanimità anche per il mondo barbarico non è perfettamente corretto; piuttosto è esatto parlare, come vedremo, di consenso dei singoli.

Il mondo barbarico si rispecchia perfettamente nel modo di intendere l'unanimità; vi si rispecchiano le caratteristiche tipiche di un ordinamento primitivo.

In questo ordinamento, ciò che conta, che ha valore è la persona intesa nel suo senso affatto materiale di persona fisica ⁽⁵⁰⁾. L'unanimità germanica infatti nel suo più elementare ma più appariscente

⁽⁴⁷⁾ « pari consilio parique consensum cum primatos iudices, cunctosque felicissimum exercitum nostrum » (ROTARI, *Edict.*, c. 386); « una cum cunctis iudicibus et langobardis universarum provinciarum nostrarum » (AHIST, *Edict.*, prolog. a. 750). Cfr. a questo proposito le felici pagine del CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 55 ss., e il lavoro, fondamentale per la conoscenza della società longobarda, di G.P. BOGNETTI, *S. Maria Foris Portas di Castelseprio e la storia religiosa dei Longobardi*, in *Santa Maria di Castelseprio*, Milano, 1948, soprattutto, p. 28 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., p. 36.

⁽⁴⁹⁾ Torneremo più avanti su questo dato terminologico soprattutto per quanto riguarda il diritto della Chiesa. Cfr. § IV.

⁽⁵⁰⁾ Su questo rozzo individualismo cfr. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., I, p. 33; G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1921⁸, p. 22.

contenuto significa peso della persona fisica entro il collegio. Potenza, insomma, della persona come corpo, onde, senza il suo assenso, il collegio non può validamente deliberare. Il che è anche lo specchio di un ordinamento organizzato militarmente.

Ogni individuo vi è visto nella sua capacità di soldato, valgono di lui il braccio che regge lo scudo e la spada, vale la sua prestantza fisica che il re o il principe utilizzerà in guerra ⁽⁵¹⁾. Concezione del resto che ritroviamo nell'ambito dello stesso diritto privato dei popoli germanici: l'assenza — tanto per recare un esempio — come abbandono della *natio*, è considerata quasi un sottrarsi all'obbedienza del re, e cioè quasi un vero e proprio *crimen infidelitatis* ⁽⁵²⁾.

La presenza fisica è quella che conta, perché presenza fisica significa esistenza intorno al re di soldati atti a difendere ed offendere validamente. La *Sippe*, organismo paramilitare, e il *Bund*, tipico organismo militare ⁽⁵³⁾, necessitano della presenza di tutti i loro membri; questi esprimeranno il loro consenso, sollevando cioè e squassando rumorosamente le armi nel clamoroso *gairethinx* ⁽⁵⁴⁾.

Il carattere militare della organizzazione e la primitività dell'organizzazione stessa concorrono, nel mondo germanico, a questo singolare e barbarico predominio delle situazioni di fatto: la presenza è tale solo se presenza di fatto dell'individuo; il collegio è tale solo se espressione di fatto, concreta di tutti i suoi membri.

Ecco allora un altro carattere della « unanimità » germanica strettamente connesso al primo: « unanimità » come somma di tanti voti quanti sono gli appartenenti all'assemblea, quanto sono le

⁽⁵¹⁾ Onde sarà servo chi non potrà sopportare il peso delle armi. Vedi PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., I, p. 30.

⁽⁵²⁾ Cfr., fra le trattazioni istituzionali, BESTA, *Le persone*, cit., p. 174; ROBERTI, *Svolgimento*, cit., I, p. 233 ss.; TORELLI, *Lezioni*, cit., p. 30, oltre, sullo specifico istituto dell'assenza, il classico lavoro di N. TAMASSIA, *L'assenza nella storia del diritto italiano*, in *Archivio giuridico*, XXXVI, (1886), e lo studio fondamentale di BRUNS, *Die Verschollenheit*, in *J.B. des gem. deut. Rechtes*, I, (1857), ora in *Kleine Schriften*, I, (1882).

⁽⁵³⁾ Su questi organismi si veda M. SCOVAZZI, *Le origini del diritto germanico. Fonti. Preistoria. Diritto pubblico*, Milano, 1957, opera puntuale ed informata, che reca notevoli contributi alla conoscenza dell'antichissimo diritto germanico, ma che è più indagine storico-sociologica che giuridica; sulla struttura associativa del *Bund* germanico, p. 268 ss. Cfr. anche PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., I, p. 34, e H. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1906², p. 175 ss.

⁽⁵⁴⁾ BOGNETTI, *S. Maria Foris Portas di Castelseprio*, cit., pp. 29-30.

persone fisicamente presenti. Onde si capisce ancor meglio quanto sopra dicevamo: che parlare di *unanimitas*, sostantivo che richiama a un concetto di unità, non è esatto per il mondo barbarico, giacché il requisito del consenso e della presenza di tutti è solo frutto di un accentuato collettivismo; collettivismo però che, pur esprimendosi, nei più disparati campi del diritto pubblico e privato, in tipiche comunioni, le lascia purtuttavia sul piano di un grezzo e informe tentativo associativo. La *Gesamte Hand*, la *Sippe*, il *Bund*, tutte le *Genossenschaften* dell'antica civiltà germanica non assurgono mai, né possono assurgere a entità distinte dalle persone dei propri membri ⁽⁵⁵⁾; non possono essere considerate delle persone giuridiche, dei *corpora*, perché lo impedisce il valore che vien dato nel loro ambito ai singoli *corpora* delle persone fisiche.

L'impotenza delle *Genossenschaften* ad assurgere a enti e la necessità del consenso dei singoli hanno quindi, alla loro base, un identico presupposto: un ordinamento giuridico primitivo impotente ad astrarre dalle situazioni di fatto; un esasperato collettivismo che si traduce anche in una esperienza statale imperfetta e affatto embrionale.

È insomma esatto parlare, a proposito dei germani, come fa un nostro egregio studioso ⁽⁵⁶⁾, di « particolarismo ». Particolarismo, ossia frammentarismo, ossia impossibilità di giungere ad una unità organizzata.

La situazione del *collegium* germanico, espressa dal principio della necessità di un consenso delle singole persone e che a noi qui soprattutto interessa, è la stessa nella quale, in sede più lata, si trova lo Stato germanico. Anzi, se per Stato intendiamo appunto una unità organizzata, non è corretto usare un simile termine e tale concetto per la società barbarica ⁽⁵⁷⁾. L'esperienza statale germanica è per propria natura particolaristica. Nell'ambito della monarchia prospe-

⁽⁵⁵⁾ F. SCHUPFER, *Il diritto dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*. I. *Le persone. La famiglia*. Città di Castello-Roma-Torino-Firenze, 1907, specialmente p. 158, ma tutto il titolo I, sez. II; ROBERTI, *Svolgimento*, cit., I, p. 252 ss.; sulle particolari vedute del GIERKE (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., III) vedi BESTA, *Le persone*, cit., p. 198.

⁽⁵⁶⁾ P. VACCARI, *Dall'unità romana al particolarismo giuridico del medio evo*, Pavia, 1936.

⁽⁵⁷⁾ VACCARI, *Dall'unità romana*, cit., p. 78 ss. Cfr. sulla situazione della Spagna, a questo proposito speciale per elementi strutturali, etnici, politici, le lucide pagine di R.

rano con vita autonoma e autarchica le strutture gentilizie e familiari, strutture particolari, di fronte a cui lo Stato monarchico si pone soprattutto come autorità morale e politica. L'evoluzione dal *Regnum Langobardorum* al *Regnum* franco è proprio nel senso di una accentuazione dei poteri statuali e cioè di una *reductio* ad una unità prima ignorata (58).

Il peso, nell'ambito dello Stato, dell'associazione gentilizia e familiare intesa come legame fra persone fisicamente affini e quasi legame di sangue (59), ha il suo perfetto parallelo nella situazione già illustrata della persona nell'assemblea. È un dato strutturale che riflette una concezione giuridico-politica primitiva e che non permette né alla monarchia né all'associazione una propria, perfetta unità.

Soltanto in questo ambiente sociale, in questa esperienza barbarica e informe la necessità di un consenso dei singoli trova la sua giustificazione e il significato: consenso dei singoli — ripetiamo — come espressione di una concezione assolutamente particolaristica.

A questo particolarismo — e lo esamineremo a suo tempo con ampiezza — la Chiesa opporrà un'idea rigidamente unitaria; a questa preponderanza delle situazioni di fatto sostituirà un ordinamento teologico-giuridico di gran lunga più perfetto, rivelando una elaborazione di pensiero e un potere di astrazione mai prima di allora raggiunti. Onde è necessario che noi passiamo ad esaminare, nelle sue peculiarità, l'ordinamento della Chiesa primitiva. Caratterizzare questo ordinamento nei confronti dell'ordinamento germanico, servirà anche a caratterizzare l'unanimità canonica e a farcene scorgere l'origine singolarissima.

GIBERT, *El reino visigodo y el particularismo español*, in *I Goti in Occidente. Problemi*, III Settim. di Studio del Centro italiano sull'Alto Medio Evo, Spoleto, 1956.

(58) VACCARI, *Dall'unità romana*, cit.; cfr. anche BOGNETTI, *S. Maria Foris Portas di Castelseprio*, loc. cit., e P. S. LEICHT, *Dal «Regnum Langobardorum» al «Regnum Italiae»*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, III (1930), ora in *Scritti vari di storia del diritto italiano*, I, Milano, 1943, che pur non apporta al nostro problema alcun contributo.

(59) Su questo vincolo di sangue insiste TACITO, *Germania* XXXIX, riferendosi ai *Senones*.

III. *I presupposti del concetto unanimitario canonico.*

6. Non è possibile comprendere appieno il concetto canonico di *unanimitas* senza aver chiari i suoi presupposti. Questi, come già abbiamo precisato, si ritrovano nel particolare ordinamento giuridico della Chiesa primitiva, e nei due principi fondamentali che lo dominano, quello della Chiesa intesa come istituzione e quello della unità dogmatica e organica della Chiesa.

E conviene subito dire che si tratta di « presupposti » che a nostro parere non sempre la dottrina storico-giuridica ha rettamente inteso; infatti, molto spesso non sono stati colti il fondamento e la peculiarità dell'*Urchristentum* che sono invece così particolari e anche così netti. Il nostro discorso deve pertanto allargarsi: l'*unanimitas*, che riflette perfettamente i caratteri di quell'ordinamento, ne costituisce non solo la più tipica derivazione, ma anche uno dei suoi principi essenziali; come tale, ne assomma in sé gli aspetti più vari, e deve essere vista in un quadro più ampio, dove si potrà cogliere meglio la sua giustificazione e il suo significato.

Tratteremo quindi più oltre dei principi del *corpus ecclesiae* e dell'*unitas ecclesiae*. Ora ci sia consentito di parlare dell'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva: prima di tutto dell'esistenza di questo ordinamento, in secondo luogo di alcuni suoi aspetti fondamentali. Col che ci sarà facile l'esatta comprensione del nostro istituto: il concetto unanimitario presuppone infatti un ordinamento diverso da quelli civili e costruito su basi affatto singolari.

A) *L'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva.*

7. Già parlare di un ordinamento giuridico della Chiesa primitiva potrà sembrare un po' rischioso; specialmente se per Chiesa primitiva si intende la Chiesa dall'età apostolica all'editto di tolleranza, overosia una *societas* la cui esistenza è ignorata dallo Stato e tutt'al più viene considerata dal punto di vista del fatto, come una setta degna di persecuzione. Società che, pur ingigantendosi in modo singolare, restava politicamente nell'ombra.

Politicamente però, non giuridicamente, o almeno non così, se non vogliamo ancorare ogni manifestazione giuridica a un riconoscimento e a una dichiarazione di volontà dell'entità statale.

Infatti non possiamo condividere l'orientamento dei molti scrit-

tori, che riguardando l'esperienza sociale della Chiesa, ritengono di poter parlare di diritto, diritto canonico, solo dopo che lo Stato romano si è occupato della Chiesa ⁽⁶⁰⁾. Il che non è solo antistorico, ma costituisce una stortura logica. Non sono comprensibili per esempio tesi, come quella enunciata dal Savagnone, che « il diritto romano ecclesiastico ha dunque preceduto il diritto canonico e una storia scientifica del diritto canonico deve ineluttabilmente far capo a quello. E ciò tanto più quando si pensi alla innegabile influenza che il diritto romano ecclesiastico ha esercitato sul diritto canonico » ⁽⁶¹⁾. Torneremo più avanti, senza peraltro addentrarci troppo, su questo difficile argomento dei reciproci influssi tra i due diritti, che ha suscitato, specialmente qualche decennio fa, una copiosa letteratura ⁽⁶²⁾. Obiettiamo però sin d'ora al Savagnone che la sua affermazione è totalmente contraria al dettato delle fonti.

Non c'è dubbio che la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, enunciata su un piano dogmatico di teoria generale da

⁽⁶⁰⁾ Così TURNER, *The organisation of the Church*, cit., p. 178, secondo cui « the conception of a Church Law, ius ecclesiasticum, ius canonicum, was not matured till the fourth century, and then largely as a result of the new position of the Church in relation to the State, and in conscious or unconscious imitation of the Civil law ». Nello stesso ordine, tra i romanisti, SALEILLES, *L'organisation juridique*, cit., pp. 507-508; SAVAGNONE, *Studi*, cit., p. 2 ss.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., I, p. 38, e, nella dottrina storico-giuridica, E. BESTA, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Padova, 1926, p. 45 (cfr. per quanto ne dice F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I. *Le Fonti*, Milano, 1954, p. 166, nota II) e A. SOLMI, *Stato e Chiesa secondo gli scritti politici da Carlomagno fino al concordato di Worms (800-1122)*, Modena, 1901, p. 17, nel quale ultimo il problema si pone concettualmente assai confuso. Tra gli ecclesiastici, al rigido positivismo statalistico di HINSCHIUS, *Das Kirchenrecht*, cit., III, p. 790 ss., fa riscontro il più meditato esame di SOHM, *Kirchenrecht*, cit., p. 157 ss. (sulla complessa e suggestiva, sia pure inaccettabile, teoria del Sohm, cui, per ovvie ragioni, non possiamo nemmeno accennare, si potrà utilmente vedere H. BARION, *Rudolf Sohm und die Grundlegung des Kirchenrechts*, Tübingen, 1931). Per una chiara impostazione del problema ROBERTI, *Cristianesimo e collezioni giustiniane*, cit., pp. 22-23, e ASTUTI, *Lezioni*, cit., p. 233. Limpide e pregevoli le pagine del CALASSO, *Medio Evo del diritto*, cit., pp. 162-171 dove si criticano le suaccennate teorie del Solmi e del Besta e dove il problema è veduto con intelligente chiarezza.

⁽⁶¹⁾ SAVAGNONE, *Studi*, cit., p. 2.

⁽⁶²⁾ Ci basti rinviare qui alla bibliografia citata nella nota 21.

Santi Romano ⁽⁶³⁾, possa trovare e trovi nella storia alcune efficaci riprove: tra queste è, a nostro avviso, il fenomeno di Chiesa e Stato nei primi tre secoli della nostra era.

Di fronte alla vigorosa esperienza statutale dell'Impero Romano, la Chiesa, società organizzata dei battezzati, ha la precisa coscienza del proprio ordinamento, elabora secondo quella coscienza un proprio sistema di norme che, traducendosi sul terreno dei rapporti sociali, si pongono, nell'ambito canonico, come vere norme giuridiche. Le sfere concentriche, autosufficienti ed esistenti per una loro propria forza e consapevolezza, dei due ordinamenti, della Chiesa e dello Stato, sono allora assai palesemente visibili, senza quegli intrecci di giurisdizione e di sovranità che varranno, molti secoli più tardi, a intorbidare e confondere i loro reciproci rapporti.

Posto in questo modo il problema — e dimostreremo quanto siamo andati dicendo — risultano parimente incomprensibili talune affermazioni, per esempio del Saleilles, che, studiando l'organizzazione delle prime comunità cristiane, assume che queste comunità in quanto non riconosciute dallo Stato romano, si ponevano sul piano delle associazioni non riconosciute e non delle persone giuridiche. La comunità cristiana « possède bien encore à titre collectif, mais sans que l'individualité de ses membres ait disparu dans l'unité de l'être corporatif » ⁽⁶⁴⁾. Il più esasperato statalismo vieta qui di scorgere, nella coscienza stessa dell'ordinamento ecclesiastico, l'assenza o la presenza di un *collegium* considerato come *corpus*, come persona, come entità a sé stante. Questa assenza, o questa presenza, è unicamente condizionata alla manifestazione di una volontà statutale.

Come già abbiamo in principio affermato, è quindi nostra preoccupazione di lasciare da parte i rapporti tra Chiesa e Stato, che sorgono stabilmente solo dopo l'editto di tolleranza, e di limitare la nostra indagine al piano canonistico, ovverosia all'interno dell'ordi-

⁽⁶³⁾ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946 (già in *Annali delle Università toscane*, a. 1917-18). Sulla teoria « istituzionalistica » cfr., tra la sterminata bibliografia cui ha dato origine, su di un piano dogmatico, A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1953², pp. 1-68, e sul piano storico, CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., Libro I, Cap. I.

⁽⁶⁴⁾ SALEILLES, *L'organisation juridique*, cit., p. 491.

namento della Chiesa, nel quale ordinamento il concetto unanimitario sorge e si sviluppa. Anzi sorge e si sviluppa — ripetiamo — riflettendo perfettamente le peculiarità dell'ordinamento stesso.

Al qual proposito conviene subito sgombrare la via da un'altra obiezione che potrebbe essere facilmente opposta e che con estrema facilità viene ripetuta da storici e da dogmatici ⁽⁶⁵⁾: che cioè l'ordinamento della Chiesa, prima del 313, è unicamente teologico e pertanto irrilevante per il giurista. Osserviamo che, anche volendo considerare come puramente teologico questo ordinamento, male farebbe il giurista a disinteressarsene.

Se è vero che la norma civile trova il suo fondamento e la sua giustificazione in una realtà sociale o naturale presupposta, è pur vero che la norma presuppone e si giustifica in una realtà squisitamente teologica; onde è perfettamente comprensibile l'affermazione che il dogma e la teologia « finiscono per costituire nell'ordinamento canonico i veri pilastri giuridici fondamentali e le effettive norme basi legislative del suo sistema di diritto positivo » ⁽⁶⁶⁾. E per scendere ancor più da vicino al nostro problema è agevole constatare che la importanza e novità dell'ordinamento canonico rispetto a quello romano, per quanto riguarda la storia del concetto di persona giuridica, consiste in questo, che nell'ordinamento canonico esiste un forte rapporto coesivo fra i membri della corporazione, un vincolo cioè di coesione e di unità che è legame teologico e mistico.

Di natura non giuridica è quindi la scaturigine di questa *reductio ad unitatem* che, nello stesso ordinamento della Chiesa primitiva, trova poi una efficace trasposizione giuridica. L'ordinamento della Chiesa può darci questa novità concettuale in quanto è ordinamento teologico prima ancora che giuridico.

Il discusso rapporto tra diritto e teologia, su cui la dogmatica

⁽⁶⁵⁾ Oltre alle opera del Turner, del Saleilles, del Savagnone, del Biondi, del Besta, del Solmi, del Hinschius, citate alla nota 60, cfr. anche GILLET, *La personnalité juridique*, cit., p. 54. Il problema è stato assai recentemente ripreso da E. KOHLMAYER, *Charisma oder Recht? Vom Wesen des ältesten Kirchenrechts*, in ZSS-KA, XXXVIII (1952).

⁽⁶⁶⁾ P.A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. I. Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano, 1956, p. 191.

ecclesiasticista ha tanto e tanto notevolmente discusso ⁽⁶⁷⁾ è particolarissimo e peculiare in questi primi tre secoli di vita sociale della Cristianità.

Spesso si è voluto definire come primitivo questo ordinamento: avremo modo di fare in seguito alcune precisazioni; ma è fin da ora da affermare (ed è importante perché la unanimità canonica presuppone questa situazione) che la sua primitività va intesa in un senso affatto singolare: ovverosia in un accentuato teologismo, in un estremo scompensamento tra il dato teologico e quello giuridico con piena predominanza del primo, o se si vuole una generale indistinzione tra quel dato teologico e questo dato giuridico.

Tutto ciò non può però condurci a negare la giuridicità di una simile *societas*. Basti pensare che una tale distinzione compiuta si avrà solo con Graziano ⁽⁶⁸⁾. È ragionevole e accoglibile invece l'affermazione che il profilo giuridico è subordinato al profilo teologico ⁽⁶⁹⁾.

E necessariamente. Prima e più che organizzazione giuridico-sociale la Chiesa è *ἀγάπη* ossia convito di *charitas*; è una società mistica il cui fine primo è la *salus aeterna animarum*; è insomma la depositaria delle divine verità e lo strumento per la discesa della Grazia sui fedeli ⁽⁷⁰⁾. Solo che, nel filone della civiltà occidentale, il fondamento e le finalità teologiche non impediscono alla Chiesa una organizzazione pratica e temporale, una struttura organica che sempre più vien divenendo giuridica.

Questo *iter* è documentabile attraverso i primi monumenti

⁽⁶⁷⁾ Cfr. fra gli altri G. RENARD, *Contributo allo studio dei rapporti tra diritto e teologia. La posizione del diritto canonico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XVI (1936), ove si parla di dipendenza tra teologia e diritto; P. GISMONDI, *Le leggi puramente penali e le leggi puramente morali per la Chiesa e per lo Stato*, in *RISG*, N.S., XI (1936); J. ELLUL, *Fondement théologique du droit*, Delachoux, 1946. Per una visione d'insieme del problema D'AVACK, *Corso*, cit., pp. 81-126 (bibl. cit.).

⁽⁶⁸⁾ F. BRANDILEONE, *Perché Dante pone Graziano in Paradiso*, in *Rendiconti dell'Accad. Nazion. dei Lincei. Scienze morali e storiche* (marzo-aprile 1926); cfr. GISMONDI, *Le leggi*, cit., p. 4 (dell'estratto).

⁽⁶⁹⁾ Così, riferendosi al concetto di Chiesa, GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., III, p. 107: « Die christliche Theologie verlieh dem ursprünglich nur in seiner inneren religiösen Bedeutung entfalteten Kirchenbegriff mehr und mehr das Gepräge eines äusseren rechtlichen Verbandsbegriffes ».

⁽⁷⁰⁾ Sul fine della Chiesa ci basti qui rinviare a LE BRAS, *Prolégomènes*, cit., pp. 23-25 (ivi ricca bibliogr.).

canonici, ed avremo noi stessi modo di illustrarlo tratteggiando l'evoluzione che la dottrina paolina del *corpus mysticum* ha nella letteratura patristica. Se il diritto non è mai stato fine della Chiesa, tanto meno dovette esserlo nella Chiesa primitiva, in una società dalle relative esperienze politico-sociali; ma non per questo esso fu meno necessario alla sua strutturazione.

Del resto che la Chiesa elaborasse un suo proprio diritto è nella consapevolezza di tutta l'Apologetica. Abbiamo precisato il perché del limite cronologico del presente lavoro ed abbiamo insistito sul valore della testimonianza degli apologeti: essi contribuiscono validamente alla creazione dell'ordinamento ecclesiastico; l'organizzazione ecclesiastica, pur promanante da norme evangeliche e apostoliche, è anche opera loro. E gli Apologeti hanno chiara la coscienza dell'esistenza di uno *jus ecclesiae*. Lucida è l'espressione di Ireneo: « τὸ ἀρχαῖον τῆς Ἐκκλησίας σύστημα » (70 bis), con frase che sarà, per esempio, ripresa nello stesso senso da Origene (71). E *σύστημα* è, nel pensiero di Ireneo, l'ordinamento della Chiesa visto come dottrina, o complesso di norme, e organizzazione, o complesso di mezzi. Osserviamo poi che *κανὼν* e *canon* nel senso di regola imperativa sono termini frequentissimi nelle opere dei Padri, da Clemente a Cipriano (72), e sempre riferiti alle statuizioni ecclesiastiche; e frequenti sono anche i termini *disciplina* e *regula* (73) ed anche *jus* e *lex* (74); e tutti adoperati in un senso affatto diverso da quello di pura norma morale.

(70 bis) IRENEO, *Adversus Haereses*, IV, XXXIII, 8. Meno interessante, ma altrettanto significativa, la traduzione latina: « antiquus Ecclesiae status in universo mundo et character corporis Christi secundum successiones episcoporum quibus illi [apostoli] eam quae in unoquoque loco est ecclesiam tradiderunt ». Il Sohm del resto avverte assai intelligentemente che *σύστημα* non può essere tradotto semplicemente « Kirchenverfassung », bensì « die Koerperschaft, die organisierte Gesamtheit der Ekklesia » (*Kirchenrecht*, cit., p. 201, nota 28).

(71) ORIGENE, *Contra Celsum*, III, 7 e 31.

(72) Ci basti qui ricordare l'uso puntuale che ne fa CLEMENTE, *I ad Corinthios*, VII, 2; XLI, 1. Con significato meno pregnante già li troviamo in PAOLO (*II Cor.*, X, 13; *Gal.*, VI, 16).

(73) Ricordiamo solo alcuni tra i frequentissimi passi. Così *disciplina* in TERTULLIANO, *Apologeticum*, XXXVII, 5-XXXIX, I; CIPRIANO, *Epistolae*, LVIII, I. *Lex* in TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 8, 13-14; CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 9. *Ius*, in TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 20, 25; CIPRIANO, *Epist.* LXXIII,

Secondo la dottrina patristica, la Chiesa nel suo ambito emana delle vere e proprie norme giuridiche; per questo il termine *lex*, tipico delle statuizioni civili dello Stato romano, trova applicazione per definire le norme della Chiesa (75).

Ma v'è di più: i Padri non si limitano a concepire la Chiesa quale fonte produttrice di diritto, ma hanno chiaro il pensiero della Chiesa come ordinamento (76).

Nella mente di Cipriano, il « dottor sottile » dell'Apologetica, è, per esempio, netta la concezione dell'ordinamento canonico che si pone di fronte e contro gli eretici: « Dicimus omnes omnino haereticos et schismaticos nihil habere potestatis ac iuris » (77). È evidente e singolare la trasposizione dei concetti del diritto civile *potestas* e *ius* nell'ambito dell'ordinamento canonico. Gli eretici e gli scismatici sono al di là dei confini di questo, né possono fruire di poteri o diritti nel suo ambito. La Chiesa, società dei *fideles*, è concepita come ordinamento, ossia come un complesso sociale organizzato, autonomo e autosufficiente, in sé completo (78).

II-LXIX, I; *regula* in TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 13, 17-14, 19-14, 13-22, 1-37, 1; DIDASCALIA, LVI.

(74) Particolarmente sull'uso dei termini *lex* ed *ius* in Tertulliano, nel senso precisato nel testo, cfr. VITTON, *I concetti giuridici nelle opere di Tertulliano*, cit., pp. 17-23 e BECK, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian*, cit., pp. 59 e 64. Il termine *lex* è usato poi innumerevoli volte con senso pregnante in Ireneo e in Origene. Si confrontino anche le pagine dello HARNACK, *Die Mission und Ausbreitung des Christentums*, cit. p. 489 ss.

(75) È notevole l'uso della parola *reatus* a indicare infrazioni anche allo *ius divinum* e allo *ius ecclesiae* in TERTULLIANO: « summus saeculi reatus... idolatria. Nam etsi suam speciem tenet unumquodque delictum, etsi suo quodque nomine iudicio destinatur, in idololatriae crimine expungitur » (*De idololatria*, I).

(76) Si ricordi il significativo passo di Ireneo citato alla nota 70. Interessanti le pagine del D'ERCOLE, *Gesù legislatore e l'ordinamento giuridico della sua Chiesa nei Vangeli*, Roma, 1957, specialmente p. 99 ss.

(77) CIPRIANO, *Epist.*, LXIX, I. E più oltre, in altra lettera, Cipriano nega agli eretici il *ius baptismi* confermando e quasi applicando quanto era andato dicendo alla *Epist.* LXIX. Cfr. anche GASPARINI FOGLIANI, *T.C. Cipriano*, cit., p. 79.

(78) Ci sia consentito anche di notare l'uso frequente che in Tertulliano e Cipriano si fa del termine « institutio » che avrà poi una particolare fortuna applicato alla Chiesa; ed è da precisare che, se ancora in Tertulliano « institutio » è usato nel senso di dottrina o complesso di dottrine (il che vuol dire che l'ordinamento è visto come complesso di norme), in Cipriano « institutio » sta a significare un ordinamento visto anche nella sua

Era, in fondo, questa la concezione di Tertulliano quando, nella sua vigorosa apologia, contrapponeva il *corpus christianorum*, inteso come *curia*, ossia comunità organizzata, alla *factio*, alla collettività degli improbi, dei malvagi, dei gentili, retta solo da sfrenati sentimenti od istinti. *Curia* il tipico termine della giurispubblicistica romana, rappresenta infatti un corpo dominato dalla disciplina ⁽⁷⁹⁾.

I Concili raccolgono su questo punto la tradizione dei Padri. Si consideri questo canone del Concilio Eliberitano (a. 305): « Si quis de Catholica Ecclesia ad haeresim transitum fecerit... » ⁽⁸⁰⁾. Non Cristiani od Eretici: non gruppi o collettività di diversi fondamenti, ma solo una *Ecclesia* e, di fronte, una *Haeresis*.

L'astrattezza dei termini, particolarmente l'astrattezza di quella *haeresis*, sono testimonianze di una evoluta potestà di astrazione, per cui, prescindendo dalle persone, le due società, dei fedeli e degli eretici, divengono due ordinamenti, due istituzioni. Gli eretici, che l'Apologetica ha in genere menzionato col sostantivo plurale, quasi a dimostrarne il frammentarismo e la non compattezza ⁽⁸¹⁾ vengono ora raccolti in questa dizione astratta al solo fine di dare risalto all'altro termine opposto, ovverosia all'*Ecclesia*. E i Padri del Concilio parlano di *transitum*, quasi un passaggio da un terreno dai confini ben precisati, a un altro e diverso terreno con confini altrettanto netti.

Il Concilio Eliberitano traduce però in termini di esasperata astrazione ciò che era frutto di una evoluzione lenta, percorsa, passo passo, attraverso i primi tre secoli.

organizzazione: « per plurimas civitates novos apostolos suos mittat, ut quaedam recentia institutionis suae fundamenta constituat » (*Epist.*, LV, 24), riferendosi palesemente — secondo le stesse parole di Cipriano ivi affermate — alla « ecclesiastici corporis compago ». Interessate anche *Epist.*, XLVI.

⁽⁷⁹⁾ TERTULLIANO, *Apologeticum*, XXXIX, 20: « Haec coitio christianorum merito sane illicita, si illicitis par, merito damnanda si quis de ea queritur eo titulo quo de factionibus querela est... Cum probi, cum boni coeunt, cum pii, cum casti congregantur non est factio dicenda sed curia ». Cfr. per questo passo la lunga e minuta analisi di EHRHARDT, *Das Corpus Christi*, cit., p. 302 ss.

⁽⁸⁰⁾ *Concilium Eliberitanum*, c. XXII, in MANSI, t. II, col. 9.

⁽⁸¹⁾ Si confronti, al proposito, quel passo di CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 12, che riprenderemo più avanti, e in cui si oppone l'unità della Chiesa ai « conventicula... diversa » degli eretici.

Non possiamo, né offrirebbe interesse ai fini di questo lavoro, seguire le numerose affermazioni in cui la Chiesa balza come ordinamento attraverso i canoni conciliari. È ormai un dato incontrovertibile, che assume sempre più una fisionomia spiccatamente giuridica (82).

Giustamente, il Concilio di Nicea parlerà eloquentemente di un « παλαιὸς καὶ κανονικὸς νόμος » (83).

Quindi, per concludere su questo primo punto, esiste nella coscienza della Chiesa dei primi tre secoli un ordinamento che, al contrario di quelli civili, costruisce su basi teologiche la sua struttura giuridica: questa indistinzione tra teologia e diritto, e, in ogni caso, questa prevalenza della teologia sul diritto (che verificheremo più avanti nella concezione unanimitaria) costituiscono il dato fondamentale di questo ordinamento, che non può tuttavia, secondo quanto abbiamo creduto di dimostrare, non essere definito giuridico.

8. A ciò vogliamo anche aggiungere che, se è legittimo parlare di un ordinamento giuridico della Chiesa primitiva, considerato — come abbiamo fatto — nella consapevolezza stessa degli scrittori canonici e delle statuizioni canoniche, è altrettanto legittimo parlare di un ordinamento affatto autonomo (83 bis).

Intendiamo cioè porre la nostra attenzione sulla completa autonomia che il diritto canonico, sin dalle sue origini, ebbe nei confronti delle più rilevanti esperienze giuridiche dell'antichità classica.

Il sistema canonico nasceva da premesse sue proprie e peculiari, per esigenze altrettanto peculiari. Nasceva da un punto fermo costituito dall'armonico complesso del Nuovo Testamento, su cui, attraverso i primi secoli, si svolgerà l'elaborazione della Patristica e

(82) Questo già nei primi Concili del IV secolo, in cui ormai la disciplina canonica è già un qualcosa di elaborato e di compiuto.

(83) *Concilium Nicenum*, c. 13, in MANSI, t. II, col. 674.

(83 bis) Assai efficacemente afferma, a proposito della Chiesa, il LE BRAS (*Prolégomènes*, cit., p. 3): « Les quatre notes dont elle se pare définissent exactement son originalité: unité de dogme, de morale, de discipline fondamentale; sainteté des origines, des moyens et des buts; catholicité, traduisez vocation de s'étendre à la terre habitée; apostolicité, c'est à dire respect ininterrompu des enseignements du Fondateur, transmis par ses disciples ». Sulla originalità del diritto canonico fino dalle origini cfr. J. KLEIN, *Grundlegung und Grenzen des kanonischen Rechts*, Tübingen, 1947.

dei Concili: dovette derivarne quindi un sistema giuridico con caratteristiche affatto particolari e che poco dovette risentire, nelle sue elaborazioni dottrinarie, delle esperienze giuridiche precedenti.

Psicologicamente i Cristiani dei primi tre secoli erano portati non solo a un distacco profondo, ma, comprensibilmente, a una avversione per i gentili, i romani, i persecutori. « *Externi sumus* » afferma Tertulliano ⁽⁸⁴⁾ ai primi del III secolo, esprimendo con efficace succinzione una particolare situazione psicologica, una coscienza che era propria di tutta la Chiesa: la coscienza dei credenti in una dottrina che trovava in Dio la sua voce prima; la sdegnosa coscienza della assoluta autonomia dogmatica del proprio ordinamento che poneva la sua basilare fondazione nella vita terrena del Dio incarnato e nelle sue parole testimoniate fra tutte le genti dagli Apostoli.

Questo iato profondo è singolarmente appariscente in tutte le fonti ecclesiastiche del periodo ed è indicativo di quanto poco disposti fossero i cristiani a recepire nel proprio ordine istituti e principi giuridici dal mondo romano. Il problema di un influsso del diritto romano sul diritto canonico è senz'altro prematuro. Sono ben lontani ancora il IX e X secolo in cui le collezioni canoniche recheranno indubbi segni di un complesso e vario influsso del diritto romano ⁽⁸⁵⁾.

Tutt'altro discorso dovrebbe farsi intorno alla influenza del costume e della civiltà. Ché se Clemente Romano, Cipriano, Tertulliano, uomini che prendevano parte attiva alla vita civile, non potevano non risentire del costume romano; se la loro impostazione pratica, attiva, la loro visione estremamente concreta ed equilibrata

⁽⁸⁴⁾ TERTULLIANO, *Apologeticum*, XXXVII, 4. È tuttavia da notare che sia l'editore dell'*Apologeticum* nel C.S.E.L. (H. Hoppe), sia quello nel *Corpus Christianorum* (E. Dekkers) scrivono *besterni* anziché *externi*, basandosi sui codici *Petropolitanus*, *Parisinus*, *Admontensis* e *Oxonienis*. Preferiamo tuttavia seguire l'altra lezione (che è propria del codice *Fuldensis* e del cosiddetto *consensus codicum vulgatae recensionis*), perché in perfetta armonia con il significato di tutto il testo del cap. XXXVII dell'*Apologeticum*.

⁽⁸⁵⁾ Su di che ci basti rinviare a P. FOURNIER-G. LE BRAS, *Histoire des collections canoniques en Occident depuis les Fausses Décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, Paris, 1931-32, e a C.G. MOR, *Le droit romain dans les collections canoniques des X^e et XI^e siècles*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1927, e *La recezione del diritto romano nelle collezioni canoniche dei secoli IX-XI in Italia e Oltr'Alpe*, in *Acta Congressus iuridici internationalis* (Romae, 12-17 novembris 1934), Romae, 1935, II.

anche dei fenomeni religiosi tradisce le caratteristiche tipiche del temperamento latino; e se latino, o meglio romano, è anche il loro linguaggio, che riflette o riprende lo stesso vocabolario, ora militare, ora amministrativo, ora commerciale dell'Impero ⁽⁸⁶⁾, non si può dire per questo che ordinamento canonico e ordinamento romano, in questi primi secoli, ebbero possibilità, seria ed efficace, di influenzarsi reciprocamente.

L'unico dato strutturale in cui la Chiesa accetta quasi sempre quanto era stato costruito dal diritto pubblico di Roma è la divisione in circoscrizioni territoriali.

La missione e la propagazione della Chiesa per usare due termini cari a Harnack, ha fondamento nelle città ⁽⁸⁷⁾; nel nucleo cittadino, incredibilmente popoloso riguardo alle campagne ormai colpite da una crisi demografica, l'organizzazione ecclesiastica deve trovare il suo centro, il fulcro da cui far muovere i suoi *clerici* per la propagazione del Vangelo. La città costituiva però generalmente anche il centro della vita civile, la residenza del *praeses provinciae*. Avvenne quindi che generalmente metropolita e vescovo convivessero con le autorità laiche e che, pian piano, per naturale comodità, la provincia ecclesiastica si cristallizzasse nella stessa estensione di quella amministrativa ⁽⁸⁸⁾. È chiaro però che l'organizzazione ecclesiastica recepiva e assorbiva un semplice dato esterno, materiale.

9. Ben più ardua e complessa è la questione dei rapporti tra

⁽⁸⁶⁾ Ne è un esempio tipico quel passo della prima lettera di Clemente ai Corinzi in cui si dimostra conoscenza perfetta dei vari termini e gradi dell'ordinamento militare (CLEMENTE, *I ad Corinthios*, XXXVII, 2-3).

⁽⁸⁷⁾ HARNACK, *Die Mission und Ausbreitung*, cit.; LEBRETON-ZEILLER, *L'Eglise primitive*, cit., p. 374. Che il vescovo sia vescovo « di città » è chiaro dalle fonti. Cfr. CANONES APOSTOLORUM, XXXI: « Episcopum non audere extra terminos proprios ordinationes facere in civitatibus et villis quae illi nullo iure subiectae sunt ». La diocesi si incentrava dunque nel nucleo cittadino, o in una *villa*, ossia città nascente dalla campagna, ma sarebbe inconcepibile pensarla avulsa dalla « città ».

⁽⁸⁸⁾ HEFELE-LECLERCQ, *Histoire des conciles*, cit., t. I, P. I, pp. 540-544; DUCHESNE, *Origines du culte chrétien. Etude sur la liturgie latine avant Charlemagne*, Paris, 1889, p. 12, e *Storia della Chiesa antica*, Roma, 1911, p. 285 ss. Su come lentamente l'organizzazione provinciale della Chiesa si sia andata sviluppando e fissando, cfr. LEBRETON-ZEILLER, *L'Eglise primitive*, cit., p. 373 ss.

diritto ebraico e diritto canonico ⁽⁸⁹⁾. Profondo e vario l'influsso religioso ebraico sul Cristianesimo; anzi, la dipendenza del Cristianesimo dall'ebraismo sul piano storico-religioso: « Nolite putare quoniam veni solvere legem aut prophetas: non veni solvere, sed adimplere » ⁽⁹⁰⁾.

Si capisce però che altro è il nostro problema. Ristretto il nostro esame ai rapporti tra i due ordinamenti, l'ebraico e il cristiano, possiamo, senza tema d'errore, affermare un limitato influsso di quello su questo ⁽⁹¹⁾. Del resto l'esperienza giuridico-sociale ebraica fu di per sé limitata e come importanza e come ampiezza geografica.

Limitata come importanza in quanto l'ordinamento ebraico, senza mai dar vita a un vigoroso regime statale, senza mai porsi un complesso di leggi a sua regola, rimaneva ancorato alle statuizioni mosaiche e del Vecchio Testamento in genere, offrendo testimonianza di una straordinaria esperienza religiosa più che politica. Senza contare che, al sorgere del Cristianesimo, la Palestina, confusa nell'Impero come provincia, non serbava che dei relitti storici a ricordo della indipendenza politica e giuridica. E data anche la ristrettezza geografica dell'ambiente ebraico, nel chiuso limite provinciale della Palestina, è evidente come il Cristianesimo, balzato su di un piano universale per l'attività missionaria degli Apostoli e dei loro discepoli, si dovesse ben presto liberare di eventuali residui

⁽⁸⁹⁾ Sul diritto ebraico si può vedere il recente volume di J. RABINOWITZ, *Jewish Law. Its influence on the development of Legal science institutions*, New York, 1956. Studio che tuttavia, salvo irrilevanti e casuali accenni, non tratta del nostro problema. Cfr. invece sui rapporti tra diritto ebraico e chiesa primitiva, con qualche riserva. E. KREBS, *Urkirche und Judentum*, Berlin, 1926; e più recentemente K. THIEME, *Kirche und Synagoge*, 1945, e W. MAURER, *Kirche und Synagoge*, Stuttgart, 1953.

⁽⁹⁰⁾ MATTEO, V, 17.

⁽⁹¹⁾ È inoltre da notare una costante avversione dei Padri contro il giudaismo. Contro gli ebrei scrissero Giustino, Aristide, Aristo, Apollinare Jerapolitano, Milziade, Tertulliano e Origene. E ancora certi canoni conciliari del IV secolo risentono di questa ostilità. « Si vero quis clericus vel fidelis cum judaeis cibum sumpserit, placuit eum a communione abstinere, ut debeat emendari » (*Concilium Eliberitanum* a. 305, in MANSI, t. II, c. 14). Anche su un puro piano religioso il vecchio Israele è solo un'ombra di ciò che sarà la Chiesa. La Chiesa possiede lo Spirito Santo, la Sinagoga solo la lettera. Cfr. B. STEIDLE, *Patrologia*, Friburgi Brisgoviae, 1937, p. 16. Cfr. anche G.F. MOORE, *Judaism in the first Centuries of the Christian era*, 1-3, Cambridge, 1924-32, e J. BONSIRVEN, *Juifs et chrétiens*, Paris, 1936.

ebraici che risentivano necessariamente del limite geografico, etno-grafico, sociale entro cui erano destinati ad aver vigore ⁽⁹²⁾. Purtuttavia in questo ambiente ristretto si svilupparono le prime comunità cristiane (a Gerusalemme, a Pella ecc.); come vedremo più approfonditamente oltre, da questo ambiente il Cristianesimo trasse influssi cospicui per la sua concezione della comunità locale e della Chiesa locale ⁽⁹³⁾. Più che al *collegium* la Chiesa locale, nel suo aspetto di *corpus*, sembra avvicinarsi alla sinagoga ebraica per l'intensità di legami religiosi che ne univano i membri sempre però restando indiscusso merito della Chiesa una spiccata novità di concezione e costruzione ⁽⁹⁴⁾.

10. Già con questo abbiamo fissato un primo carattere all'ordinamento della Chiesa primitiva, e cioè la sua completa autonomia nei confronti delle esperienze giuridiche precedenti (il problema di influssi del mondo germanico non può legittimamente porsi per i

⁽⁹²⁾ Ne è una riprova la cosiddetta chiesa giudeo-cristiana, ovverosia una collettività di cristiani in cui l'influsso ebraico fu decisamente prepotente, tanto da imprimere a questa comunità delle caratteristiche peculiari. Ebbene, dicevamo riprova, poiché trattasi di una « chiesa » che vive ancora per secoli una vita appartatissima nell'ambito della Chiesa universale, quasi avulsa dal ceppo generale delle comunità cattoliche e, verso la quale i Padri del secolo IV avranno parole di severità e di rampogna. Cfr. LEBRETON-ZEILLER, *L'Eglise primitive*, cit., pp. 393-395, e anche BATIFFOL, *La Chiesa nascente*, cit.

⁽⁹³⁾ ROBERTI, *Svolgimento*, cit., I, p. 244 ss; cfr. anche KOHLER KAUFMANN, *The origins of the Synagogue and the Church*, London, 1929.

⁽⁹⁴⁾ DUCHESNE, *Storia della Chiesa antica*, cit., p. 31. Ciò è tanto più comprensibile perché la sinagoga, al contrario del *collegium* pagano e come la *ecclesia*, è una comunità religiosa i cui legami interni, come legami mistici, sono necessariamente più vincolanti. Il problema è, mi sembra, perfettamente colto, in un'acuta pagina, dallo HARNACK *Die Mission und Ausbreitung des Christentums*, cit., p. 446: « Ihrem Wesen nach auf einen Bruderbund angelegt und aus den Synagogen hervorgegangen, bildeten die christlichen Vereine die lokale Organisation mit doppelter Stärke aus, fester noch, als es die jüdischen Gemeinschaften getan hatten. Eine der lokalen Organisation in ihren Bedeutung höchst förderliche Betrachtung kam noch hinzu: jede Gemeinde ist in sich abgeschlossen und ein Ganzes, ist ein Abbild der gesamten Kirche Gottes und soll sich als solches wissen und betätigen. Eine solche religiös-soziale Gemeinschaft-ohne jede politisch-nationale Unterlage, aber das ganze Privatleben umspanned-war auf griechisch-römischen Boden u.W. etwas Unerhörtes und Neues ». A parte quella eccessiva « privatizzazione » su cui Harnack insiste, possiamo senz'altro accettare quanto è sopra felicemente affermato.

primi due secoli della nostra era). Ed è un carattere che ci sarà prezioso più oltre quando parleremo dei fondamenti del concetto di unanimità canonica, per meglio inquadrare il quale converrà esaminare ancora questo ordinamento e studiarne le peculiarità.

Abbiamo sopra esaminato come e in qual senso sia legittimo parlare, a proposito della prima Chiesa, di ordinamento giuridico primitivo: nel senso cioè — ripetiamo — di un prevalere teologico sugli elementi giuridico-sociali, nel senso di una indistinzione tra il dato morale e il dato giuridico; dato giuridico che però si va sempre più chiarendo nelle fonti e nella letteratura cristiane come a sé stante.

Pertanto, estendere alla Chiesa apostolica le caratteristiche di altri ordinamenti giuridici, che, come quello dei popoli di razza germanica, possono a ragione in un senso affatto proprio esser detti primitivi, non è né legittimo, né giustificabile. Nel mondo barbarico troviamo totale assenza di una legge scritta (le prime redazioni scritte delle consuetudini, sollecitate da motivi politici, risalgono al V secolo d.C. ⁽⁹⁵⁾), con totale preponderanza dell'elemento consuetudinario, che si tramandava oralmente e che si sviluppava con estrema facilità nell'ambito dei particolari gruppi sociali; frammentarismo di questi gruppi sociali legati da un semplice vincolo associativo, con un grossolano e informe concetto di gerarchia e di autorità. La Chiesa, anche nei primi secoli, non ha niente in comune, sia pur minimamente, con un simile ordinamento. E diciamo di più: potrebbero sembrare a taluno anche superflui questi accenni se non fossero state avanzate in tal senso delle affermazioni arrischiate ⁽⁹⁶⁾.

La Chiesa è un ordinamento alla cui base stanno, come fonda-

⁽⁹⁵⁾ B. PARADISI, *Storia del diritto italiano. Le Fonti nel basso impero e nella epoca romano-barbarica*, Napoli, 1951, p. 243 ss.

⁽⁹⁶⁾ Ci riferiamo a certe affermazioni del RUFFINI AVONDO, che, pur scorto e sommariamente delineato il vero fondamento della unanimità canonica, tradisce qualche incertezza (*Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., pp. 34-35, dove si tirano in questione elementi « sociologici » che non possono che confondere il chiaro concetto ecclesiastico) e accomuna « l'unanimità, con cui le assemblee del tempo di Omero, le comunità dei fedeli nelle diocesi del primo millennio circa della storia della Chiesa, o le tribù armate dei popoli barbari del nord eleggevano rispettivamente i loro duci, i loro vescovi, i loro re » (*Il principio maggioritario nelle elezioni dei Re e Imperatori romano-germanici*, cit., p. 395).

mento, delle precise leggi scritte. La Scrittura quale *jus divinum* è la vera norma base del primo ordinamento canonico, i cui precetti teologici acquistano un preciso, cosciente valore giuridico, come appare evidente dalla Patristica e dai canoni dei vari concili ⁽⁹⁷⁾. Canone inderogabile, o, come diranno poi i canonisti, *jus non ab Ecclesia constitutum*, ma *ab Ecclesia propositum*, il diritto divino è *lex* nell'ambito della Chiesa, anzi *lex* per eccellenza ⁽⁹⁸⁾.

Da quel punto fermo che è, storicamente, la vita terrena del Cristo, e da quel punto altrettanto fermo che è la legge scritta, inderogabile del Vecchio e, più ancora, del Nuovo Testamento, si sviluppa la vita della Chiesa. La certezza del suo diritto, i limiti precisi del suo ordinamento, la sua stessa costituzione, il suo fine, la sua attività hanno il loro inequivocabile fondamento nella voce teologica della Bibbia che, assai lentamente, ma altrettanto sicuramente si cristallizza in statuizioni giuridiche.

Al concetto di una legge scritta inderogabile ⁽⁹⁹⁾ il primo ordinamento canonico unì, sin dai primordi, altri concetti ben precisati e che chiaramente si spiegano in una società teologica come la Chiesa: unità, autorità, gerarchia.

Troppo prezioso sarà per noi, ai fini della nostra ricerca, il concetto di *unitas Ecclesiae*, motivo per cui preferiamo parlarne più oltre e più diffusamente. Ci basti qui dire come su questa fonda-

⁽⁹⁷⁾ SOHM, *Kirchenrecht*, cit., p. 159; FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, cit., p. 26; LE BRAS, *Prolégomènes*, cit., pp. 49-50 (che cita Bacone: « hoc ius non est nisi explicatio voluntatis Dei in scriptura »).

⁽⁹⁸⁾ È significativo che, più di una volta, TERTULLIANO usi (*Apologeticum*, XLVII, 3; *Adversus Marcionem*, IV, III, 4 e V, 3) la parola *Digestum* a indicare i Vangeli. Ed è altrettanto significativo, come già abbiamo osservato, l'uso della parola *reatus* a indicare infrazioni allo *ius divinum* (*Apologeticum*, III; *De Idololatria*, I).

⁽⁹⁹⁾ Accanto alla *lex divina* si costituì poi, come abbiamo veduto nel primo paragrafo, un complesso di fonti assolutamente proprie della Chiesa, e in cui si raccoglieva la Tradizione ecclesiastica: le opere dei *Patres apostolici*, il Pastore di Erma, la Didachè, la *Traditio* di S. Ippolito, la Didascalìa, la produzione apologetica. Da un punto di vista metodologico abbiamo più sopra esaminato diffusamente tutta questa letteratura; ci basti qui ripetere come tutte quelle raccolte e quegli scritti patristici contribuivano validamente alla costruzione del sistema giuridico della Chiesa, soprattutto in campo dottrinale e disciplinare e costituivano le prime sistemazioni scritte e praticamente concepite di quel diritto che trovava le sue norme essenziali e primigenie nella Scrittura.

mentale e dominante concezione della prima costituzione cristiana si costruirono logicamente gli altri concetti essenziali di autorità e gerarchia. In vista di quell'unità si fissa il primato della Chiesa di Roma e del Vescovo di Roma; e l'episcopato, come organo dell'unità e della disciplina, acquista la sua fisionomia peculiare entro le varie circoscrizioni territoriali ⁽¹⁰⁰⁾. Autorità e gerarchia sono viste come mezzi per il raggiungimento dell'unità: l'epistola prima di Clemente Romano è, in tal senso, chiarissima.

11. Ci siamo così attardati nell'esame delle peculiarità dell'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva in vista di meglio poter spiegare poi il concetto canonico di *unanimitas*. A questo scopo anzi ci sia consentito di illustrare due punti essenziali, oltre quelli già toccati, che sono propri di questo ordinamento: e cioè lo sfavore per la consuetudine e lo sfavore verso l'elemento laico e popolare ⁽¹⁰¹⁾.

Sono, le nostre, affermazioni generali, ma, lungi dal volere dogmatizzare e schematizzare una diversa realtà storica, nonostante le varie e spesso non univoche espressioni dei Padri e dei canoni, ci sembra che tale debba essere la conclusione da trarsi dall'insieme delle fonti. E cercheremo di documentare il nostro assunto.

Un generale sfavore verso la consuetudine è, secondo noi, nettamente individuabile in questa prima produzione canonica ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. le belle, sintetiche pagine del FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, cit., soprattutto, sui rapporti tra vescovo e fedeli, pp. 31-32 e tra vescovi e comunità, *ecclesia locale*, p. 33. La comunità cristiana era veramente fondata « auf eine von ihnen abgeleitete, lebende Autorität, den Bischof, als Glied apostolischer Sukzessionsreihe und Träger der urchristlichen Überlieferung. So konnten den Angriffen der Irrlehrer nicht nur Bücher und Lehren, sondern auch lebendige Persönlichkeiten entgegensteilt werden » (p. 33). Cfr. anche PLÖCHL, *Geschichte*, cit., p. 58; I. COLSON, *L'Evêque dans les communautés primitives. Tradition paulienne et tradition johannique de l'Épiscopat des origines à saint Irénée*, Paris, 1951; H. VON CAMPENHAUSEN, *Kirchliches Amt und geistliche Vollmacht in den ersten drei Jahrhunderten*, Tübingen, 1953.

⁽¹⁰¹⁾ Riprenderemo più avanti quanto siamo per dire, quando dovremo occuparci dei rapporti tra consuetudine e tradizione, e *unanimitas* e *pars*, e quando dovremo respingere un concetto di unanimità costruito su basi democratiche, popolari.

⁽¹⁰²⁾ Una obiezione è stata mossa dal CALASSO (*Medio Evo del diritto*, cit., p. 199) alla concezione del BRIE (*Die Lehre von Gewohnheitsrecht*, I, Breslau, 1899) che, come noi, intravede uno sfavore da parte della Chiesa all'elemento consuetudinario: che cioè la particolare dottrina canonica della consuetudine fosse affermata « non per diffidenza

Vorremmo anzi dire che lo sfavore del *Codex* benedettino verso l'elemento consuetudinario del diritto ⁽¹⁰³⁾ trova il punto fermo di origine in questa letteratura della cristianità primitiva. La dottrina canonistica della consuetudine — malgrado quanto in contrario sia stato affermato dai dogmatici ⁽¹⁰⁴⁾ — è *in nuce* chiaramente presente nella Apologetica, che fissa i due requisiti perché quella possa elevarsi a fonte di diritto: *rationabilitas* e corrispondenza alla *veritas*, cioè conformità al diritto divino e al diritto naturale ⁽¹⁰⁵⁾.

Proprio in questo ordine di idee Tertulliano, che nel *De Corona* traccia un non sempre chiaro e univoco profilo della *consuetudo*, ci dà una netta, immodificabile gerarchia delle fonti dell'ordinamento ecclesiastico: « Harum et aliarum eius modi disciplinarum si legem expostules, scripturam nullam leges, traditio tibi praetendetur auctrix et consuetudo confirmatrix » ⁽¹⁰⁶⁾. La consuetudine si vede

o sfavore contro la consuetudine, ma semplicemente in conseguenza dei presupposti dai quali moveva tutta la sua concezione etica ». Ora ci sembra chiaro, e lo illustreremo nel testo, che lo sfavore di cui parliamo trova la sua causa e la sua origine proprio in quei presupposti dell'etica della Chiesa. Né puntare su questi può significare escludere quello. Anzi, a nostro avviso, v'è un preciso rapporto di dipendenza e causalità.

⁽¹⁰³⁾ C.I.C.: « Consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis superioris ecclesiastici unice obtinet » (c. 25); « Communitas quae legis ecclesiasticae saltem recipiendae capax est, potest consuetudinem inducere quae vim legis obtineat » (c. 26); « Iuri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest aliquatenus derogare, sed neque iuri ecclesiastico praeiudicium affert, nisi fuerit rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos praescripta » (c. 27). Sulla dottrina canonistica della consuetudine, in generale, cfr. J. TRUMMER, *Die Gewohnheit als kirchliche Rechtsquelle*, Wien, 1932; A. VAN HOVE, *De consuetudine*, in *Commentarium Lovaniense in C.I.C.*, Malines-Roma 1933; ID., *Coutume*, in *Dictionnaire de droit canonique*, Paris, XXI, coll. 731-755 (ivi citata una bibliografia esauriente sull'argomento).

⁽¹⁰⁴⁾ Per esempio da A. BERTOLA voce *Consuetudine*, in *Enciclopedia cattolica*.

⁽¹⁰⁵⁾ ASTUTI, *Lezioni*, cit., p. 281. Sulla consuetudine nella patristica l'unico studio, da accettarsi però con più di una riserva, è, per quanto ne sappiamo, quello di F. FLUMENE, *Il valore della consuetudine quale fonte normativa nella Patristica latina e greca. Appunti*, in *Studi Sassaresi*, s. II, vol. II (1923).

⁽¹⁰⁶⁾ TERTULLIANO, *De Corona*, 4. Cfr. anche *De Corona*, 3: « Observationem inveteratam ... si nulla scriptura determinavit, certe consuetudo corroboravit, quae sine dubio de traditione manavit. Quomodo enim usurpari quid potest, si traditum prius non est?... »; « sine ullius scripturae instrumento solius traditionis titulo et exinde consuetudinis patrocinio vindicamus ». E nel *De virginibus velandis*: « consuetudo, initium ab aliqua ignorantia vel simplicitate sortita, in usum per successionem corroboratur et ita adversus veritatem vindicatur. Set dominus noster Jesus Christus veritatem se, non

relegata su di un piano confirmatorio (*consuetudo secundum legem*); essa è concepita come osservanza della Tradizione che nell'esistenza della Tradizione trova il suo fondamento. Questo rapporto di subordinazione è il legame più concreto che lega *Traditio* a *consuetudo*. Altrimenti Tradizione e consuetudine vivono e si sviluppano su terreni e su fondamenti diversi ⁽¹⁰⁷⁾.

L'ostilità dell'ordinamento della Chiesa primitiva per l'aspetto consuetudinario del diritto si giustifica proprio dato il particolare terreno in cui essa consuetudine nasce.

Quale ripetersi innumerevole di atti osservato da un gruppo sociale, la consuetudine è la tipica espressione della vita così come è vissuta dall'aggregato sociale stesso, da una moltitudine inqualificata e inesperta di persone. La Chiesa, ponendosi sin dai primissimi tempi come un ordinamento teologico dalle salde basi ierocratiche, dovette vedere nei *mores fidelium* un pericolo alla sua unità dogmatica, un eccessivo affiorare di esigenze di natura non solo locale e particolare (riprenderemo più avanti questo accostamento tra consuetudine e *pars*), ma anche estranea alle sue rigide basi dottrinarie. E ciò tanto più in una società come quella della Chiesa anteriormente al 313, ovvero in una comunità martoriata dalle persecuzioni, lentamente avviata ad una sua organizzazione e minacciata all'interno dal letale pericolo della disunione. E questo discorso è tanto più valido in quanto dalle nette e sfavorevoli posizioni alla consuetudine proprie dell'Apolegetica e soprattutto di Cipriano ⁽¹⁰⁸⁾, il teorico dell'unità, si passa ad un certo favore per essa nei

consuetudinem cognominavit... quodcumque adversus veritatem sapit, hoc erit haeresis, etiam vetus consuetudo ». Sulla consuetudine in Tertulliano, cfr. DE LABRIOLLE, *Tertullien jurisconsulte*, cit., p. 20 ss., e i brevi accenni di L. PROSDOCIMI, *Observantia. Ricerche sull'aspetto consuetudinario del diritto dai Commentatori alla Scuola storica. I. I commentatori e i Pratici italiani*, Milano, 1956, pp. 111-113.

⁽¹⁰⁷⁾ Non è giustificabile, a nostro avviso, l'accostamento che di *Traditio* e *consuetudo* fa il CALASSO, *Medio Evo del diritto*, cit., p. 171, nota 12, parlando troppo semplicemente di « diritto consuetudinario ». Cfr. del resto LE BRAS, *Prolégomènes*, cit., p. 51, dove il problema è rettamente impostato.

⁽¹⁰⁸⁾ CIPRIANO, *Epist.*: « neque enim hominis consuetudinem sequi oportet, sed Dei veritatem » (LXII, 14); « non est autem de consuetudine praescribendum, sed ratione vincendum » (LXXI, 3); « nec consuetudo quae apud quosdam obrepserat impedire

canoni conciliari ⁽¹⁰⁹⁾; la concezione ciprianea era visibilmente influenzata da una situazione storica e politica che era tanto mutata nei secoli IV e V, ossia quando Agostino scriveva le sue opere ⁽¹¹⁰⁾.

È invece l'idea di *Traditio*, di Παράδοσις, di Tradizione insomma, quella su cui l'Apologetica insiste come vera *fons divini juris*. All'inizio non netto e concettualmente elaborato, ma tuttavia presente, il principio della Tradizione è costante perfino nei Padri apostolici « sous le triple aspect de dépôt transmis, de magistère vivant et de transmission par successions » ⁽¹¹¹⁾. E ci sia consentito, proprio ai fini della nostra specifica materia, di esaminare l'evoluzione che il concetto subisce nei primi tre secoli: infatti vedremo quanto legati siano *Traditio* e *unanimitas*.

È nelle lettere di Ignazio che l'insegnamento attuale della Chiesa e della gerarchia episcopale viene considerato come una realtà sola con quello del Cristo ⁽¹¹²⁾, e che per la prima volta con perspicuità nuova la Tradizione è veduta sotto l'aspetto di trasmissione per successione ⁽¹¹³⁾.

È caro a tutta l'Apologetica questo concetto di Παράδοσις come deposito prezioso ricevuto dagli Apostoli e fedelmente conservato dalle comunità attraverso la ininterrotta serie della gerarchia episcopale ⁽¹¹⁴⁾. Questa unità storica dell'episcopato, che lo riattacca alle

debet quo minus veritas prevaleat et vincat » (LXXIV, 9); « quasi consuetudo maior sit veritate » (LXXIII, 13), e anche LXXIV, 10 e LXXV, 19.

⁽¹⁰⁹⁾ Avremo modo di documentare più sotto al § V, n. 18.

⁽¹¹⁰⁾ AGOSTINO, *Epist. XXXVI Casul. Presbytero*: « in his enim rebus de quibus nihil certi statuit Scriptura divina, mos populi Dei vel instituta majorum pro lege tenenda sunt ».

⁽¹¹¹⁾ D. VAN DEN EYNDE, *Les normes de l'enseignement chrétien dans la littérature patristique des trois premiers siècles*, Gembloux-Paris, 1933, p. 53.

⁽¹¹²⁾ M. WINKLER, *Der Traditionsbegriff des Urchristentums bis Tertullian*, München, 1897, p. 37.

⁽¹¹³⁾ REYNDEERS, *Paradosis. Le progress de l'idée de tradition jusqu'à saint Irénée*, in *Recherches de théologie ancienne et médiévale*, 1933, p. 155 ss., e A. MICHEL, *Tradition*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, t. V, p. 1, Paris, 1946, coll. 1259 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Tra le numerose citazioni che potrebbero farsi cfr. IRENEO, *Adversus haereses*, II, IX, 1 (« Ecclesia... hanc accepit ab apostolis traditionem ») e così III, I, 1; III, II, 2; III, III, 3 (è qui che Ireneo esamina uno per uno tutti i successori di Pietro); IV, XXVI; V, XX, 1. Cfr. TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 37 (« ut veritas nobis adjudicetur, quicumque in ea regula incedimus, quam ecclesiae ab apostolis, apostoli a

fonti vive del Cristo e dei suoi primi discepoli, è garanzia insuperabile: la successione storica, che gli apologeti amano ripetere a testimonianza, è il vincolo e, direi di più, il mezzo, per cui la *vox Ecclesiae* nella persona dei suoi preposti diviene *vox Christi*.

Già di qui si capisce come ogni avvicinamento che possa o voglia farsi fra Tradizione e Consuetudine costituirebbe un'assurdità. Il concetto di Tradizione è un concetto meramente e altamente ierocratico. E giustamente Cipriano insiste sul fatto che i Vescovi, la cui potestà è da Dio e che hanno ricevuto lo Spirito di Dio, hanno essi soprattutto il sacro deposito della Tradizione. La loro diretta successione dagli Apostoli garantisce della *veritas* di quella. E questa successione porta necessariamente a configurare la Παράδοσις canonica come un qualcosa di chiuso, di superiore, sottratto alle influenze e all'attività dei fedeli e, forse, potremmo anche dire del clero minore.

Questo ordinamento « primitivo » che ha alla base una legislazione scritta e che, ripudiando, o almeno non favorendo, ogni aspetto consuetudinario, si incardina in un concetto di Tradizione, tale quale

Christo, Christus a Deo tradidit... ») e CIPRIANO, *Epist.*, LV, 24. È palese in tutti i testi apologetici l'urgente necessità di risalire agli apostoli e al Cristo per farsi scudo e arma delle loro parole (vedi TERTULLIANO, *De praescript.*, 22: « superest ergo ut demonstremus an haec nostra doctrina, cuius regulam supra edidimus, de apostolorum traditione censeatur »), e di affermare e proclamare *erga omnes* la diretta successione, storicamente provata e provabile, che univa la Chiesa del II e III secolo addirittura a Dio attraverso gli Apostoli e il Cristo (così TERTULLIANO *De praescript.*, 37: « ecclesiae ab apostolis, apostoli a Christo, Christus a Deo tradidit »). E questo legame tra la fonte del diritto divino e la società ecclesiastica è l'ininterrotta serie dei vescovi, che risalgono a Gesù e alla sua istituzione. TERTULLIANO (*De praescript.*, 32) può con orgoglio affermare agli eretici in una vigorosa invettiva: « edant ergo origines ecclesiarum suarum, evolvant ordinem episcoporum suorum ita per successionem ab initio decurrentem ut primus ille episcopus aliquem ex apostolis vel apostolicis viris, qui tamen cum apostolis perseveraverit, habuerit auctorem et antecessorem. Hoc enim modo ecclesiae apostolicae census suos deferunt, sicut Smyrnaeorum ecclesia Polycarpum ab Johanne collocatum refert, sicut Romanorum Clementem a Petro ordinatum edit. Perinde utique et ceterae exhibent, quos ab apostolis in episcopatum constitutos apostolici seminis traduces habeant ». A questo proposito anche IRENEO, *Adversus haereses*, I, XXVII, I. È interessante, anche ai nostri fini, questa letteratura per cui tutta la costituzione della Chiesa, tutta la sua dottrina poggia sull'autorità episcopale, secondo una concezione ierocratico-teologica (che esamineremo meglio nel prossimo paragrafo) che poneva gli investiti dei poteri su di un piano diverso e più alto, singolarmente partecipi della Grazia divina in un *ordo* chiuso e alla cui origine è Dio stesso.

abbiamo poco avanti esaminato, non poteva mostrarsi favorevole verso l'elemento popolare e laico, o meglio doveva confinarne l'attività ai margini della comunità. Il carattere decisamente ierocratico dell'ordinamento della Chiesa post-apostolica lo giustifica.

Una testimonianza di tutto ciò viene offerta a noi dall'esame della « partecipazione » dei fedeli alla vita costituzionale della Chiesa, e soprattutto alle elezioni vescovili. L'argomento è grosso e la contraddittorietà di certe fonti ha suscitato una letteratura assai vasta in proposito specialmente qualche decennio fa ⁽¹¹⁵⁾.

È appena il caso di dire che il problema a stento ci tocca, e ci tocca solo perché può fornirci una nota caratteristica dell'ordinamento giuridico della cristianità primitiva che si pone come presupposto della nostra *unanimitas*.

Possiamo affermare che, in perfetta armonia con le linee essenziali di tutto il suo ordinamento, la Chiesa non attribuisce valore costitutivo alla *voluntas fidelium* ⁽¹¹⁶⁾.

È un dato che, nella concezione canonica, è l'Iddio stesso che elegge; e i membri del *collegium* divengono meri strumenti od espressioni del divino volere ⁽¹¹⁷⁾. Questa concezione sacrale e

⁽¹¹⁵⁾ Oltre i cenni contenuti nelle opere generali e citate alla nota ci basta qui rinviare alla erudita e diligente trattazione che ne fa il THOMASSIN, *Vetus et nova ecclesiae disciplina circa beneficia et beneficiarios*, Parisiis, 1688, t. II, lib. II, p. 1 ss., a HEFELE, *Die Bischofswahlen in den ersten christlichen Jahrhunderten*, in *Beitraege zur Kirchengeschichte*, I (1864), a F.X. FUNK, *Bischofswahl im christlichen Altertum und im Anfange des Mittelalters*, in *Kirchengeschichtliche Abhandlungen und Untersuchungen*, I (1897), a E. GOELLER, *Die Bischofswahl bei Origenes*, in *Ehrengabe der deutschen Wissenschaft*, Freiburg, 1920. Studi ottimamente documentati e criticamente ineccepibili sono i pregevoli lavori di C. MAGNI, *Ricerche sopra le elezioni episcopali in Italia durante l'alto Medioevo*, Bologna, 1928, e di F.L. GANSHOF, *Note sur l'élection des évêques dans l'empire romain au IV^e et pendant la première moitié du V^e siècle*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, III (1950) (*Mélanges Fernand De Visscher*, III). Si tralascia di menzionare gli studi di Hanck, Imbart de La Tour, Boucharlat, Doizé, Vacandard, Mollat, Schmid perché riguardanti in prevalenza diversi periodi. Si troveranno citati in E. ROLAND, *Election des évêques*, in *Dictionnaire de théologie catholique*; tuttavia per una visione organica e sintetica del problema e per una sua serena e maggiormente chiara e lucida impostazione è preferibile F. PRAT, *Evêques, I: Origine de l'Episcopat*, in *Dictionnaire de théologie catholique*.

⁽¹¹⁶⁾ Nell'ordinamento canonico positivo il *populus fidelium* è affatto privo di *potestas jurisdictionis*.

⁽¹¹⁷⁾ Su questo concetto di elezione cfr. più avanti al § IV.

teologica del negozio elettivo è costante nella storia del diritto della Chiesa. Mille secoli dopo il nostro periodo, nel 1215, il IV Concilio Lateranense parlerà ancora di una *electio per inspirationem* riferendosi alla procedura *per unanimitatem* ⁽¹¹⁸⁾.

Iddio dunque elegge, in Lui si articola la vita costituzionale della Chiesa. In tal caso la volontà idonea ad esprimere il volere divino non può essere che quella dei Vescovi, « quorum potestas a Deo » e che « repleti sunt Spiritu Eius » ^(118 bis).

È questo iato stesso, profondo e incolmabile, che separa il *populus fidelium* dai successori degli apostoli a fare della società ecclesiastica — non solo primitiva — una società basata su un *ordo* spiritualmente superiore. E ancora: come sarebbe pensabile che i laici possano essere elettori attivi? La qualità degli eletti rispecchia la qualità degli elettori, e poiché l'eletto deve essere il più degno ⁽¹¹⁹⁾, è evidente che solo i *digniores* possano essere i veri e propri elettori. Né v'ha dubbio che *digniores* dei laici siano i *presbyteri*; e gli *episcopi digniores* dei preti.

Le fonti del nostro periodo ⁽¹²⁰⁾ ci sembrano documentare pienamente il nostro assunto ⁽¹²¹⁾: e Cipriano, con terminologia

⁽¹¹⁸⁾ MANSI, t. XXII, 1011, c. XXIV.

^(118 bis) È ovvio — insegna il THOMASSIN (*Vetus et nova ecclesiae disciplina*, cit., t. II, 1. II, p. 11) — che i vescovi avessero gran parte nella elezione perché « solos pene in episcopos ea coelestis sapientiae copia exuberat ».

⁽¹¹⁹⁾ Sul requisito della *dignioritas* cfr. al § VI.

⁽¹²⁰⁾ Teniamo però a precisare del nostro periodo, poiché in epoca più tarda il dettato delle fonti non è più così univoco, influenzato dai rapporti con lo Stato e con la società civile, e dalle nuove situazioni storico-giuridiche e politiche.

⁽¹²¹⁾ Tra la numerosa documentazione ci sia consentito riportare questi testi assai significativi perché provenienti dai due massimi codificatori della dottrina canonica. ORIGENE, *In Levitic. homil.*, VI, 3: « Licet ergo Dominus de constituendo pontifice praecepisset et Dominus elegisset, tamen convocatur et synagoga. Requiritur enim in ordinando sacerdote et praesentia populi ut sciant omnes et certi sint quia qui praestantior est ex omni populo, qui doctior, qui sanctior, qui in omni virtute eminentior, ille eligitur ad sacerdotium, et hoc adstante populo, ne qua postmodum retractatio cuiquam, ne quis scrupulus resideret. Hoc est autem quod et Apostolus praecepit in ordinatione sacerdotis, dicens: Oportet autem illum et testimonium habere bonum ab his qui foris sunt ». « Ego tamen et amplius aliquid video in eo quod dicit, quia convocavit Moyses omnem synagogam, et puto quod convocare synagogam hoc sit colligere omnes animi et in unum congregare virtutes, ut cum sermo de sacerdotalibus sacramentis habetur, vigilent omnes animi virtutes, et intentae sint, nihil in eis sapientiae, nihil scientiae, nihil

acuta e pregnante, ci parla di un *divinum iudicium*, di un *populi suffragium*, di un *coepiscoporum consensus* ⁽¹²²⁾. Che per *suffragium*, nel pensiero di Cipriano, debba intendersi una espressione di desiderio, un vero e proprio *votum* di fronte a cui però giudicheranno i

desit industriae, sed adsit omnis multitudo sensuum, adsit omnis congregatio sanctorum cogitationum, ut quid sit pontifex, quid unctio, quae indumenta eius conferens intra sacrarium cordis sui ponit advertere ». Questo passo, che commenta *Levit.*, VIII, 4, 5, è per noi molto importante: innanzi tutto per chiarirci la funzione dell'elemento popolare nell'elezione vescovile; in secondo luogo perché vi si esprime ripetutamente un principio che, come vedremo, sarà immanente in tutta la Chiesa primitiva: quello dell'esigenza della elezione del più degno; in terzo luogo perché, ribadito il principio canonico della elezione da parte della divinità, vi si chiarisce a sufficienza il fondamento del canone unanimitario.

L'altro passo che dobbiamo qui riportare è di CIPRIANO, *Epist.*, LXVII, 5: « Propter quod diligenter de traditione divina et apostolica observatione servandum est et tenendum quod apud nos quoque et fere per provincias universas tenetur, ut ad ordinationes rite celebrandas ad eam plebem, cui praepositum ordinatur, episcopi eiusdem provinciae proximi quique convenient et episcopus deligatur plebe praesente quae singulorum vitam plenissime novit et uniuscuiusque actum de eius conversatione perspexit ». Anche qui si insiste sulla testimonianza che il popolo deve rendere, in una sorta di comunione liturgica coi celebranti il ministero sacro dell'elezione; tipica dimostrazione di quel concetto comunitario e liturgico insieme che anima tutta la vita sociale della Chiesa primitiva nel suo tessuto di *fraternitas* (vedi W. HILDEBRANT, *Das Gemeindeprinzip der christlichen Kirche*, Zürich, 1951, p. 30). Cfr. sempre nelle epistole cipriane, XLIV, 3; LV, 8; LIX 5-6; LXVII, 3; LXVIII, 2. Del resto è in tal senso la concordia delle fonti; e questo fin dai tempi apostolici (cfr. la copiosa documentazione recata dal ROLAND, *Election des évêques*, cit., c. 2256). Eloquenti in tal senso anche CLEMENTE, *I ad Corinthios*, XLIV. Significativo anche che il concilio di Nicea non solo non faccia alcuna allusione alla partecipazione popolare, ma stabilisca anzi (c. 4) che il vescovo sia scelto da tutti i vescovi della provincia (sul canone niceno e sulle successive affermazioni dei concili di Antiochia, Sardica e soprattutto sul netto, inequivocabile insegnamento del concilio di Laodicea, che sembra anzi negare ogni partecipazione del *populus fidelium* alle elezioni vescovili, si veda sempre ROLAND, *Election des évêques*, cit., cc. 2257-2258). L'unica fonte esplicitamente contraria a questo assunto è, per quanto ne sappiamo, la TRADIZIONE APOSTOLICA di S. Ippolito che, al cap. XXXI afferma: « episcopus ordinetur electus ab omni populo ». Non crediamo si debba dare eccessiva importanza a questa fonte solitaria e tanto discussa. Malgrado gli studi del Connolly e del Botte molte perplessità sorgono dall'esame di questa raccolta, il suo autore resta ancora misteriosamente nell'ombra e le dispute, iniziate già nel XIX secolo tra il Funk e lo Achelis, lungi dal sopirsi dopo le ultime, recenti enunciazioni del BOTTE (*Hippolyte de Rome*, cit.), si sono anzi accentuate. Del resto, sul testo del cap. XXXI, si vedano gli eloquenti ed opportuni richiami critici dello SCHERMANN, *Die allgemeine Kirchenordnung*, cit., p. 37.

⁽¹²²⁾ CIPRIANO, *Epist.*, LVIII, 5.

vescovi, lo dimostrano, oltre all'insieme generale delle fonti, le recenti, puntuali ricerche del Ganshof, che studiando le elezioni episcopali del IV e del V secolo ⁽¹²³⁾, conclude, sulla scorta di una ineccepibile documentazione, che, se per il collegio episcopale della provincia si ha un vero *judicium*, per i fedeli e il basso clero è più corretto parlare di *testimonium* e di *petitio* ⁽¹²⁴⁾.

Funzione dunque, quella del *coetus fidelium*, puramente strumentale. Nella costante esigenza della elezione del più degno, la Chiesa affida al popolo, che conosce la vita e i costumi dell'eligendo, la funzione di attestarne questa dignità: « εἰ μαρτυρεῖται ὑπὸ πάντων ἄξιός ἐῖναι » ⁽¹²⁵⁾. Quindi necessità della presenza del popolo e del clero alla elezione, ma in funzione particolare e marginale, insomma ben limitata ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²³⁾ Abbiamo citato questo eccellente documentatissimo lavoro alla nota 115.

⁽¹²⁴⁾ GANSHOF, *Note*, cit., p. 494 (ivi copiosa citazione di testi); cfr. anche HEFELE-LECLERCQ, *Histoire*, cit., t. I, I, pp. 544-545, e OLIVERO, *Lineamenti del diritto elettorale nell'ordinamento canonico*, cit., p. 246. Già nella DIDASCALIA (c. IX) è scritto: « et si ab omnibus tale testimonium habet, constituatur episcopus in pace ».

⁽¹²⁵⁾ CONSTITUTIONES APOSTOLORUM, VIII, 4; GANSHOF, *Note*, cit., p. 470.

⁽¹²⁶⁾ Da ultimo è tornato con singolare ampiezza sull'argomento P.G. CARON, *I poteri giuridici del laicato nella Chiesa primitiva*, Milano, 1948. E potremmo anche accettare quanto l'autore afferma, che cioè « vi era sì fin da quell'epoca una differenziazione indubbiamente marcata fra i vari gradi della gerarchia, fra il clero e il laicato: ma tale differenziazione era allora assai meno pronunciata di quanto essa non sia attualmente », e pertanto, nei primi secoli della Chiesa, non può parlarsi di una esclusione dei laici dalle potestà di governo e di magistero ecclesiastico » (p. 101). Infatti noi stessi parliamo di sfavore, ma non di esclusione, il che sarebbe contro la lettera delle fonti. Che poi, attualmente, l'ordinamento del C.J.C. sia assai più restrittivo, lo prova il fatto che, se per le elezioni episcopali dei primi secoli, è lecito parlare di partecipazione dei laici (salvo poi vedere che cosa si intenda realmente), ciò sarebbe impensabile data la struttura attuale del *ius publicum ecclesiasticum*. Piuttosto non crediamo che sia legittimo fondare, come fa il Caron (p. 99), buona parte delle sue conclusioni su quel notissimo appellativo di « regale sacerdotium » che troviamo nella I LETTERA DI S. PIETRO (II, 9) riferito a tutti i cristiani: espressione mistica, che veniva a caratterizzare il popolo cristiano, la cristianità intera, di fronte ai gentili. E di fronte a questi ogni cristiano era ed è *sacerdos*, missionario, e il suo sacerdozio, proveniente da Dio, è pertanto regale. Affermazione troppo generica, indistinta, palesemente senza un substrato giuridico o teologico. Né in senso diverso le note affermazioni di Tertulliano riportate dal Caron (p. 100): « Nonne et laici sacerdotes sumus? Scriptum est: Regnum quoque nos et sacerdotes Deo et Patri suo fecit [APOC., I, 6] Differentiam inter ordinem et plebem constituit ecclesiae auctoritas, et honor per ordinis consessus sanctificatus. Adeo ubi ecclesiastici

Possiamo ora tirare le fila del nostro discorso; l'ordinamento giuridico della Chiesa non può definirsi, almeno nel modo come comunemente lo intendiamo, un ordinamento primitivo. La folla, l'elemento popolare, la consuetudine, i *mores*, il frazionamento degli aggregati sociali, il valore delle situazioni di fatto e delle persone fisiche; tutti questi, che sono caratteri di una organizzazione primitiva, non si riscontrano nella vita della Chiesa. Alla folla si contrappone una ristretta gerarchia investita di poteri e diritti secondo statuizioni divine; a una consuetudine umana si contrappone una Tradizione che riposa e si afferma solo nell'ambito di quella gerarchia; al frazionamento sociale si contrappone una unità teologica e giuridica, dogmatica e organica di tutta la Chiesa.

Non si creda che ci siamo eccessivamente attardati a delineare questo ordinamento; proprio dalle sue peculiarità vedremo scaturire l'originale concetto di unanimità canonica, e lo riscontreremo fondato su basi affatto diverse da quello germanico.

B) « *Unitas Ecclesiae, Corpus Ecclesiae* »

12. Abbiamo finora, ma sempre vagamente, accennato alla essenzialità di due concetti nell'ordinamento della Chiesa primitiva: unità della Chiesa e struttura di essa quasi corpo. Vogliamo pertanto ora approfondire su questo punto la nostra indagine prima di passare all'esame del concetto di *unanimitas*. E conviene qui pre-

ordinis non est consensus, et offers, et tinguis, et sacerdos es tibi solus. Sed ubi tres, Ecclesia est, liceat laici. Unusquisque enim vivit fide sua, nec est personarum exceptio apud Deum; quoniam non auditores legis justificantur a Domino, sed factores » (*De exhortatione castitatis*, 7). Posta netta e chiara la distinzione tra *ordo* e *plebs*, Tertulliano vuol dimostrare come tutto il popolo cristiano possa giustificarsi di fronte a Dio solo nella sua veste attiva e fattrice, o, come diremmo noi con parola abusata nella pratica, di apostolato. Sacerdozio sì dunque, ma affermato in un senso che non ci permette alcuna illazione verso un favore dell'elemento popolare nella costituzione della Chiesa primitiva: ogni cristiano è apostolo del Cristo, e come membro del corpo mistico di Cristo, che è la Chiesa, può ben dirsi sacerdote. Il che potrebbe essere ed è anzi spesso affermato oggi nei nostri trattatelli di edificazione mistica e di apologetica. D'altronde la nostra affermazione si basa sul senso generale delle fonti, sul coordinamento cioè di testi non univoci, ma che inclinano a un marcato sfavore verso l'elemento popolare, riducendo la sua partecipazione a una funzione puramente strumentale, di controllo, anche se non assolutamente passiva.

mettere che cercheremo di cogliere in questi concetti, che nascono — com'è ovvio — sul terreno teologico, gli aspetti o gli elementi interessanti per il giurista, trascurando in generale l'immensa letteratura mistico-teologica intorno alla unità della Chiesa e al *corpus mysticum*.

Né ci attarderemo in una indagine approfondita della dottrina paolina del *corpus mysticum*: essa è stata oggetto di un accurato studio del Roberti, sotto il profilo giuridico ⁽¹²⁷⁾ e di una ampia trattazione generale del Mersch, il quale si è soffermato particolarmente sul profilo teologico ⁽¹²⁸⁾. Ciò spiega come i nostri accenni alla dottrina di S. Paolo siano volutamente brevi, e come, d'altro lato, abbia speciale ampiezza la trattazione che dedicheremo alla letteratura apologetica.

È il caso anche di aggiungere che ciò significa introdursi in un ordinamento giuridicamente più evoluto dove il concetto teologico ha subito in tal senso una elaborazione lenta e minuta quanto perspicua. E, diciamo pure, è l'aspetto che solo ci interessa.

Le fonti evangeliche hanno continui richiami alla unità degli apostoli, dei fedeli, della Chiesa intera. Testi come il celebre « ut sint unum » del Vangelo di Giovanni ⁽¹²⁹⁾ o quello altrettanto famoso degli Atti: « multitudinis autem credentium erat cor unum et anima una » ⁽¹³⁰⁾, sono costantemente ripresi e ripetuti dall'Apologetica, indi dai Concili e dalle Regole monastiche, restando quale salda base teologica per tutte le elaborazioni successive: nel precetto evangelico l'unità della Chiesa trovava la sua giustificazione prima e la sua forza. È infatti chiaramente avvertibile come i richiami, le esortazioni, le

⁽¹²⁷⁾ Abbiamo già avuto cura di precisare come l'indagine del ROBERTI, *Il « corpus mysticum » di S. Paolo nella storia della persona giuridica*, cit., rivolga particolare attenzione ai testi degli Evangelii e delle Lettere di S. Paolo, offrendo solo un rapido *excursus* nella Apologetica e nella Patristica. Pur non essendo la nostra una indagine dedicata alla storia del « corpus mysticum », cercheremo tuttavia di approfondire il nostro esame su alcune testimonianze delle fonti. Tra l'altro la teoria dell'unità organica della Chiesa è del tutto trascurata dal Roberti.

⁽¹²⁸⁾ E. MERSCH, *Le Corps mystique de Christ*, Louvain, 1935, poderosa opera teologica, la più esauriente e approfondita trattazione sopra il problema, cui va riconosciuto il merito di avere individuato con chiarezza anche l'aspetto giuridico e sociale.

⁽¹²⁹⁾ GIOVANNI, XVII, 11 (ma anche 21, 22, 23).

⁽¹³⁰⁾ ATTI, IV, 32.

immagini, le similitudini poetico-mistiche della Scrittura siano collocate, nelle opere dei padri e nelle varie regole monastiche, sul piano di una precettistica assoluta e concretata appunto in norme che non ammettono deroghe. L'*unitas Ecclesiae* è, come vedremo, dovere e fine di ogni *fidelis*, divenendo un principio fondamentale dell'ordinamento della Chiesa (^{130 bis}).

Ma parlare di unità può ancora essere vago. Osserviamo però che, se è chiaro il senso dogmatico di questa unità (unità di fede e di dottrina *adversus haereses*), è altrettanto chiaro un senso organico, strutturale, di unità risultante dalla coesione e dai legami fra i membri della Chiesa. Si tratta quasi di due aspetti dello stesso fenomeno unitario: aspetto esterno e aspetto interno della *societas*. E si capisce come questa costante affermazione di unità organica sia singolare e illuminante per l'altra concezione della Chiesa universale e delle Chiese locali concepite come corpi, nonché — lo dimostriamo — per il principio unanimitario.

Non crediamo di errare parlando di un concetto dominante di unità organica, ovverosia di una struttura che, una nei suoi rapporti esterni, presenta all'interno così salda la coesione dei suoi elementi da farli scomparire nell'atto in cui sorge la realtà che quelli stessi formano.

Concettualmente la teologia cristiana offriva spunti tali da facilitare una simile elaborazione. Il dogma trinitario costituiva indubbiamente un punto d'avvio alle speculazioni patristiche in questa direzione.

Indubbiamente, perché le fonti ce lo confermano unendo strettamente i due principi. Cipriano non potrebbe essere più eloquente: « et idcirco Dominus insinuans nobis unitatem de divina auctoritate venientem ponit et dicit: ego et pater unum sumus... » (¹³¹).

È in questo filone di pensiero che Ireneo può ripetere con significativa insistenza: « unitos esse et unum esse » ... « ad unitatem

(^{130 bis}) Sulla unità della chiesa, cfr. la chiara sintesi di A. MICHEL, *Unité de l'Eglise*, in *Dictionnaire de théologie catholique*.

(¹³¹) CIPRIANO, *Epist.*, LXVIII, 5. Cfr. anche LATTANZIO, *Divinarum institutionum*, IV, 29, 8. Cfr. anche THOMASSIN, *Vetus et nova ecclesiae disciplina*, cit., t. II, l. II, p. 19.

recurrere ... et omnes unum esse » (132). Si noti come si abbia una unità dal particolarismo, dalla diversità: « unitos » e « unum » — « omnes » e « unum ». Le persone qui divengono « cosa », astratta e diversa; qui le persone danno vita, grazie ai loro reciproci legami, a una persona nuova, non fisica, ma ideale, che i teologi chiameranno mistica e i giuristi giuridica (133). E ci basti qui dire che questi legami, su cui tanto a lungo e a fondo insiste l'apologetica, costituiranno il prezioso tessuto connettivo della unanimità canonica.

Al qual proposito non possiamo non far notare un passo, ancor più significativo, di Tertulliano, il quale, riferendosi al genere umano, afferma (134) che l'*unitas* è il mezzo per cui la *diversitas* può divenire *universitas*.

Non è questo puramente casuale. Tertulliano, il cui linguaggio e i cui ragionamenti sono squisitamente giuridici (come da più scrittori è stato notato), non usa a caso il termine *universitas*, ma lo usa nel preciso significato che il diritto romano, pubblico e privato, vi annetteva. Accennavamo, nel primo paragrafo di questo lavoro, all'*iter*, percorso da parole come *corpus* e *universitas*, dalla giurisprudenza classica alla compilazione giustiniana. Indubbiamente nel pensiero di Tertulliano, grazie a quell'elemento unitario che l'apologeta mette bene in luce, l'*universitas* si libera da quel substrato personale, materialistico e frammentario, di cui, nel *ius civile*, essa si libererà soltanto nella sistemazione concettuale dei Bizantini.

Dicevamo che questa unità organica della Chiesa era considerata « de superiore parte venientem, id est de coelo et a Patre

(132) IRENEO, *Adversus Haereses*, II, XII, 2 e II, XII, 4. Cfr. anche LATTANZIO, *Divinarum institutionum*, 1. IV, 29, 8.

(133) Per esempio, CIPRIANO, *Epist.*, LII, 1, parla appunto di una « ecclesiae unitatem individuus nexibus cohaerentem ».

(134) TERTULLIANO, *Apologeticum*, XLVIII, 11: « Quae ratio universitatem ex diversitate composuit ut omnia aemulis substantiis sub unitate constarent » (altri esempi dell'uso del termine *universitas* possono trovarsi *ibidem*, XI, 9 e XXI, 10). Né importa se Tertulliano si riferisce qui al genere umano. Anzi è un elemento significativo, se pensiamo allo sviluppo che la elaborazione del genere umano come *universitas* avrà dal XII secolo in poi nell'ambito della concezione universalistica e del « problema giuridico del superamento della molteplicità nell'unità » (CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., pp. 219-220, che mette in risalto l'immagine della umanità intiera come « corpus » delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*).

venientem, quae ab accipiente ac possidente scindi omnino non poterat, sed totam simul et solidam firmitatem inseparabiliter obtinebat » (135). Unità cioè non solo fondata su volere divino, ma addirittura sottratta alla disposizione dell'uomo; e Cipriano infatti, sempre così terminologicamente preciso, con linguaggio palesemente giuridico, parla di *accipiens* e *possidens*, configurando l'uomo non come *dominus* con disposizione piena nei confronti del bene dell'unità, ma come persona che l'ha ricevuta in godimento e pertanto ne ha solo la *possessio*. Infatti più volte Cipriano ammonisce esservi una « unitatis sacramentum » (136); e parla di unità « a Domino et per apostolos nobis successoribus traditam » (137).

Tradita è parola usata qui in un preciso significato canonico: è l'unità che, quale deposito prezioso e quale elargizione divina, si incentra nei vescovi, custodi della Παράδοσις come successori degli apostoli.

Prima ragione giustificativa della unità organica della Chiesa sta dunque nel volere divino e nella lettera, inequivocabile delle Scritture. Tuttavia la prima Patristica, che sente il problema in modo del tutto mistico, giustifica l'*unitas*, l'ένότης ponendola in rapporto con la natura stessa della Chiesa.

La Chiesa è l'agape, il convito della *charitas* e « ἀγάπη κολλᾷ ἡμᾶς τῷ Θεῷ, ἀγάπη σχίσμα οὐκ ἔχει, ἀγάπη οὐ στασιάζει » (138), perché « ubi

(135) CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, VII. Cfr. anche CIPRIANO, *Epist.*, LXXV, 3: « quod et nunc in vobis animadvertimus, ut qui longissimis regionibus a nobis separati estis, sensu tamen et spiritu copulatos vos esse nobiscum probaretis. Quod totum hoc fit divina unitate. Nam cum Dominus unus atque idem sit qui habitat in nobis, coniungit ubique et copulat suos vinculo unitatis ». Già ORIGENE, *In Jesu nave homil.*, VII, 6, aveva definito sé e i fedeli « unum deum habentes qui nos in unitate costringit et continet ».

(136) CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 7 (« Hoc unitatis sacramentum, hoc vinculum concordiae inseparabiliter cohaerentis ») e *Epist.*, LXVIII, 6 (« quam sit inseparabile unitatis sacramentum »). Come sia inseparabile Cipriano lo dimostra ai sensi della Scrittura quale precetto che, violato, ingenera l'ira di Dio.

(137) CIPRIANO, *Epist.*, XLV, 3: « laborare debemus ut unitatem a Domino et per apostolos nobis successoribus traditam quantum possumus obtinere curemus ».

(138) CLEMENTE, *I ad Corinthios*, XLIX, 5 ss.

autem divisio est... ibi Deus non habitat » (139). Il motivo è teologico; la Chiesa è una anche e soprattutto per la sua natura di società divina, di corpo mistico, poiché il corpo mistico unisce i suoi membri strettamente a Dio, non conosce scisma, né fazione. E notiamo pure subito che sarà la stessa argomentazione teologica a darci una giustificazione della *unanimitas* canonica. Il che, ai fini della soluzione del nostro specifico problema, sarà oltremodo significativo.

Un substrato mistico sorregge perciò all'interno questa *unitas*: ed è il vincolo religioso e di fraternità che lega i suoi membri. Per usare l'efficace terminologia di Tertulliano, « probant unitatem communicatio pacis et appellatio fraternitatis et contesseratio hospitalitatis, quae iura non alia ratio regit quam eiusdem sacramenti una traditio » (140). L'apologista non esita a classificare questi elementi nell'ambito dell'ordinamento della Chiesa come *iura*, e a dar loro in tal modo un contenuto giuridico. Unità organica e unità dogmatica reciprocamente vincolate, sorrette da una medesima *ratio*, concorrono a fare della Chiesa quel *corpus* di cui lo stesso Tertulliano ci parlerà con singolare vigore.

Se tali erano le basi teologiche e dottrinarie dell'*unitas*, altro era però il suo fondamento concreto. L'unicità del potere episcopale ebbe, nella struttura della Chiesa, la parte di fondamento e custodia di quella unità.

Una concezione dominante così rigidamente unitaria, quale abbiamo delineato, non poteva che cristallizzarsi in una società ordinata da un altrettanto rigido principio gerarchico. È infatti significativo che l'episcopato monarchico e la gerarchia della Chiesa si fissino proprio in quei secoli II e III quando Cipriano nel « Liber de unitate ecclesiae » portava alle estreme conseguenze la totale *reductio ad unitatem* e ne fissava il principio in termini che non potevano più considerarsi meramente teologici, bensì giuridici, tali da inquadrarsi nel nascente sistema canonico.

La Chiesa è e deve essere una (una torre monolita come nella

(139) È la traduzione del passo di IGNAZIO, *Ad Philadelphenses*, VIII, I « Οὐ δὲ περισμὸς καὶ ὀργή ἐστιν θεὸς οὐ κατοικεῖ ». Nella lettera *ad Ephesios* (IV, 2) IGNAZIO aveva affermato: « χρῆσιμον οὖν ἐστίν, ἡμᾶς, ἐν ἀλώμῳ ἐνότῃτι εἶναι, ἵνα καὶ θεοῦ πάντοτε μετέχῃτε ».

(140) TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 20.

immaginosa similitudine del Pastore di Erma) ⁽¹⁴¹⁾, perché Dio è uno e uno lo Spirito e una la Tradizione e uno il corpo mistico di Cristo ⁽¹⁴²⁾. La Chiesa locale, la comunità dei fedeli trova la sua unità tangibile, concreta, fatta uomo e persona, nel vescovo monocrate. E il vescovo, investito da Dio di una *potestas ordinis* e di una *potestas jurisdictionis*, organo e voce della più schietta Παράδοσις canonica, è e può essere in tale veste organo dell'autorità e della disciplina ⁽¹⁴³⁾.

Unità quindi per mezzo dell'autorità e della disciplina; nel vescovo la comunità non trova soltanto una guida, un pastore; come insegneranno eloquentemente al popolo cristiano la *Didascalìa* e le *Constitutiones* « hic locum Dei sequens sicuti Deus honoretur a vobis, quoniam episcopus in typum Dei praesedet vobis » ⁽¹⁴⁴⁾, « hic vester rex et praefectus; hic post Deum terrenus Deus » ⁽¹⁴⁵⁾; in lui si accentra, col suo linguaggio parla, nella sua speranza spera, nella sua preghiera prega ⁽¹⁴⁶⁾. Immagini poetiche e mistiche, sì, ma che ci indicano con sorprendente chiarezza la natura dei rapporti tra vescovo e fedeli e la natura della stessa Chiesa locale, problemi di cui parleremo con più agio tra poco, ma che ci basta qui avere accennato.

Se in questa ristretta gerarchia di investiti di potestà ieratiche l'*unitas ecclesiae* trova il suo strumento valido ed attivo, gli Apolo-gisti non potevano non portare il sistema alla sua logica conclusione: ad una esplicita affermazione cioè del primato di Pietro sì da costruire l'ultima cuspide del *corpus* visibile e terreno della Chiesa, sì da concretare nella persona di un solo *pontifex* la loro *reductio ad*

⁽¹⁴¹⁾ HERMAE PASTOR, *Simil.*, IX, c. 13, 5 (« τὸν πύργον μονόλιθον »).

⁽¹⁴²⁾ CIPRIANO, *Epist.*, XLVIII, 2: « nec enim ignoramus unum Deum esse et unum Christum esse dominum quem confessi sumus, unum sanctum Spiritum unum episcopum in catholica (sic) esse debere ».

⁽¹⁴³⁾ IGNAZIO, *ad Ephesios*, V, I; *ad Magnesios*, VI, I e 2; VII, I.

⁽¹⁴⁴⁾ DIDASCALIA, XXV.

⁽¹⁴⁵⁾ CONSTITUTIONES APOSTOLORUM, I, II, c. XXVI.

⁽¹⁴⁶⁾ IGNAZIO, *ad Magnesios*, VII, 1-2: « Ὡσπερ οὖν ὁ κύριος ἄνευ τοῦ πατρὸς οὐδὲν ἐποίησεν, ἠγνωμένους ὧν, οὔτε δι' ἑαυτοῦ οὔτε διὰ τῶν ἀποστόλων οὕτως μηδὲ ὑμεῖς ἄνευ τοῦ ἐπισκόπου καὶ τῶν πρεσβυτέρων μηδὲν πράσσετε· μηδὲ πειράσθητε εὐλογόν τι φαίνεσθαι ἰδίᾳ ὑμῖν, ἀλλ' ἐπὶ τὸ αὐτὸ μία προσευχή, μία δέησις, εἰς νοῦς, μία ἐλπίς ἐν ἀγάπῃ, ἐν τῇ χαρᾷ τῇ ἀμώμω, ὅ ἐστιν Ἰησοῦς Χριστός, οὗ ἄμεινον οὐδὲν ἐστὶν πάντες ὡς εἰς ἓνα ναὸν συντρέχετε θεοῦ ὡς ἐπὶ ἓν θυσιαστήριον, ἐπὶ ἓνα Ἰησοῦν Χριστόν, τὸν ἀφ' ἑνὸς πατρὸς προελθόντα καὶ εἰς ἓνα ὄντα καὶ χωρήσαντα ».

unitatem. In Ignazio e Cipriano, negli scrittori che più degli altri insistono sulla necessità d'unità e sul valore dell'autorità del vescovo in vista di quella, questa elaborazione si definisce: « una ecclesia a Cristo domino nostro super Petrum origine unitatis et ratione fundata » ⁽¹⁴⁷⁾.

Sono questi solo degli accenni. L'*unitas Ecclesiae* offre nell'Apologetica e nella Patristica tante e tanto singolari testimonianze, che il discorso dovrebbe e potrebbe divenire più lungo. Ma a noi preme questa affermazione dell'unità organica della chiesa soltanto in quanto da essa scaturì l'altra affermazione ben più importante della Chiesa come « corpus »; il tutto rispetto al concetto di *unanimitas*. Ci sembrano pertanto più che bastevoli questi accenni riattaccandoli a quanto ora diremo, parlando del concetto di « corpus » e di « corpus mysticum ». Aggiungiamo anche — e sarà forse avvertenza inutile dopo la nostra esposizione — che ricomprendiamo in una stessa trattazione di uno stesso paragrafo l'analisi dei due concetti perché tra loro indissolubilmente legati, con legami storici e logici, sì che una separazione non sarebbe né legittima, né proficua.

13. L'ordinamento della Chiesa primitiva è dunque proteso alla affermazione e al raggiungimento di una unità totale, dogmatica e organica.

Nella concezione dei Padri — ed esattamente — questa *unitas* è il mezzo per cui la Chiesa può essere *corpus mysticum*: il *corpus ecclesiae* presuppone, in quanto tale, l'unità organica della Chiesa. Infatti solo se la Chiesa è una si potrà legittimamente parlare di una entità a sé e di un *corpus*.

E cominciamo dalla constatazione di una singolarità, cui in parte abbiamo accennato più sopra: mai, come nella produzione apologetica, è possibile trovare una fertile ricchezza di allegorie poetico-mistiche che personifichino con tanta puntualità e costanza un ente astratto, o almeno ne diano una immagine così viva. Non vale la pena di attardarsi; ci basti notare come si parli di mammelle della Chiesa ⁽¹⁴⁸⁾, la si raffiguri come una « παρθένος » o una « matrona » ⁽¹⁴⁹⁾

⁽¹⁴⁷⁾ CIPRIANO, *Epist.*, LXX, 3.

⁽¹⁴⁸⁾ IRENEO, *Adversus haereses*.

in un linguaggio tanto lirico ed efficace che i linguisti e i letterati hanno giustamente sottolineato ⁽¹⁵⁰⁾.

Ma oltre questa fertilità immaginifica, sia pure molto indicativa, sta tutta una solida costruzione di pensiero che giunge a elaborare l'ordinamento canonico come un ordinamento di « corpi morali ».

Che la Chiesa non potesse essere concepita come un *collegium*, come una semplice associazione a carattere universale con fini di pietà e di religione, lo testimoniano le Scritture evangeliche.

Con molta perspicuità e ampiezza i passi del Nuovo Testamento sono stati analizzati dal Roberti; ci sia consentito di rinviare qui alle indagini di questo autore ⁽¹⁵¹⁾. È certo, che quando S. Paolo parla ripetutamente di *corpus Christi* a proposito della Chiesa, egli delinea una *societas* che sostanzialmente nulla, o molto poco, ha in comune con un *collegium*. S. Paolo infatti intende per *corpus* un organismo unitario, i cui legami interni non sono dei semplici legami associativi, ma trovano invece la loro intima forza coesiva nell'unità di fede e nella *fraternitas*. Parlavamo, nel primo paragrafo del nostro lavoro, di una novità insita nel concetto di *corpus* secondo il pensiero cristiano. Ebbene questa novità consiste nei suoi presupposti: rigidissima unità e contenuto squisitamente mistico. Il *corpus ecclesiae* ne è il risultato.

Il punto fermo d'avvio delle indagini apologetiche in proposito è il *corpus Christi* di Paolo, ovvero sia un concetto teologico. Quando però, con Cipriano, noi arriveremo all'esame dell'ultima produzione

⁽¹⁴⁹⁾ HERMAE PASTOR, *Vision*, IV, c. 2, 1. Sempre in questo indirizzo è sempre singolare la tendenza a raffigurare la Chiesa con immagini, se pur non umane, però sensibili: una torre (HERMAE PASTOR, *Simil.*, IX, 13, 5) o una colomba (CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 4).

⁽¹⁵⁰⁾ Lo provano le numerosissime monografie che le opere degli Apologisti hanno suscitato; in special modo quelle di Tertulliano e Cipriano, sulle quali diligenti ricerche hanno messo in luce l'enorme valore linguistico e letterario. Ne sono esempi i classici studi del BAYARD (*Le latin de Saint Cyprien*, Paris, 1902) su Cipriano e di H. HOPPE (*Syntax und Stil des Tertullian*, Leipzig, 1903, e *Beiträge zur Sprache und Kritik Tertullians*, Lund, 1932) su Tertulliano. Ma si vedano ora i pregevoli studi di C. MOHRMANN raccolti in *Etudes sur le latin des Chrétiens*, Roma, 1958; da questo volume è però escluso un importante studio su Tertulliano: *Observations sur la langue et le style de Tertullien*, in *Nuovo Didaskaleion*, IV (1950).

⁽¹⁵¹⁾ ROBERTI, *Il « corpus mysticum »*, cit., pp. 43-58. Anche per le citazioni degli Evangelii e di S. Paolo a questo studio qui viene rinviato.

di questo periodo patristico, sarà oltremodo agevole constatare come un simile concetto abbia sempre più e sensibilmente acquisito una consapevolezza sociale e sia calato dal terreno squisitamente teologico in una sfera che è quella propria dei rapporti giuridici.

A riprova di quanto andiamo dicendo, sia un preliminare dato terminologico; i Padri, più che di *corpus Christi* come in S. Paolo, parlano di *corpus* senz'altra aggiunta, quasi a testimoniare una istanza di concretezza, presente in loro che andavan costruendo con le proprie elaborazioni il diritto pubblico della Chiesa cattolica.

Già nei Padri apostolici, se il nostro concetto è ancora immerso nella realtà divina del Cristo, onde il grido mistico di Clemente « Σωξέσθω οὖν ἡμῶν ὅλον τὸ σῶμα ἐν Χριστῷ Ἰησοῦ » (152), ecco però profilarsi l'interessante aspetto del « σῶμα ἡμῶν » del corpo di « noi » credenti, come organizzazione.

C'è infatti in Clemente un accostamento, che non possiamo tacere, tra questo corpo morale e la struttura di un esercito (153). È singolare che sia stata sentita dall'Apologista la necessità di trovare un termine di comparazione nell'ordinamento mondano più rigidamente gerarchico, più severo nella disciplina, più unito in un insieme di rapporti che ne fanno realmente un corpo, con terminologia che si è ancora conservata nell'odierno linguaggio militare: in altri termini nell'ordinamento che maggiormente si concreta in organizzazione; in un ordinamento che al pari di quello ecclesiastico, potrebbe paradossalmente essere definito come « unanimitario ».

Se scendiamo ad analizzare la struttura del *corpus ecclesiae*, troviamo alla sua base una *consensio* (154) dei membri. *Consensio* non solo nel senso propriamente giuridico di espressione valida di una volontà, quanto nel senso letterale e letterario di *cum-sentire*: il che,

(152) CLEMENTE, *I ad Corinthios*, XXXVIII, 1.

(153) CLEMENTE, (*I ad Corinthios*, XXXVII, 2-3), dopo avere affermato « κατανοήσωμεν τοὺς στρατευομένους τοῖς ἡγουμένοις ἡμῶν, πῶς εὐτάκτως, πῶς εἰκτιῶς, πῶς ὑποτεταγμένως ἐπιτελοῦσιν τὰ διατασσόμενα. Οὐ πάντες εἰσὶν ἑπαρχοὶ οὐδὲ χιλιάρχοι οὐδὲ ἑκατοντάρχοι οὐδὲ πεντηκόνταρχοι οὐδὲ τὸ καθ'ἑλθῆς ἀλλ' ἕκαστος ἐν τῷ ἰδίῳ τάγματι τὰ ἐπιτασσόμενα ὑπὸ τοῦ βασιλέως καὶ τῶν ἡγουμένων ἐπιτελεῖ » esorta « Λάβωμεν τὸ σῶμα ἡμῶν » (*Ibidem*, 5).

(154) CIPRIANO, *Epist.*, LXVIII, I (« et a catholicae ecclesiae veritate adque a corporis nostri et sacerdotii consensione discesserit »); cfr. anche *Epist.*, XXV e CANONES HIPPOLYTI, c. 1.

per noi, è già un anticipare quanto diremo della *unanimitas*, ed è una nuova riprova della legittimità della nostra impostazione.

Non basta: *consensio* di fedeli, ossia di partecipi della società ecclesiastica perché credenti nella *fides* stessa di cui la chiesa è latrice e propagatrice. « Unum corpus sumus omnes qui credimus, unum deum habentes qui nos in unitate constringit et continet » (155).

È il caso di insistere su questa unità di fede, su questa qualità religiosa dei rapporti fra i « soci », che non permette vincoli affievoliti, ma che, in una totale *fraternitas* (156), lega i soggetti e li trattiene e li costringe, come acutamente afferma Origene. Il *corpus christianorum* è insomma tale « de conscientia religionis » (157). Solo questa precisa consapevolezza religiosa, che si concreta in « disciplinae unitate et spei foedere », dà l'esatta configurazione del nostro concetto.

Conscientia religionis, disciplinae unitas, spei foedus. La succinta quanto celebre frase di Tertulliano (158) sembra cogliere appieno i fondamenti del *corpus ecclesiae*. Fondamenti e requisiti affinché il *coetus christianorum* assurga alla nozione di entità a sé distinta e diversa da quella dei membri, persona ideale, soggetto di diritti e titolare di poteri.

Che strutturalmente quegli elementi concorrano a questo risultato (e, primo fra tutti, l'elemento mistico-religioso, per cui il cristiano è *frater* all'altro cristiano in un vincolo che supera di gran lunga i rapporti di sangue), lo provano ampiamente le fonti patristiche: oltre al lucido passo di Origene precitato, ricordiamo, fra i molti, soprattutto Cipriano, che afferma essere il *corpus* « concor-

(155) ORIGENE, *In Jesu nave homil.*, VII, 6. Ugualmente HERMAE PASTOR, *Simil.*, IX, 13, 5: « πιστεύσαντες τῷ κυρίῳ διὰ τοῦ υἱοῦ αὐτοῦ καὶ ἐνδιδυσκόμενοι τὰ πνεύματα ταῦτα, ἔσονται εἰς ἓν πνεῦμα ».

(156) Su questi rapporti tra *fraternitas* e *corpus* cfr. CIPRIANO, *Epist.*, LXII, 1 (« cum sit scilicet adunationis nostrae et corpus unum et non tantum dilectio sed et religio instigare nos debeat et confortare ad fratrum membra redimenda ») e *De Catholicae ecclesiae unitate*, 12 (« Quomodo autem potest ei cum aliquo convenire cui cum corpore ipsius ecclesiae et cum universa fraternitate non convenit? »).

(157) È il celeberrimo passo dell'Apologetico di TERTULLIANO (XXXIX, I): « Corpus sumus de conscientia religionis et disciplinae unitate et spei foedere. Coimus in coetum et congregationem, ut ad Deum quasi manu facta preceationibus ambiamus orantes... ».

(158) Cfr. alla nota precedente.

diae mutuae glutino atque unitatis vinculo copulatum » (159), con terminologia così interessante e significativa. Teologicamente infatti l'amore che fa dei due sposi una sola carne è la stessa *charitas* che, nella realtà sociale della Chiesa, dovrebbe cementare il *corpus* di essa. Quindi un ente « glutinatum » « adunatum » « copulatum » e « unius compage solidatum » (160) in una realtà nuova e unitaria così come la farina e il pane (è la felice similitudine dell'Apologista) rispetto alla miriade dei grani.

La nostra indagine potrebbe essere ancora prolungata nell'esame di testimonianze, varie e di vario interesse, ma che — ci sembra — non aggiungerebbero elementi alla costruzione sopra delineata. La diligente raccolta di tali testimonianze contenuta nella fondamentale opera del Mersch lo comprova: né, d'altra parte, interessano a noi gli sviluppi di questi concetti successivamente all'editto di tolleranza e dopo l'Apologetica (cui accenna però il Roberti e su cui si diffondono il Mersch e il Gierke) (161).

Ci preme piuttosto di arrestarci a un punto fermo che conchiude e completa appieno la nostra ricerca, alla testimonianza cioè che

(159) CIPRIANO, *Epist.*, LXVIII, 3.

(160) Al solito è CIPRIANO, che oltre a parlarci di frequente di una 'ecclesiastici corporis compaginem' (*Epist.*, LV, 24) ha un passo oltremodo felice dove accanto alla immagine letterariamente pregevole si scopre una soda visione giuridica e sociale. Leggiamo (*Epist.*, LXIII, 13): « sic vero calix Domini non est aqua sola aut vinum solum, nisi utrumque sibi misceatur, quomodo nec corpus Domini potest esse farina sola aut aqua sola nisi utrumque adunatum fuerit et copulatum et panis unius compage solidatum. Quo et ipso sacramento populus noster ostenditur adunatus, ut quemadmodum grana multa in unum collecta et commolita et commixta panem unum faciunt, sic in Christo qui est panis caelestis unum sciamus esse corpus, cui coniunctus sit noster numerus et adunatus ». La concezione per cui il numero e la diversità si risolvono nelle unità è ripetutamente espressa da tutti quei passi in cui si parla di *unum corpus*, che sono poi innumerevoli né vale la pena di citarli; cfr. anche IGNAZIO, *ad Smyrnaeos*, I, 2 (« ἐν ἐνὶ σώματι τῆς ἐκκλησίας αὐτοῦ »). Interessante ancora la contrapposizione frequente fra questo *unum corpus* dei cristiani e gli eretici che « conventicula sibi diversa constituunt » (CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 12). Il termine « Conventicula » indica l'elemento esteriore del *conventus* ovvero sia il luogo di riunione, elemento materiale; quasi, nel pensiero di Cipriano, le tane sparse delle bestie, valide solo come punti geografici di riferimento, ma prive di ogni aspetto spirituale (è però da notare, come vedremo più sotto, che nell'editto di Costantino, del 313, *conventicula* è termine riferito ai cristiani).

(161) MERSCH, *Le Corps mystique du Christ*, cit.; GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., III.

ce ne dà un atto normativo laico, e precisamente il famoso e discusso editto emanato da Costantino e Licinio nel 313 d.C., e che, non giuntoci direttamente, ci è tuttavia tramandato da Lattanzio. Vi si afferma tra l'altro: « sed alia etiam habuisse noscuntur ad ius corporis eorum id est ecclesiarum, non hominum singulorum, pertinentia... », « ea omnia lege quam superius comprehendimus, citra ullam prorsus ambiguitatem vel controversiam iisdem Christianis, id est corpori et conventiculis eorum, reddi iubebis... ». E si ripete più sotto: « supradicto corpori Christianorum... » (162).

Ci potrà essere obiettato che il tener conto di questa affermazione, netta, inequivocabile, indiscutibile, che troviamo, con tanta insistenza, in un rescritto imperiale, non è né logico né coerente per noi che studiamo il problema da un punto di vista canonistico.

E sarebbe obiezione valida, se l'Editto costantiniano contenesse dei principi estranei all'ordinamento canonico. È invece palese che Costantino e Licinio constatano la realtà giuridico-teologica della Chiesa, considerando unicamente quale sia la consapevolezza della Chiesa stessa espressa nei suoi primi e invero numerosi monumenti dottrinari. Essi si rifanno a quanto tramandava e insegnava la Chiesa; presuppongono cioè e fanno proprie nozioni che, nel modo come sono formulate nell'Editto, sono estranee al mondo giuridico romano del tempo. È inoltre comprensibile, data la genesi stessa dell'editto di tolleranza, dato ciò che questo volle costituire politicamente (163), una influenza delle idee espresse dai Padri e raccolte nei canoni per regolamentare una materia che riguardava la *ecclesia*.

Quanto al contenuto del rescritto stesso è appena il caso di porre l'attenzione sulla chiarezza concettuale che quelle frasi esprimono. Costantino e Licinio aggiungono all'elaborazione del diritto

(162) LATTANZIO, *De mortibus persecutorum* XLVIII, 2-8; cfr. anche EUSEBIO, *Historia ecclesiastica*, X, 5.

(163) Sulla grossa questione sorta tra gli storici intorno all'esistenza del « sogenannte Edikt von Mailand » (come lo chiama Seeck) e sulla problematica della legislazione di Massimino, Costantino e Licinio di quegli anni 312-313, cfr. J. R. PALANQUE, G. BARDY, P. DE LABRIOLLE, *De la paix constantinienne à la mort de Théodose*, in *Histoire de l'Eglise depuis les origines jusqu'à nos jours*, dir. par. A. FLICHE et V. MARTIN, 3, Paris, 1950, p. 18 ss.; BUONAIUTI, *Storia*, cit. I, p. 256; PLÖCHL, *Geschichte*, cit., p. 38-39. La storicità dell'editto è ora dimostrata da M. ADRIANI, *La storicità dell'editto di Milano*, in *Studi romani*, II, (1954). Ivi ampia rassegna delle varie tesi.

romano in materia di persone giuridiche una astrattezza nuova: la *ecclesia*, che è esplicitamente definita *corpus christianorum*, è ormai soggetto di diritti e titolare di poteri giuridici; le proprietà, lungi dal far capo ai fedeli, fanno capo alle entità ideali, astratte della chiesa universale e delle comunità locali. La Chiesa ha ormai, anche di fronte allo Stato, un suo patrimonio, una sua sfera giuridica con suoi *iura*. Il travaglio di pensiero dei Padri trovava un coronamento perfetto nella dizione di questo atto legislativo.

Occorre però ripetere che, lungi dal costituire una situazione nuova, il legislatore romano si limitava a dichiararla *erga omnes* in termini che, anche da un punto di vista rigorosamente formale, potevano ora dirsi giuridici.

Se da questo risulta chiara la struttura corporativa della Chiesa universale, non possiamo tralasciare un esame della struttura della comunità locale; se l'*unanimitas* vive e si articola nell'ambito di tutta la Chiesa ciò nonostante è nell'ambito della Chiesa locale che essa più concretamente e in maniera tangibile si esprime (^{163 bis}). Né ci importa l'organizzazione della *ἐπαρχία* canonica, della provincia, né la posizione del metropolita sui vescovi (¹⁶⁴); ci basta invece di scorgere come, nella consapevolezza della dottrina patristica, questa si configurasse.

La struttura corporativa della *catholica ecclesia* non poteva che influire sulla struttura della Chiesa locale facendone quasi un proprio specchio, una propria immagine in sede più ridotta: membro del più vasto corpo della comunità universale, la Chiesa locale è in sé un *corpus* perfetto con le caratteristiche sopra delineate. E ciò che era agevole dire per la Chiesa intera: *corpus* e non *collegium*, conviene ora ripetere per le comunità ecclesiastiche dei primi secoli.

A parte un certo indirizzo di storici, come lo Hatch, tendenti a configurare la Chiesa locale come un *collegium* (¹⁶⁵), è generale invece l'accostamento che di essa maggiormente si fa alla sinagoga

(^{163 bis}) HILDEBRANT, *Das Gemeindeprinzip*, cit. Sul valore liturgico, sacramentale e giuridico della *communio*, cfr. PLÖCHL, *Geschichte*, cit. pp. 47-59.

(¹⁶⁴) Su cui si può consultare la bibliografia citata alla nota 115.

(¹⁶⁵) Cfr. HATCH, *The organisation of the early christian churches*, London, 1888, p. 26 ss.

ebraica ⁽¹⁶⁶⁾. E mi sembra naturale e, direi, intuitivo; sinagoga e chiesa sono ambedue comunità religiose, e mistici i legami gra i loro membri. Su questo fondo comune l'avvicinamento è possibile. Però la *ecclesia* rimane una realtà nuova del Cristianesimo ⁽¹⁶⁷⁾ e nuova la sua concezione strutturale, nuova l'intensità dei vincoli che la costituivano *corpus*, nuova la sua organica unità di *compago*, nuovo il suo incentramento nel membro della gerarchia, investito di poteri assoluti e ieratici, vescovo non per l'elezione dei *collegae* ma per volontà di Dio.

E struttura nuova è quella rivelataci da Ignazio, che nei suoi ripetuti accenni alla Chiesa locale, poggia il suo discorso quasi unicamente sulla *unitas* che deriva dal rapporto tra vescovo e fedeli: « ἐγκεκραμένους οὕτως, ὡς ἡ ἐκκλησία Ἰησοῦ Χριστῶ καὶ ὡς Ἰησοῦς Χριστὸς τῷ πατρὶ ἵνα πάντα ἐν ἐνότητι σύμφωνα ᾗ » ⁽¹⁶⁸⁾.

Il singolare concetto canonico di *ἐνότης*, affiora anche qui come presupposto del *corpus* e come elemento diversificatore della *ecclesia* dalla sinagoga ebraica e dal collegio pagano.

Ma c'è altro: se nella sinagoga e nel collegio era palese una

⁽¹⁶⁶⁾ BATIFFOL, *La Chiesa nascente*, cit., p. 43; DUCHESNE, *Storia della Chiesa antica*, cit., p. 31; LEBRETON-ZEILLER, *op. cit.*, p. 395 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ BATIFFOL, *La Chiesa nascente*, cit., p. 43; HARNACK, *Dogmengeschichte*, cit., I, p. 144 che ha, in proposito della struttura delle comunità locali, delle pagine bellissime. Cfr. *Die Mission und Ausbreitung des Christentums*, cit., p. 448. Bisogna tener conto « dass die gemeinsame Erbauung das Ziel sei, dass die Gemeinde daher wie ein Leib mit vielen Gliedern sein solle, dass jedes Glied sich dem Ganzen unterordnen, ein Glied mit dem andern leiden und sich freuen solle, dass Jesun Christus zwar einsele, jeden für sich, beruf aber sich zugleich eine Gemeinschaft erbaue, in der einzelne seine Stelle findet ». Dinanzi a quella mirabile creazione organizzativa che era la comunità locale lo stesso Harnack non poteva non elevare la sua ammirazione perché « die volle Selbständigkeit der lokalen Gemeinde aufrecht zu erhalten und mit ihr eine starke und einheitliche, das ganze Reich, d. h. die Menschheit, umspannende sozial-religiöse Idee zu verbinden, die allmählich zu einer universalen Organisation führen musste » (loc. cit.). La saldezza della comunità preserva dagli errori e dalle eresie: « nur die fest verfasste Gemeinde mit dem Bischof, den Presbytern und Diakonen, mit ihrem gemeinsamen Gottesdienst und ihren Sakramenten ist die Schöpfung Gottes ». Cfr. anche, della stessa opera, p. 459 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ IGNAZIO, *Ad Ephesios*, V, l. Cfr. anche IGNAZIO, *Ad Magnesios*, VI, 1, e 2 e VII, I (già citato a nota 146). Si confrontino anche quei passi della DIDASCALIA, in cui tanto si insiste sull'incentramento della comunità nel vescovo, fulcro di essa e custode della sua unità (c. XXV-XXVI-XXVII).

struttura associativo-collegiale, la natura stessa della *ecclesia* soffocava in questa l'elemento personale nell'elemento gerarchico e organizzativo. La Chiesa, universale o locale, è soprattutto concepita come istituzione, e tale si manifesta nella rigidità della disciplina, nella organizzazione autoritativa concretantesi in ristretti gradi gerarchici, nella concezione teologica di società di fondazione divina e retta da leggi divine e inderogabili che la sottrae, per ciò stesso, a ogni influsso costitutivo dei suoi membri e la fissa nel mistico aspetto di corpo e persona ideale, titolare, essa e solo essa, di *iura* e *potestates* ⁽¹⁶⁹⁾;

Raggiungendo l'*unitas* e il *corpus*, ovverosia una istituzionale unità e entità a sé — che si articolava poi in altrettante entità che saranno via via le chiese locali, i vescovadi, i monasteri — la Chiesa rispondeva a una esigenza vitale: di fronte a uomini, che potevano essere dilapidatori od eretici, inetti o improbi, di fronte ad uomini che in ogni caso avrebbero governato pro tempore, mentre la *societas* era costruita per l'eterno, la Chiesa faceva del concetto di *corpus*, di persona giuridica, « la monade della immane organizzazione » ⁽¹⁷⁰⁾; di più si predeterminava una cautela e si assicurava uno strumento legale che, al di sopra degli uomini ed oltre la loro volontà, si proiettava fuori della contingenza del tempo e delle passioni, verso l'eterno.

IV. *Il concetto canonico di « unanimitas ».*

14. Se solo ora veniamo a parlare specificamente della *unanimitas* canonica, non crediamo tuttavia di avere divagato. Infatti non si può comprendere nel suo giusto significato il concetto di unanimità canonica se non dopo aver esaminata quella elaborazione dottrinale per la quale la Chiesa è un *corpus* mistico, strettamente unitario. E noi avremo modo ora di constatare la veridicità di questa asserzione quando saremo costretti a utilizzare ampiamente le nozioni che si sono esposte nei precedenti paragrafi, e che potevano sembrare a sé stanti. Infatti noi suddivideremo il presente paragrafo, per comodità

⁽¹⁶⁹⁾ Penetranti e bellissime pagine dedica all'argomento FRANCESCO RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche*, cit., p. 13.

⁽¹⁷⁰⁾ FR. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche*, cit., p. 12.

e logicità di trattazione, in due grandi parti: *unanimitas* e *unitas ecclesiae*; *unanimitas* e *corpus ecclesiae*.

Ci sia consentita prima qualche precisazione. La prima precisazione è di natura storico-critica. La dottrina dell'unanimità canonica si sviluppa, come abbiamo già avvertito nel primo paragrafo, nelle opere degli Apologisti, trovando la sua origine nella Scrittura: infatti numerosi sono gli accenni all'*unanimitas* nel Vecchio Testamento — specialmente nel libro di Giuditta e nei Salmi ⁽¹⁷¹⁾ — ; accenni ripresi e ampliati nel Nuovo e soprattutto negli Atti e nell'Epistola di Paolo ai Filippesi ⁽¹⁷²⁾.

Invece la produzione dei grandi Padri della Chiesa dei sec. IV e V, pur così preziosi e costruttivi per lo sviluppo dello *ius canonicum* in altri campi (per esempio quello matrimoniale), non apporta che modesti contributi a ciò che costituisce l'oggetto del nostro studio: appunto perché, come già avvertimmo, trattavasi di elaborazione già perfettamente compiuta, mentre nuove esigenze e nuove situazioni portavano i padri a dedicare i propri scritti a quanto con viva attualità li urgeva. Il « De civitate Dei » di Agostino, il libro che più di ogni altro potrebbe sembrare basilare per la nostra ricerca, si pone oramai sul piano di una problematica nuova, in un discorso che sempre più depona il rigore giuridico di certi apologisti e in cui la dottrina della unità della Chiesa e del *corpus mysticum* sono presupposte, cosicché ad essa dottrina si farà solo dei riferimenti ⁽¹⁷³⁾.

Significativo è pure che più che di *unanimitas* Agostino parla spesso di *concordia*: termine che, seppure usato in frasi pregnanti e

⁽¹⁷¹⁾ Si noti però che nella Bibbia, nella traduzione Vulgata, non è mai usato il termine *unanimitas*, ma solo le voci *unanimis* e *unanimiter*. Ci siamo serviti per questa ricerca delle SACRORUM BIBLIORUM VULGATAE EDITIONIS CONCORDANTIAE, Venetiis, 1770.

⁽¹⁷²⁾ Soprattutto l'epistola paolina ai Filippesi, di cui un passo recita: « Tantum digne Evangelio Christi conversamini, ut sive cum venero et videro vos, sive absens, audiar de vobis quia statis in uno spiritu unanimes, collaborantes fidei Evangelii » (I, 27).

⁽¹⁷³⁾ Si veda AGOSTINO, *De civitate Dei*, lib. XXII, c. XVIII. L'importanza del *De civitate Dei* per la storia della concezione dello Stato e del Diritto è stata, da ultimo, posta in luce da V. GIORGIANNI, *Il concetto del diritto e dello stato in S. Agostino*, Padova, 1951 (*Il pensiero medioevale*, s. I, vol. II).

di acuto interesse ⁽¹⁷⁴⁾, poco ha in comune con il vigoroso significato di *unanimitas*, o almeno ne attenua e spegne il contenuto unitario in una nozione scialba e giuridicamente di nessun interesse.

La seconda precisazione è di natura terminologica. Il termine *unanimitas* può essere considerato nuovo e caratteristico del diritto e della teologia cristiani. Fatta eccezione per qualche raro uso in scrittori della latinità pagana ⁽¹⁷⁵⁾ *unanimitas* è parola che fiorisce nella prima Patristica, e che, nella trasposizione greca, grazie anche alla straordinaria possibilità e varietà di questa lingua, diviene in generale *ὁμόνοια*, ma si atteggia spesso in svariati composti ove le radici *φρον*, *ψυχ*, *θυμα*, si uniscono al prefisso *ομο* ⁽¹⁷⁶⁾. ‘*Ὁμόνοια*, pur essendo espressa con questa parola la divinità che in Roma sarà chiamata *Concordia* e a cui nelle città latine e greche si erigevano colonne e templi ⁽¹⁷⁷⁾, è usata dai *Patres* greci e dai monumenti canonici redatti in greco, nel senso latino di *unanimitas* più che nel vago significato con cui Agostino e altri tardi Padri usano *concordia*. Tant’è vero che gli stessi autori rafforzano l’idea di unità, che è un po’ attenuata nella *ὁμόνοια*, con aggiunta di frasi in tal senso ⁽¹⁷⁸⁾.

Ma un’ultima precisazione vogliamo aggiungere, o meglio ripetere, dal momento che, già all’inizio del presente lavoro, avvertimmo l’esigenza di porla. La nostra ricerca è volta ad illustrare un concetto, quello di *unanimitas*, in un certo ordinamento giuridico, quello della Chiesa primitiva; ad esaminare cioè una grande elaborazione teorica. La prassi delle assemblee ecclesiastiche, la storia degli « effettivi » sistemi deliberativi, che poteva esserci offerta da cronache, scritti agiografici e altri monumenti storici, giuridici o letterari, non è stata considerata. Anzi potremmo affermare che in pochi casi, come in questo, una elaborazione teorica si separa tanto nettamente dalla pratica. E comprensibilmente: di fronte ad affermazioni (protrattesi

⁽¹⁷⁴⁾ AGOSTINO, *De civitate Dei*, lib. XIX, c. XVI: « ut ordinata imperandi oboediendique concordia cohabitantium referatur ad ordinatam imperandi oboediendique concordiam civium ».

⁽¹⁷⁵⁾ In Pacuvio, in Livio, come riporta il FORCELLINI. Più frequente invece, stando ai lessici, l’uso degli aggettivi *unanimis*, *unanimus* e dell’avverbio *unanimiter*.

⁽¹⁷⁶⁾ Così *ὁμόψυχος*, *ὁμοφρονεῖν*, *ὁμοθυμαδόν*.

⁽¹⁷⁷⁾ L’*Ὁμονοεῖον* è in DIONE CASSIO il tempio della Concordia in Roma.

⁽¹⁷⁸⁾ Citiamo tra i molti esempi CLEMENTE, I^a *ad Corinthios*, XXXIV, 7: « καὶ ἡμεῖς οὖν ἐν ὁμοσίᾳ ἐπὶ τὸ αὐτὸ συναρχθέντες τῇ συνειδήσει, ὡς ἐξ ἑνὸς στόματος βοήσωμεν ».

per tanti secoli) dottrinarie e legislative, di un rigido principio unanimitario, è lecito pensare che la prassi quotidiana della comunità si sia modellata altrimenti dietro l'urgenza di ragioni politico-sociali, insomma di opportunità. L'esempio tipico ci è offerto dal caso del concilio di Nicea: consesso « unanime », secondo la narrazione di Eusebio ⁽¹⁷⁹⁾, ma che sappiamo non tale, se ben due prelati negarono la loro sottoscrizione alle statuizioni del concilio ⁽¹⁸⁰⁾.

Il concetto di « unanimitas » andava ben oltre il significato di un semplice sistema deliberativo. Era, questo concetto, fissato con tanta decisione e chiarezza dai Padri, in quanto concetto essenziale nella costituzione della Chiesa e legato alla concezione della Chiesa come *corpus mysticum*. Onde le forme più varie cui questo principio doveva atteggiarsi, destinato com'era a operare nella comunità particolare, ponendola in stretta relazione con la comunità universale, facendola quasi divenire specchio della comunità universale; onde i suoi molteplici elementi teologici. Quando noi abbiamo appunto in tal senso impostato questo lavoro, ci rendevamo conto che l'esame della unanimità canonica solo quale meccanismo elettivo avrebbe offerto uno degli aspetti di questo istituto, e forse il più limitato, il più povero di interesse storico-giuridico.

In questa varietà di aspetti, in questa complessa e minuta elaborazione l'*unanimitas* può essere, oltre che unanimità di consensi, unanimità di animi, di fede, di verità; legame cioè intimo e secreto, misterioso vincolo di coscienze nell'unità della fede e della verità. È, potremmo dire, una *unanimitas* che si pone quale presupposto dell'istituto socialmente rilevante e che a noi qui particolarmente interessa. Crediamo opportuno citare un lucido passo di Cipriano. È precisamente una epistola, la LXXV, in cui il Padre, con una felicità di ragionamento ed una eloquenza di convinzione che ne fa un esempio di stile retorico e pastorale, si dilunga nell'esposizione del concetto a lui caro della *unanimitas fidelium*. E vi si esprime proprio l'esultanza del Vescovo nello scorgere, nella comunità generale, « in fratribus tam longe positis tantam nobiscum fidei et

⁽¹⁷⁹⁾ EUSEBIO, *De vita Constantini*, l. III, c. XIV.

⁽¹⁸⁰⁾ HEFELE-LECLERCQ, *Histoire des conciles*, cit., 1, p. 1, p. 447. I due prelati che rifiutarono la sottoscrizione del Simbolo e che furono in conseguenza anatematici, furono Teonade, vescovo di Marmarica, e Secondo, vescovo di Tolemaide.

veritatis unanimitatem ». Ciò — soggiunge Cipriano — è frutto della « potens ... gratia Dei » che può « copulare et coniungere caritatis atque unitatis vinculo etiam ea quae videntur longiore terrarum spatio esse divisa ». E seguita: « secundum quod et olim intervallo temporum separatos ab Job et Noe qui in primis fuerant Ezechielem et Danielelem posteriores aetate ad unanimitatis vinculum virtus divina coniunxit, sed quamvis temporibus longis discreti essent, eadem tamen divina inspiratione sentirent ». E termina: « nihil prodest aliquos proximos et inectos sibi esse corporibus, si animo et mente dissideant, quando adunari animae omnino non possint quae se a Dei unitate dividerint » ⁽¹⁸¹⁾.

Testo singolare e preziosa testimonianza del più genuino pensiero della Chiesa. Non interessa alla teologia e al diritto canonici che, « spatio vel temporibus », si abbia una divisione. È la situazione psicologica, dell'*animus* e della *voluntas*, che hanno rilevanza. La Chiesa che elabora alla perfezione le teoriche del dolo in campo penale e dei vizi del consenso in materia civile (è soprattutto canonistica la perspicua elaborazione in tema di errore); che, per esempio, in materia di prescrizione, unisce l'elemento della *bona fides* al decorso del tempo, elemento bruto ed oggettivo, ma il solo che il diritto romano conoscesse come fatto giuridico a quel fine rilevante; la Chiesa, dicevamo, è necessariamente portata, nella sua veste pastorale di scrutatrice di coscienze, a sviluppare e indagare

⁽¹⁸¹⁾ Riportiamo qui per intero l'interessante brano di Cipriano tolto appunto dall'*Epist.* LXXV (3): « cum magna laetitia exultavimus et Deo gratias egimus qui invenimus in fratribus tam longe positis tantam nobiscum fidei et veritatis unanimitatem. Potens est enim gratia Dei copulare et coniungere caritatis atque unitatis vinculo etiam ea quae videntur longiore terrarum spatio esse divisa, secundum quod et olim intervallo temporum separatos ab Job et Noe qui in primis fuerant Ezechielem et Danielelem posteriores aetate ad unanimitatis vinculum virtus divina coniunxit, sed quamvis temporibus longis discreti essent, eadem tamen divina inspiratione sentirent. Quod et nunc in vobis animadvertimus, ut qui longissimis regionibus a nobis separati estis sensu tamen et spiritu copulatos vos esse nobiscum probaretis. Quod totum hoc fit divina unitate. Nam cum Dominus unius atque idem sit qui habitat in nobis, coniungit ubique et copulat suos vinculo unitatis. Unde in universam terram exivit sonus eorum qui a Domino missi sunt unitatis spiritu velociter currentes: sicut e contrario nihil prodest aliquos proximos et iunctos sibi esse corporibus, si animo et mente dissideant, quando adunari animae omnino non possint quae se a Dei unitate dividerint », in cui appunto con tanta perspicuità viene chiarita la logica ed evoluta posizione del sistema canonico.

l'elemento più propriamente psicologico-volontaristico. L'unanimità è qui infatti solo coesione di animi e di volontà. Oltre a questo non possiamo non notare come Cipriano insista, e sul vincolo caritativo, e su quello unitario, proprio in questo passo; e proprio in questo passo parli assai chiaramente di *divina inspiratio*.

Pur diversa da quella unanimità di « voci », che a noi interessa, è però il caso di ribadire — e con questo di sottolinearne l'importanza — che questa unità di fede e di verità è la condizione essenziale, il presupposto imprescindibile da cui scaturità il miracolo di quell'*unus consensus*, che è il consenso e il voto del corpo morale della Chiesa.

A) « *Unanimitas* » e « *unitas Ecclesiae* »

15. L'unico autore che abbia cercato di dare alla unanimità canonica un fondamento e una spiegazione nel sistema stesso del diritto della Chiesa è, come già dicemmo, il Ruffini Avondo. A lui va il merito di aver chiaramente messo in luce come questo concetto, che la Chiesa ebbe in comune con molti ordinamenti barbarici, non avesse le stesse basi giustificative che in questi, ma si armonizzasse invece con le linee del nuovo ordinamento canonico.

Torneremo tra breve sul pensiero del Ruffini, ma vogliamo ora insistere su questo dato essenziale. Il concetto di *unanimitas* è sorto nella Chiesa come concetto autonomo, ed è sorto anche con una struttura non solo autonoma, ma completamente diversa da quella germano-barbarica. Possiamo ora riprendere quanto, nel terzo paragrafo di questa ricerca, abbiamo affermato sull'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva; unanimità canonica e germanica debbono necessariamente e sostanzialmente diversificarsi perché diverso è il loro presupposto.

Già parliamo della concezione germanica. Dobbiamo ora integrare il nostro discorso con la netta affermazione che il concetto canonico di unanimità presuppone un ordinamento teologico-giuridico, ovverosia un ordinamento la cui primitività ha da essere intesa nel senso del tutto peculiare di una mistione tra il dato giuridico e quello mistico-spirituale, e in un prevalere di questo su quello. Il concetto unanimitario della Chiesa — contentiamoci qui di affermarlo riservandoci di commentare più tardi le nostre parole — è infatti dettato in primo luogo da precise necessità teologiche, salvo

poi il suo cristallizzarsi nella sfera dei rapporti giuridici. Quello cui sopra abbiamo accennato che, cioè, embrionalmente, l'origine di esso doveva ritrovarsi nella Scrittura e precisamente nel passo di S. Paolo, giustifica questa asserzione.

Peculiare dunque alla Chiesa un simile concetto; ne discende di conseguenza, anche la sua completa autonomia, come autonomo è nelle sue linee essenziali l'ordinamento giuridico della Chiesa. Il mondo germanico o — diciamo più in generale — il mondo barbarico non ha avuto la minima influenza in questa elaborazione.

La nostra affermazione tuttavia, che la *unanimitas* dell'Apologética ha un fondamento teologico, esige delle spiegazioni e delle specificazioni.

Il Ruffini Avondo, nello stesso ordine di idee, credette di trovare una spiegazione nel concetto che la Chiesa, sin dai primi tempi, ebbe del negozio elettivo. La singolare concezione per la quale — attraverso lo strumento consistente in dichiarazioni di volontà e voti umani — è Iddio stesso che eleva una persona a questo o quel ministero, sembrò precisamente al Ruffini ⁽¹⁸²⁾ l'unica spiegazione plausibile dell'*unanimitas*.

Egli infatti si domanda: « orbene, come si poteva concepire se non unanime un suffragio di così singolare, mistica natura? » ⁽¹⁸³⁾. Né noi possiamo dargli torto. Che sia Iddio stesso a esprimersi nella apparente espressione di volontà del *collegium* è pensiero costante della letteratura della Chiesa, e non soltanto di quella primitiva ^(183 bis). Quando abbiamo, in altra parte del lavoro, parlato di *electio per inspirationem* riferita al procedimento per unanimità e affermata anche oltre l'epoca romana e l'alto medioevo, puntualizzavamo una costanza di pensiero che era essenziale per la Chiesa e immanente in essa.

Nelle fonti primitive, nella naturale esaltazione mistica, gli ac-

⁽¹⁸²⁾ RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., p. 37 ss.

⁽¹⁸³⁾ RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit. p. 40.

^(183 bis) « Episcopus creat vox divina, coelestis vocatio, Spiritus sanctus » (THOMAS-SIN, *Vetus et nova Ecclesia disciplina*, cit., t. II, l. II, p. 11).

cenni sono più ampi, la concezione più sentita ⁽¹⁸⁴⁾. E questo posare del divino volere nelle menti e nelle bocche dei componenti l'assemblea non poté non avere un influsso in tal senso.

Ci sembra tuttavia interessante e necessario non arrestarci alla spiegazione che il concetto canonico di elezione suggerisce. Affermare infatti che, poiché Dio stesso elegge, tutti devono essere presenti e dare il loro univoco voto, significa affermare qualcosa di esatto, ma non crediamo invece che si fornisca o si colga il fondamento reale della unanimità.

A nostro avviso è sì esatto parlare di un intervento divino, poiché è da questo intervento che l'*unanimitas* ha vita. Però ci sembra più opportuno parlare di un intervento divino nei riguardi del *collegium*, di una discesa della Grazia sul *collegium* che, mercé quell'intervento, può esprimere la sua unica anima e la sua unica voce ⁽¹⁸⁵⁾; intervento divino che fa del *collegium* una unità e un *corpus*.

Del resto tutta la grande liturgia, che il rituale cattolico ha elaborato a precedere i consessi ecclesiastici, ha il solo significato di una intensa preghiera alla Divinità perché lo Spirito Santo scenda sui padri raccolti e li assista, facendoli divenire un solo mistico corpo a simiglianza della Chiesa ⁽¹⁸⁶⁾. E gli atti conciliari ci informano che le

⁽¹⁸⁴⁾ Vedine la documentazione in RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., pp. 38-39.

⁽¹⁸⁵⁾ IRENEO, (*Adversus haereses*, III, XXI, 2), a proposito della versione dei Settanta, dice di Tolomeo: « Ille autem experimentum eorum sumere volens et metuens ne forte consentientes, eam veritatem, quae esset in Scripturis, absconderent per interpretationem; separans eos ab invicem, iussit omnes eadem interpretari Scripturam et hoc in omnibus libris fecit. Convenientibus autem ipsis in unum apud Ptolemaeum, et comparantibus suas interpretationes, Deus glorificatus est et Scripturae vere divinae creditae sunt, omnibus eadem et eisdem verbis et eisdem nominibus recitantibus ab initio usque ad finem uti et praesentes gentes cognoscerent quoniam *per aspirationem Dei* interpretatae sunt Scripturae... ». L'unanimità delle interpretazioni dei Padri è quindi espressione di una presenza divina e di una assistenza celeste mediante una *inspiratio* (*aspiratio*). Solo in seguito a questa unanimità — afferma Ireneo — si poté ritenere ispirata la versione greca della Scrittura.

⁽¹⁸⁶⁾ Il *Veni creator Spiritus*, che per i Cardinali riuniti in conclave devesi pronunciare prima dell'inizio delle votazioni è proprio in tal senso. Così è stabilito nella Costituzione Apostolica *Vacantis Apostolicae Sedis*, di Pio XII (8 dicembre 1945) (che abroga la celeberrima costituzione di S. Pio X: *Vacante Sede Apostolica*). L'inno viene

deliberazioni sono tenute « praesente Spiritu sancto et angelis eius »⁽¹⁸⁷⁾.

L'intervento e la presenza divina devono, in altre parole, essere esaminati e considerati quale mezzo prodigioso per cui il collegio raggiunge la sua unità e come tale diventa *corpus*.

Anche in questo specifico campo, sulla procedura elettiva, predomina la grande concezione del *corpus mysticum* e della *unitas Ecclesiae*. L'unanimità dei membri della Chiesa, della Chiesa locale, della comunità dimostra l'unità di quella Chiesa e di quel *collegium* ed è, in tale veste, il mezzo per l'assistenza divina.

Quando da taluno si rileva — contro questo concetto di unanimità basato sulla unità — che c'è da tener presente la posizione dei singoli membri del collegio e di uno *ius singuli*, « base indispensabile così del diritto di veto come del requisito dell'unanimità »⁽¹⁸⁸⁾, noi obiettiamo che ciò è esatto per l'unanimità germanica, che abbiamo visto frutto di un rudimentale materialismo collettivistico, ma che questa regola non può valere anche per l'unanimità canonica.

Al contrario potremmo ribattere che essa *unanimitas* è la voce stessa del collegio e ne simboleggia l'unità assoluta, dogmatica e organica. L'unanimità è il mezzo più efficace per conseguire questa *reductio ad unitatem*: « ἡμεῖς οὖν ἐν ὁμοιοῖα ἐπὶ τὸ αὐτὸ συναχθέντες τῆ συνειδήσει, ὡς ἐξ ἑνὸς στόματος βοήσωμεν »⁽¹⁸⁹⁾.

Non possiamo poi tralasciare di notare come da parte dei Padri si veda la comunità unanime, così come è nel senso etimologico della parola stessa, « quasi unam domum inhabitans... quasi unam animam habens et unum cor, et quasi unum possidens os »⁽¹⁹⁰⁾. L'unanimità

cantato dai *Cantores* al momento dell'ingresso in Conclave e dal Sacrista immediatamente prima dell'inizio delle votazioni (cfr. Tit. II: « De electione Romani Pontificis », c. III, 51 e c. V, 65).

⁽¹⁸⁷⁾ *Concilium Arelatense* I, nell'epistola indirizzata a Silvestro papa, in MANSI, I, c. 469.

⁽¹⁸⁸⁾ RUFFINI AVONDO, *I sistemi di deliberazione collettiva nel Medioevo italiano*, cit., p. 21.

⁽¹⁸⁹⁾ CLEMENTE, *I^a ad Corinthios*, XXXIV, 7.

⁽¹⁹⁰⁾ IRENEO, *Adversus haereses*, I, X, 2: « Hanc praedicationem quum acceperit, et hanc fidem, quemadmodum praediximus, Ecclesia, et quidem in universum mundum disseminata, diligenter custodit, quasi unam domum inhabitans; et similiter credit his, videlicet quasi unam animam habens et unum cor, et consonanter haec praedicat, et

dunque è il superamento delle varie voci e delle varie persone nella unità della Chiesa; Chiesa appunto *quasi unam animam habens*.

Anticipando quanto diremo tra poco, osserviamo che grazie a questa volontà unanime l'assemblea diventa persona; ha un'anima un cuore, una bocca, come dicono poeticamente i mistici. I giuristi usufruiranno di questa concezione, e a questa bocca, a questo cuore, a quest'anima, quasi a persona che abbia una sua vita propria e reale, concederanno diritti e poteri, conferiranno una capacità giuridica piena. « Unam cogitationem habuerunt et unum sensum et una fides eorum fruit et una caritas... ideo structura turris uno colore splendida fuit ut sol »⁽¹⁹¹⁾. Quindi un solo pensiero, un sol senso, una sola fede: ed è questa unità di corpo e di anima mostrata dall'unanimità, che dà alla Chiesa una struttura unitaria. Dov'è in queste testimonianze patristiche un accenno a frammentarismo, a individualismo; dov'è insomma quello « *ius singuli* » che il Ruffini pone a fondamento generale del procedimento unanimitario?

Al contrario, nella *unanimitas* canonica le singole volontà scompaiono, perché essa non è la somma di tanti voti, ma il voto del corpo morale; è la voce stessa, spirituale e teologica, prima ancora che giuridica, dell'unità del *collegium*. Cipriano infatti, che noi abbiamo più volte definito il teorico dell'*unanimitas*, costruisce la sua dottrina e la elabora proprio nel suo trattato sull'unità della Chiesa.

L'unanimità è, nella concezione ciprianea, un preciso dovere dei *fideles*, la cui attività deve essere unicamente volta « *ut apud omnes*

docet, et tradit, quasi unum possidens os ». Riportiamo la versione latina dell'*Adversus haereseis*; essa può però essere usata con estrema sicurezza. Un editore dell'opera, il MANNUCCI (in *Bibliotheca Sanctorum Patrum*, s. II; *Scriptores graeci antenicaeni*, vol. III, Romae, 1907), la definisce « *omnino servilis* » e avverte, circa il tempo della sua compilazione: « *Dissentiunt philologi utrum eandem noverit Tertullianus, quod longe verisimile est; extra dubium tamen illam Augustini aetate antiquorem esse* ».

⁽¹⁹¹⁾ Abbiamo riportato qui la versione latina del HERMAE PASTOR (*Simil.*, IX, c. 17, 4) perché di un linguaggio singolarmente efficace e significativo. Ci piace soprattutto quella « *structura* » che ben rende l'idea di unità organica della Chiesa e che ci sembra ben dissimile dalla *οικοδομή* del testo greco, che tuttavia qui trascriviamo: « *μίαν φρόνησιν ἔσχον καὶ ἓνα νοῦν, καὶ μία πίστις αὐτῶν ἐγένετο καὶ μία ἀγάπη... διὰ τοῦτο ἡ οἰκοδομή τοῦ πύργου μιᾷ χρόῳ ἐγένετο λαμπρὰ ὡς ὁ ἥλιος* ».

unus actus et una consensio secundum Domini praecepta teneatur » (192). Singolare terminologia che richiama alla mente quella dottrina dell'*unitas actus* che i canonisti del periodo aureo del diritto comune riterranno essenziale, in ogni atto d'assemblea, perché sia legittima l'affermazione dell'esistenza giuridica del collegio; e singolare concezione, per cui l'unanimità raccoglie e riduce ciò che prima era *apud omnes*, in un solo atto e in una sola dichiarazione di volontà: espressione questa — ripetiamolo pure — di una unità organica della Chiesa universale o locale.

Ne consegue ancora che, come l'unità si poneva necessaria per la vita della Chiesa anche questa *unanimitas* — che è prima di tutto testimonianza di unità, come vita, nascosta e palese, intima e apparente, della ἐνότης — è necessaria alla Chiesa. Cipriano anzi non esita a parlarci di una *lex unanimitatis*, quasi di un canone che debba sempre regolare la vita sociale della Chiesa: tutti dobbiamo « *legem circa omnia unanimitatis implere* » (193).

Vedremo più tardi, e ne abbiamo già fatto cenno, come questa *unanimitas* abbia vari e peculiari significati: ci basti notare qui il suo contenuto mistico che tuttavia si trasferisce efficacemente nella sfera dei rapporti giuridici: legge morale e teologica, l'unanimità; ma, anche in questo suo aspetto, fondamento e canone di vita societaria della Chiesa, principio regolatore dei meccanismi elettivi delle sue assemblee. Infatti Cipriano stesso avverte che il Cristo « *unanimitatem prius posuit... ut conveniat nobis fideliter et firmiter docuit* » (194).

Da tutto ciò appare ora chiaramente la ragione per la quale abbiamo posto in stretta relazione l'unanimità e l'unità dell'ordinamento canonico; e ci verrebbe fatto di affermare: *unanimitas sive unitas*.

Questo concetto, per cui unanimità è unità, è profondamente diverso e, direi, opposto a quello germanico, dove domina il frammentarismo e non l'unitarietà, lo *ius singuli* non lo *jus corporis*.

Ma è opportuno qui di passare all'indagine del concetto di *pars* nel primo ordinamento canonico; indagine preziosa per farci scor-

(192) CIPRIANO, *Epist.*, XXV.

(193) CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 9.

(194) CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 12.

gere la vera ragione per cui un procedimento come quello maggioritario, che alla Chiesa veniva offerto dall'esperienza del diritto pubblico greco e romano, sarà sempre ostinatamente rifiutato, per essere solo accolto negli ultimi secoli della sua vita costituzionale e infine nel *Codex iuris canonici* (195).

È palese in Cipriano il disprezzo profondo per ciò che è *pars*: « corruptores evangelii adque interpretes falsi extrema ponunt et superiora praetereunt, partis memores, et partem subdole comprimentes: ut ipsi ab ecclesia scissi sunt, ita capituli unius sententiam scindunt » (196).

La « parte » è vista infatti come lesione dell'unanimità; e poiché l'unanimità esprime unità e corpo della Chiesa, la « parte » è negazione dell'unità e del *corpus mysticum*. Nella concezione dei Padri *pars* e scisma sono una stessa cosa e hanno lo stesso significato (197); per questo Tertulliano, contrapponendo cristiani ed eretici, nega a questi ultimi di potere « unum omnes loqui et ipsum sapere »; dono che è frutto della Grazia e che solo i *fideles* possono raggiungere (198).

La *pars* come *dissensio* (199), come *separatio* (200) incrina la solida struttura dell'ordinamento stesso della Chiesa: in questa concezione teologica e ierocratica si potrebbe arrivare a dire che *pars* è eresia.

Che quanto siamo andati dicendo corrisponda al pensiero stesso degli apologeti ci viene dimostrato anche da un lucido passo di Cipriano, su cui i romanisti hanno discusso. Ci sia consentito di riportarlo: « ut episcopatum quoque ipsum unum adque indivisum probemus ... episcopatus unus est, cuius a singulis in solidum pars tenetur. Ecclesia una est, quae in multitudinem latius incremento

(195) C.J.C., c. 101. Si veda però la singolare regola espressa nel n. 2 del canone stesso, su cui dovremo tornare nell'ultimo paragrafo.

(196) CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 12.

(197) Cfr., fra i numerosi passi, TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 5, II (« si totum capitulum ad unitatem continendam et separations coerendas sapit... »); 5, 18 (« edocens unum omnes loqui et ipsum sapere, quod etiam haereses non sinunt »); 26, 28 (« ut ipsum et unum loquerentur omnes et non essent scismata et dissensiones in ecclesia »); CIPRIANO, *Epist.*, XI, 3.

(198) TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 5.

(199) TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 26.

(200) TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 5.

fecunditatis extenditur »⁽²⁰¹⁾. Di fronte all'unità dell'episcopato, di fronte al problema dei rapporti tra i *singuli* e quello *unum atque indivisum*, la coscienza giuridica di Cipriano trova connaturale e perfettamente idoneo il richiamo al vincolo solidale, in cui ogni *pars* è tanto poco *pars*, in quanto risponde per l'interezza del rapporto e rappresenta il rapporto stesso nella sua inscindibile unità.

Il ragionamento logico dell'apologista supera, senza sfuggirlo, il concetto di *pars* che sonava ai suoi orecchi e alla sua coscienza di teorico dell'*unitas* tanto riprovevole. E crediamo senz'altro che siano nel vero coloro che, come il Gasparini o il Beck⁽²⁰²⁾, scorsero un palese riferimento a una nozione giuridica romana, perché, come dicevamo, la struttura del vincolo di solidarietà mirabilmente si presta all'idea di un oggetto inscindibile e di una unicità sostanziale del rapporto stesso, contemplando i vari soggetti del rapporto tanto avvinti tra loro da rendere impossibile una netta separazione patrimoniale giuridica.

Accenneremo nell'ultimo paragrafo di questo lavoro al travaglio e alla elaborazione per cui la Chiesa poté molti secoli dopo dare rilevanza giuridica e validità all'espressione di volontà di una *pars*. Quanto tuttavia abbiamo detto poco sopra per l'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva (a questo si è limitato il nostro esame), convalida — ci sembra — in pieno la legittimità di questo rapporto, *unanimitas-unitas*.

Proprio in questo ordine di pensiero le fonti patristiche ci consentono di approfondire ancora l'indagine sul fondamento teologico-giuridico del principio unanimitario. Infatti proprio dalle fonti balza agli occhi un eloquente accostamento tra unanimità e tradizione.

Se ci siamo dilungati più sopra nel delineare la peculiarità dell'ordinamento della Chiesa primitiva, ed abbiamo insistito sulla enorme diversità dei due concetti di tradizione e consuetudine, possiamo giustificare quella inesistenza e riprendere quanto abbiamo allora concluso.

⁽²⁰¹⁾ CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 5.

⁽²⁰²⁾ GASPARINI FOGLIANI, *T.C. Cipriano*, cit., p. 79; BECK, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian*, cit., p. 153-154.

La Chiesa primitiva, nel suo sfavore verso l'aspetto consuetudinario del diritto, nel suo costante e generale contrapporre consuetudine e tradizione — la consuetudine umana, frammentaria, nata da esigenze *particolari* e spesso espressione di tendenze autonomistiche; separatistiche di una *pars* della comunità ecclesiastica; e la tradizione basata sull'insegnamento divino e affidata alla gerarchia — questa Chiesa insomma che si fonda, nella sua assenza, nella Παράδοσις canonica, non poteva non accogliere tra le sue *leggi fondamentali* (riprendiamo l'espressione di Cipriano) il principio della *unanimitas*.

È Tertulliano stesso che ce ne svela le ragioni: « Nullus inter multos eventus iste unus est exitus: variasse debuerat error doctrinam ecclesiarum. Ceterum quod apud multos unum invenitur, non est erratum, sed traditum »⁽²⁰³⁾.

L'errore è della *pars*, dello scisma, degli egoismi individuali o di setta; ma l'unanimità della comunità o del collegio è segno indiscutibile che in quelli è *tradita* da Dio la verità. Tertulliano ci riannoda così all'idea di un intervento divino sull'assemblea, integrandolo giustamente coll'idea di Tradizione. Onde *unanimitas*, *unitas* e *Traditio*, legate da un vincolo teologico, assumono l'aspetto di concetti inseparabili; tali furono nell'ordinamento canonico e nel pensiero dei Padri. E riportando questo a certe espressioni di Cipriano da noi altrove notate⁽²⁰⁴⁾ potremmo arrivare a una configurazione della umana consuetudine come *error* e come tipica espressione della *pars*. Il che, ci sembra, conchiude armonicamente il sistema teologico-giuridico che l'Apologetica ci offre.

B) « *Unanimitas* » e « *corpus Ecclesiae* ».

16. Abbiamo detto poco sopra, nel § III, che il corpo ha per sua imprescindibile caratteristica l'unità; già quindi la nostra dimostrazione di una equivalenza *unanimitas-unitas* pone il concetto di *unanimitas* in stretta relazione col *corpus Ecclesiae*.

Ma ciò sarebbe troppo poco. La patristica ci offre numerosi elementi che indiscutibilmente ci permettono di affermare che l'unanimità canonica è espressione della Chiesa stessa come persona

⁽²⁰³⁾ *De praescriptione haereticorum*, 28.

⁽²⁰⁴⁾ Cfr. n. 11 e nota 108.

morale, ed è la vita intima e segreta di questa *persona*. L'*unanimitas* è anzi il tessuto connettivo del *corpus mysticum* della Chiesa.

Come tessuto connettivo del *corpus* l'*unanimitas* è soprattutto legame, vincolo il più possibile stretto fra i membri del *corpus* stesso.

Infatti entro l'*unanimitas* operano la *fraternitas* e la *charitas*, e Cipriano parla di una « *unanimitatem christianam firma sibi adque inseparabili caritate conexam* » (205).

È la stessa qualità dei soggetti, i credenti, i *fideles*, che ha rilevanza; è il fine della stessa *societas* in cui essi sono accomunati che postula questa reciproca *charitas*: la *charitas* rassoda i legami e l'*unanimitas* è veramente « *nexibus cohaerens* » (206).

Questo per ribadire come, grazie alla sua base mistica (207), l'unanimità canonica difficilmente potrebbe essere considerata una somma di voti. Il voto dovrà essere considerato anzi uno, uno solo, quello del collegio, poiché proprio attraverso il superamento dei singoli voti e delle singole persone, nell'unanimità, il collegio acquista una sua definita personalità.

Nella linea di questo accostamento *unanimitas-corpus*, che a taluno potrebbe forse sembrare, se non arbitrario, almeno singolare, ci sia consentito passare all'esame di un testo fondamentale, che, per verità, data la chiarezza della sua pronuncia, di ben poca esegesi avrebbe bisogno. È di Cipriano e tratto dalle epistole.

Né questo deve destare sospetti: se buona parte dei nostri testi è tratta dalle opere di questo scrittore; se buona parte del nostro lavoro poggia sulla sua ponderosa e costruttiva testimonianza, egli è perché Cipriano riassume e perfeziona tutto il pensiero ecclesiologico della Apologetica. Riassume perché — ci siano consentiti due dati biografici — Cipriano, nascendo verso il 210 e morendo nell'anno 258 d.C. (208), presuppone l'elaborazione dottrinarie di Ireneo e Tertulliano, per tacere di altri, e vive nel periodo culminante

(205) CIPRIANO, *Epist.*, LXVIII, 5.

(206) CIPRIANO, *Epist.*, LII, 1.

(207) Si confrontino quei passi eloquentissimi di Clemente Romano e di Ignazio d'Antiochia, che si riferiscono a quel concetto, loro particolarmente caro, di *ἀγάπη*: « *ἐν τῇ ὁμοιοῖα ὑμῶν καὶ συμφῶνῳ ἀγάπῃ* » (IGNAZIO, *Ad Ephesios*, IV, 1-2); « *ὁμοιοῦντας... ἐν ἀγάπῃ* » (CLEMENTE I° *ad Corinthios*, LXII, 2).

(208) Sulla biografia di Cipriano, esauriente e informato, come al solito, il *Dictionnaire de théologie catholique*, alla voce *Cyprien (saint)*, affidata alle cure di P. GODET.

e, per così dire, aureo, della Apologetica; perfeziona, perché se v'è un argomento centrale nella sua opera, se v'è una preoccupazione costante nella sua voce di pastore, è la Chiesa, ormai già sviluppata in tutte le terre dell'Impero, ma che ancora attende il teorico che ne fissi o almeno ne cristallizzi in una enunciazione filosoficamente e giuridicamente sicura la costituzione. Per questo è naturale che Cipriano debba essere di questo lavoro, come di ogni altro che abbia riguardo ad analoga materia, fonte precipua e rilevante.

E veniamo al testo — ripetiamo — fondamentale, tratto dall'epistola LX. Il Santo rivolgendosi ai Suoi fedeli afferma: « dum apud vos unus animus et una vox est, ecclesia omnis romana confessa est » (209). Che l'unanimità canonica abbia avuto il significato costante e unitario di « unus animus et una vox » abbiamo già veduto: dunque la voce, la deliberazione unanime dei fedeli è espressione della stessa Chiesa. Grazie a quella unanimità la Chiesa si fa persona (210).

Ogni aggiunta da parte nostra sarebbe superflua. Piuttosto crediamo che sia proficuo approfondire ancora la nostra indagine sì che l'affermazione dell'apologista e anche la tesi di questo lavoro ne siano ancor più illuminate.

Già potrebbero essere molto indicative certe espressioni patristiche in cui i due concetti sono accomunati: « dominici gregis animum et corpus unum » (211). Ma sono queste solo delle semplici indicazioni.

È però la concezione stessa della *unanimitas* come *consensio* che traluce da molti passi (212). E noi abbiamo già indicato nella *consensio fidelium* la base fondamentale del *corpus mysticum* (213). E potremmo qui aggiungere anche argomenti e affermazioni che già nel corso del lavoro abbiamo avuto occasione di fare: *unanimità* come *unitas* e come mezzo per cui la *diversitas* si compone (è la parola della fonte) in *universitas* (214); unanimità come carità ed

(209) CIPRIANO, *Epist.*, LX, 1.

(210) CIPRIANO, *Epist.*, LXXV, 25: « potest esse unum corpus et unus spiritus apud quem fortasse ipsa anima una non est? ».

(211) CIPRIANO, *Epist.*, XLVI, I.

(212) Fra i molti esempi cfr. CIPRIANO, *Epist.*, LV, 8.

(213) Cfr. al n. 13.

(214) Cfr. a p. 62, nota 134.

espressione di fraternità ⁽²¹⁵⁾, che sappiamo elementi essenziali e intimi alla natura del *corpus mysticum* ⁽²¹⁶⁾; unanimità come legame che costringe ad unità ⁽²¹⁷⁾.

Ma v'è di più: si può cogliere netta una concezione fondamentale, che si riallaccia strettamente all'altra della deliberazione *ad unanimitatem* come deliberazione ispirata dalla Divinità, ma che è più esplicita e, almeno in relazione al concetto di *corpus*, più interessante. L'unanimità è il requisito per cui la turba, la *multitudo* può assurgere a *corpus*.

Non è questa nostra una affermazione nuova in questo lavoro: già il discorso che a suo luogo facemmo dell'intervento dello Spirito Santo nell'assemblea, la conteneva sostanzialmente. Però è tuttavia da notare, come un simile concetto sia precisato con tanta efficacia, con tanta precisione, direttamente, dai Padri. Cristo ha consigliato ai discepoli l'*unanimità*, « ostendens non multitudini, sed unanimitati deprecantium plurimum tribui » ⁽²¹⁸⁾. Il Cristo esige per l'elargizione della Sua grazia un requisito particolare: l'unanimità. Il che ci spiega certe espressioni di Cipriano e di Tertulliano che la qualificavano *sacramentum*, e di Origene che in un passo interessante e puntuale esalta la *unanimitas gratia* e giustifica il valore e la necessità di quella ⁽²¹⁹⁾. Ciò che però più interessa il giurista è che questa

⁽²¹⁵⁾ Non vi abbiamo insistito dato il carattere intieramente mistico delle affermazioni dei Padri; ci basti qui dire che queste affermazioni sono, logicamente numerosissime e costantemente ripetute, né vale la pena di riportarle.

⁽²¹⁶⁾ Cfr. sopra al § III, n. 12.

⁽²¹⁷⁾ Segnaliamo anche questo passo di CIPRIANO (*Epist.*, XLVI, 2): « nam cum unanimitas et concordia nostra scindi omnino non debeat », che fa il paio con gli altri passi ciprianei già indicati, delle Epistole (LII, I; LVIII, 2; LXVIII, 5).

⁽²¹⁸⁾ CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 12.

⁽²¹⁹⁾ ORIGENE, *Commentar. in Epist. B. Pauli ad Romanos*, Lib. X, 7: « Vis autem scire quantum valeat unanimatis gratia? Salvator in Evangelio (Matth., XVIII, 19) pronuntiat quia si duo vel tres in unum consenserint, de omni re quacumque petierint a Deo fiet illis; et iterum de semetipso dicit, quia ubi fuerint duo vel tres congregati in nomine meo hoc est unum atque idem sentientes in nomine Jesu Christi, ibi inquit, ero in medio eorum. Vis et aliud accipere exemplum, quomodo unum sentientibus Christus medius fiat? Vide in Actibus apostolorum quomodo post ascensionem Domini, cum elevassent, inquit, undecim apostoli cum caeteris vocem et unanimiter orassent, motus est locus in quo stabant et praesentiam Sancti Spiritus meruerunt. Puto... per hoc ostendi quia duobus vel tribus in uno positus Spiritus Sanctus unum de eis sensum atque unum

unanimità, che sul piano teologico è *fraternitas*, sul piano giuridico diviene organizzazione, e il complesso sociale, in cui si articola, *corpus*, e, se vogliamo usare la nota terminologia di Tertulliano, *curia*. E riaffiora anche quella contrapposizione così viva nei primi monumenti canonici tra *multitudo* da una parte e il corpo organizzato dei fedeli dall'altra.

In rapporto a questa *unanimitas* possiamo allora pienamente affermare che i requisiti che Tertulliano poneva alla base del *corpus Ecclesiae* si assommano e si riassumono in questa. *Conscientia religionis, disciplinae unitas, spei foedus*, aveva precisato il grande Apologista ⁽²²⁰⁾. Ebbene noi abbiamo veduto che l'*unanimitas* è nutrita — per così dire — da una sicura consapevolezza religiosa; è unanimità dei fedeli che credono in uno stesso Dio ed in una stessa *religio* e che sono l'uno all'altro *fratres* in un legame di indubbia natura mistico-teologica; è unità ed è disciplina nei suoi aspetti di coesione stretta e indissolubile tra i membri del gruppo sociale, ed è organizzazione di questo gruppo; infine è la mistica *consensio* dei fedeli nutriti della stessa speranza che li cimenta verso l'eterno: ed è il fine stesso della Chiesa e dell'ordinamento giuridico canonico, la *salus aeterna animarum*, questo *τέλος* raccoglitore di tante volontà unanimi, di tante persone in un *corpus* unico.

V. Conclusione.

17. La conclusione di questa ricerca è già sviluppata nelle pagine che precedono. Vogliamo qui solo fissare in modo succinto i nostri risultati specialmente in rapporto al titolo che abbiamo dato al nostro lavoro.

Son ben chiari il significato complesso e gli aspetti vari e peculiari che il concetto di *unanimitas* assume nell'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva. Concetto che domina il pensiero dei Padri, la legislazione dei Concili (come vedremo), le statuizioni

elicuerit sermonem: ut qui Ecclesia docere cupiebant unum dicere omnes atque unum sapere, ipsi prius unum se dicere atque unum sapere demonstrarent et uno ore honorificarent Deum ... Unum namque os dicitur, ubi unus atque idem per diversorum ora sensus et sermo procedit ».

⁽²²⁰⁾ Cfr. per quanto abbiamo detto in proposito a p. 69.

monastiche. Legittima era pertanto la formula usata nel titolo, dove l'unanimità appare quasi come chiave di volta dell'edificio costituzionale della Chiesa primitiva, allo stesso modo che il principio agapico della *charitas* appare il fondamento della sua struttura teologica.

Certo, dopo quanto abbiamo affermato, dopo aver riferito nella sua genuinità il pensiero apologistico, un fatto è avvertibile: l'*unanimitas* canonica è ben altro che un semplice principio regolante le deliberazioni assembleari della Chiesa. O meglio non è soltanto quello.

L'*unanimitas* di Cipriano rivela aspetti molteplici: essa è il requisito per la validità di una espressione di volontà di un gruppo sociale, viene enunciata da Cipriano nel terreno dei rapporti intersubiettivi, cioè sociali, e, in questa veste, può veramente esser definita principio costituzionale e nessuno potrebbe non scorgere in essa un palese lato giuridico.

Abbiamo veduto però che la concezione dei Padri è più complessa: e al di sotto di questa unanimità sociale appare un'idea di *unanimitas*, come adesione intima del soggetto alla verità dell'Evangelo e alla Chiesa, con una nozione assolutamente spirituale e mistica nell'ambito del *foro interno* inafferrabile e irrilevante per il mondo del diritto.

È l'aspetto teologico dell'istituto che abbiamo appena toccato nel corso dell'indagine, e possiamo anche dire il punto d'avvio per tutta la costruzione apologistica: l'unanimità interiore, l'adesione essenziale e sostanziale delle singole persone alla realtà della *ecclesia* e alla sua dottrina, non poteva non costituire per i Padri il presupposto necessario per ogni deduzione giuridica: quali pastori essi dovevano necessariamente preoccuparsi di questo aspetto secreto dell'anima umana; essi che a un rapporto sociale anteponevano il rapporto dell'uomo con la divinità, facendo di quell'anima umana l'oggetto precipuo delle proprie cure.

Del resto, come abbiamo più volte avvertito, *unanimitas* è nozione anche teologica: i Padri fissano un principio, un canone; la loro affermazione teorica, avente spesso un senso che va ben più in là di una pura enunciazione relativa a un meccanismo elettivo, fu sì la fonte di tutto il diritto elettorale canonico del Medioevo, ma non può esser da noi intesa se la osserviamo in questo limitato senso.

Perciò quando abbiamo voluto collocare l'*unanimitas* della Chiesa nell'ambito del primo ordinamento cristiano; quando l'abbiamo voluta porre in rapporto con il concetto di persona giuridica, o — diciamo meglio — con una nozione storicamente più valida nell'evoluzione del *ius canonicum* — di *corpus*, di istituzione, ci facevamo per ciò stesso sensibili a questo indirizzo delle fonti e più aderenti al loro significato, tendenti a costruire un concetto di ampia portata.

Unanimitas e origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico. Già in principio spiegammo preliminarmente il perché di questo accostamento. Possiamo ora giustificarlo, e constatarne la legittimità.

Dum apud vos unus animus et una vox est, Ecclesia omnis romana confessa est. La personalità della Chiesa non è esclusa dal canone unanimitario, anzi è presupposta, e quella unanimità, quale vita intima in cui si articola il *corpus mysticum*, è la più diretta espressione e significazione dell'esistenza di una istituzione « Chiesa » quale unità rigidamente organizzata.

Abbiamo detto, all'inizio, che lo studio di Sinibaldo de' Fieschi (e un'indagine diretta varrebbe a porlo in luce, se non bastasse quanto già ne scrisse il Ruffini) rivela questo rapporto, anzi questa dipendenza del concetto di *universitas* in Sinibaldo dalla prima Patristica.

Abbiamo visto come realmente si potesse parlare di origini del concetto moderno di persona giuridica, che è giunto a noi elaborato e perfezionato dal plurisecolare e continuato filone del diritto canonico. E aggiungiamo come sia del tutto naturale che noi dobbiamo alla Chiesa un simile perfezionamento, perché nel suo meccanismo costituzionale la persona giuridica ha una funzione indispensabile.

Lo Stato assoluto imperniato nella persona vivente del Sovrano, lo Stato feudale con la sua peculiare concezione del *beneficium*, dei pubblici uffici e delle pubbliche funzioni, non avvertirono l'esigenza di autonomia di entità a sé stanti e personificate; esigenza che ben avverte invece lo Stato moderno, in cui talvolta lo sviluppo autonomistico degli enti pubblici assume notevolissime proporzioni; ma la Chiesa nel suo peculiare aspetto di istituzione, con la sua particolare concezione degli *officia* non suscettibili di una gestione ereditaria ma solo delimitata per un tempo che coincideva in genere con la vita dell'individuo; nella sua particolare costituzione gerarchica, dove si

applicava un concetto tutto ierocratico di gerarchia e dove il *populus fidelium* assumeva sempre più la fisionomia di oggetto di potestà e di doveri, questa Chiesa, che andava d'altronde costituendosi un patrimonio di giorno in giorno più rilevante, doveva dare la massima rilevanza, nel suo seno, al concetto di persona giuridica.

Ci basti anche pensare che la Chiesa è persona teologica prima ancora che giuridica; è persona dotata di una forza intrinseca che trova le sue radici nel divino. Essa *deve* essere soggetto di diritti non fosse altro come depositaria di verità divine e della Tradizione apostolica, come l'unico mezzo a disposizione del genere umano per il conseguimento della Grazia. I suoi membri sono in essa assicurati e vivificati e partecipi misticamente della verità. La Chiesa, come società divinamente istituita, è necessariamente persona staccata dalle singole persone dei suoi membri. Sarebbe inconcepibile attribuirle una struttura meramente associativo-collegiale.

Il concetto di persona giuridica, nella sua particolare sostanza istituzionale, nasce e si afferma nel *ius canonicum* proprio per una necessità teologica e in essa trova la sua essenziale giustificazione. È naturale quindi che la Chiesa, muovendo da questa necessità teologica, abbia costruito il concetto in maniera affatto autonoma, senza alcuna derivazione dal diritto romano. Tutta l'elaborazione dell'idea di *unanimitas*, che abbiamo delineato, e insieme l'altra perspicua elaborazione del concetto sanioritario, di una *sanior pars*, cui accenneremo tra breve; nozioni teologicamente valide e solo in una luce teologica spiegabili; nozioni strettamente legate al *corpus ecclesiae*, così da presupporlo; stanno a testimoniare l'originalità e l'autonomia della elaborazione canonistica.

Non si insisterà mai troppo sul fatto che la Chiesa costruisce con propri mezzi il suo ordinamento, partendo da una concezione strutturale e da principi fondamentali assolutamente nuovi. L'accostamento tra unanimità e istituzione, che a un esame superficiale potrebbe ben sembrare abnorme, ci rivela che la nostra indagine si colloca alle origini di un filone di pensiero, in prevalenza teologico, che non ha precedenti storici.

Abbiamo ben creduto di iniziare l'indagine ponendo in chiaro che l'unanimità germanica è l'espressione primitiva di una mancanza di astrazione e di una impotenza alla elaborazione teorica e perfezionata della *universitas*. Abbiamo anche creduto di insistere sulla

costante adozione del principio maggioritario nel diritto pubblico di Roma. È proprio dal raffronto con queste due situazioni storiche, ora che il concetto canonico di unanimità è delineato e precisato, che appare nuova e originale l'impostazione canonica, e il nostro discorso si legittima; discorso che riprenderemo più avanti, più ampiamente, trattando del problema delle relazioni tra *unanimitas*, *sanior pars* e *major pars* nella storia del diritto canonico. Non solo ma crediamo che con le pagine precedenti sia stato posto in luce il valore e la giustificazione di tutte le affermazioni unanimitarie che con tanta larghezza affiorano dalle fonti canoniche medievali. I cartari abbaziali e capitolari, i documenti di fraternite e di ordini, i verbali in genere di ogni consesso ecclesiastico tengono ad informare che questa o quella decisione fu presa « unanimiter ». Questo avviene anche nel secolo XIV, quando cioè il canone maggioritario è penetrato vittoriosamente anche nella vita delle assemblee e nel diritto pubblico generale della Chiesa. Solo presupponendo questa concezione della *unanimitas* la dizione formale dei documenti acquista una luce e si avviva di una giustificazione. Non si trattava solo di un meccanico recepimento di uno *stylus curiae*, che il formalismo dei notai inseriva come un semplice e irragionevole ossequio alla tradizione: lo *stylus curiae*, consolidato su di un filone dalle origini apostoliche, tendeva a riaffermare l'unità teologica e giuridica del collegio che l'unanimità esprimeva; tendeva inoltre a riaffermare una situazione peculiare che rendeva accettabile a Dio la decisione del collegio e la costituiva per ciò stesso ispirata e intangibile ^(220 bis).

18. Prima di terminare però questa conclusione, crediamo opportuno di aggiungervi qualche precisazione che, pur non essendo necessaria alla ricostruzione del principio unanimitario, pertuttavia potrà essere un elemento chiarificatore e di qualche utilità.

Vogliamo cioè qui brevemente esaminare i primi testi conciliari e le prime legislazioni monastiche in rapporto al nostro concetto; in secondo luogo chiarire la relazione fra la *unanimitas* canonica e il

^(220 bis) Proprio in questa luce andrebbero forse valutate e rivedute certe affermazioni sui rapporti fra unanimità e persona giuridica negli ordinamenti civili (p. es. nell'ordinamento comunale) e su pretese influenze del diritto associativo dei popoli germanici su quelli.

principio « quod omnes tangit ». Teniamo però a ripetere che questi nostri saranno soltanto brevi accenni, non volendo noi oltrepassare i limiti cronologici e logici imposti al lavoro.

Sul primo punto, lungi dal fare qui un sistematico esame delle prime legislazioni, monastica e conciliare, ci limiteremo a esporre una problematica che da queste sorge.

Non v'ha dubbio che la grande elaborazione dottrinale sul concetto di *unanimitas* si fa prepotentemente sentire nelle norme conciliari che regolano la vita costituzionale della Chiesa. L'*unanimitas* resta necessariamente il procedimento per eccellenza, per esempio nel campo delle lezioni episcopali, e numerosi canoni lo documentano ⁽²²¹⁾. Del resto le lettere che, in genere, precedono ogni concilio, dato il loro carattere in prevalenza dottrinale, hanno frequentissimi riferimenti, ed è in esse notevole l'uso generale dell'aggettivo « ὁμόψυκος » ⁽²²²⁾. Così Alessandro, vescovo di Alessandria, per il concilio di Nicea: « Τοῖς ἀγαπητοῖς καὶ τιμιωτάτοις συλλειτουργοῖς, τοῖς ἀπανταχοῦ τῆς καθολικῆς ἐκκλησίας... ἐνὸς σώματος ὄντος τῆς καθολικῆς ἐκκλησίας ἐντολῆς τε οὔσης ἐν ταῖς Θεείαις γραφαῖς, τηρεῖν τὸν σύνδεσμον τῆς ὁμοιοῖας καὶ εἰρήνης » ⁽²²³⁾.

Il concetto di *unanimitas* come vita intima del *corpus Ecclesiae* è costantemente presente in queste espressioni. Sappiamo d'altronde dalla lettera sinodale ai vescovi dell'Armenia che il Concilio Gangrense fu convocato « οὔτε γὰρ κοινὴ γνώμη αὐτῶ ἀπάντων ἐγένετο » ⁽²²⁴⁾ e un preciso riferimento unanimitario reca l'epistola sinodica al Concilio Antiocheno Primo ⁽²²⁵⁾.

Dopo questa constatazione è però il caso di precisare (già vi accennammo al primo capitolo) che i concili costituiscono una fonte particolarmente delicata. Legislazione ufficiale della Chiesa, essi subiscono i più disparati influssi e assai spesso i canoni conciliari ci rivelano norme e regole di cui è facile avvertire o la novità o la estraneità al sistema giuridico della Chiesa.

⁽²²¹⁾ Cfr. p. e. , tra i concili del IV secolo, *Concilium Nicenum*, c. 4, in MANSI t. II, c. 669 e *Concilium Anthiochenum I*, c. 15 in MANSI, t. II, c. 1314.

⁽²²²⁾ È di uso generale, se ne veda un esempio nel prologo del *Concilium Anthiochenum I*, in MANSI, t. II, c. 1305.

⁽²²³⁾ In MANSI, t. II, c. 661.

⁽²²⁴⁾ *Concilium Gangrense*, in MANSI, t. II, cc. 1099-1100.

⁽²²⁵⁾ In MANSI, t. II, c. 1305.

Anche se l'Imperatore non giunse a fare di queste assemblee i *Reichsparlamente* della *Reichskirche*, non potremmo non constatare il peso dello Stato imperiale sopra i concili. Spesso furono convocati dagli stessi imperatori: Costantino convocò i concili di Arles (314), Nicea (325), Tiro (335), i suoi figli quello di Sardica (343), Costanzo quello di Milano (355), Rimini e Seleucia (359); Graziano quello di Aquileia (381), Teodosio I quello di Costantinopoli (381), e così via ⁽²²⁶⁾. L'Imperatore ha il diritto di convocare i concili e di fissare il luogo e la data dell'assemblea ⁽²²⁷⁾. Questo stato di fatto, forse concretatosi in una coazione diretta sulla pronunzia dei Padri da parte degli Imperatori bizantini, fa delle fonti conciliari un terreno confuso e di esegesi difficile in ispecie per il giurista.

Nel nostro specifico campo ci è dato infatti di constatare che, accanto al tradizionale filone del pensiero unanimitario, affiorano accenni maggioritari ed espressioni in cui la Chiesa sembra accettare il principio della semplice prevalenza numerica, principio che, come vedremo, sarà estraneo al suo sistema fin quasi al secolo XIII ⁽²²⁸⁾.

Si tratta, a nostro avviso, della intrusione di un concetto laico e romano che non può trovare giustificazione nella struttura stessa del *jus canonicum*.

Ci basti, a questo proposito, ricordare anche il maggior favore per l'aspetto consuetudinario, per gli ἀρχαία ἐθῆ, regionali, nell'ambito della Chiesa ⁽²²⁹⁾. L'irriducibile disprezzo che trovavamo in Cipriano verso la consuetudine si attenua di gran lunga; la rigida elaborazione dottrinale dell'Apologista si sfalda con un processo lento, ma costante, che, iniziando da questi primi canoni conciliari, su cui operano gli influssi più svariati ma soprattutto dell'ordinamento civile, sboccherà nella dottrina della patristica del periodo aureo, la quale considera infatti l'ἔθος sotto un profilo diverso e di

⁽²²⁶⁾ GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles*, cit. p. 136. Su queste convocazioni imperiali A. MOZZILLO, *Dei rapporti tra gli imperatori ed i concili ecumenici da Costantino e Giustiniano in Archivio giuridico*, CXLVI (1954), che è tornato recentemente sull'argomento a proposito però del concilio di Costantinopoli (*La convocazione del concilio di Costantinopoli*, in *Labeo*, III (1957).

⁽²²⁷⁾ GAUDEMET, *La formation*, cit., p. 136.

⁽²²⁸⁾ P.e. nel *Concilium Antiochenum*, c. 19.

⁽²²⁹⁾ Così in *Concilium Nicenum*, cc. 6 e 7, in MANSI, t. II, 669-672.

più netto favore, pur sottoponendolo a precisi limiti per la sua validità.

Invece nelle *Constitutiones Apostolorum* e nei *Canones* (che sappiamo attribuibili con certezza al sec. V) il filone del pensiero unanimitario prosegue pienamente con accenni tipici del più schietto sapore apologetico⁽²³⁰⁾; è il caso però di notare certe affermazioni in cui al solo « numero » si dà rilevanza⁽²³¹⁾.

Infine nelle prime regole monastiche frequentissimi sono i riferimenti unanimitari, che trovano la loro base o la loro giustificazione nei passi della Scrittura, e soprattutto nei noti testi di Giovanni, di Paolo e degli Atti. Qui veramente l'unanimità è intesa in un senso prevalentemente teologico⁽²³²⁾, dato il carattere squisitamente mistico di queste statuizioni. Però è importante constatare come un simile concetto sia in modo particolare veduto sotto il profilo dell'obbedienza⁽²³³⁾, e come l'unanimità sia condizione per l'assistenza dello Spirito Santo sulla *communitas*⁽²³⁴⁾.

Unanimità è anche qui unità ed è anche qui espressione del corpo morale. La piccola comunità dei monaci trova nella *unanimitas* il suo singolare vincolo, la sua sola anima e la sua unitaria vita. Ecco una significativa testimonianza tratta dalla regola di S. Aure-

⁽²³⁰⁾ Così *Constitutiones*, lib. II, c. LVI, e lib. VI, c. I, e *Canones*, XXXVIII « sed nec ille (episcopus) praeter omnium conscientiam faciat aliquid; sic enim unanimitas erit et glorificabitur Deus per Christum in Spiritu Sancto ».

⁽²³¹⁾ Così *Canones* (c. XIII): « et hoc non a semetipso praesumat, sed multorum episcoporum indicio et maxima supplicatione perficiat ».

⁽²³²⁾ « Volumus ergo fratres unanimes in domo cum iucunditate habitare; sed qualiter unanimitas ipsa vel iucunditas recto ordine teneatur, Deo adiuvante mandamus » (*S.S. Patrum Serapionis Macarii Paphnutii et alterius Macarii regula*, c. III) (sec. IV), in HOLSTENIUS, cit., I; « Efficiamur unanimes » (*Monita S. Pachomii*) (sec. IV), in HOLSTENIUS, cit. I. Si confrontino però i seguenti testi monastici del sec. IV-V: « Ille vero qui secundum ordinem disciplinae ordinatione abbatis ex consilio et voluntate omnium fratrum fratribus prepositus est... »; « si omnes fratres viderint Praepositum nimium negligentem... referant hoc... » (*Regula orientalis*, c. III e c. XVI, in HOLSTENIUS, I).

⁽²³³⁾ « Considerandum est quoque ab his qui se tali opere unanimes esse cupiunt, quia per oboedientiam Abraham placuit Deo » (*S.S. Patrum Serapionis, Macarii, Paphnutii et alterius Macarii regula*, c. IV, in HOLSTENIUS, cit., I).

⁽²³⁴⁾ Leggiamo nella regola citata alla nota che precede che i Padri « sedentibus nobis in unum consilio saluberrimo » chiedono allo Spirito Santo di degnarsi di dettare la Regola; e soggiungono, ricordando i salmi 132 e 67: « Ecce quam bonum et quam iucundum habitare fratres in unum; qui habitare facit unanimes in domo ».

liano di Arles: « Nullus praesumat quidquam secum dicere aut suum proprium vindicare: sed secundum Actus Apostolorum sint vobis omnia communia; sit vobis anima una et cor unum in Domino »⁽²³⁵⁾. Non possiamo fare a meno di accostarvi un altro capitolo della stessa regola: « Sancto abbati non liceat aliquid de facultatibus monasterii donare aut vendere... quod si facere tentaverit, sancto consilio et uno consensu fratrum ex nostro permissio non acquiescatis »⁽²³⁶⁾. Il monastero possiede in suo nome; ad esso fan capo le sostanze abbaziali. L'unanimità dei fratelli è espressione della personalità della comunità religiosa.

19. Dopo questo breve *excursus* ci sia ora consentita una altrettanto breve puntualizzazione sopra i possibili rapporti tra il principio unanimitario dell'ordinamento canonico e il noto principio « quod omnes tangit, ab omnibus probari debet »; principio accolto nello stesso *Codex iuris canonici* in quel singolare canone 101 che pur riafferma un saldo principio maggioritario⁽²³⁷⁾.

L'ambiente storico del principio « quod omnes tangit » è il secolo XIII (la prima menzione ufficiale nel diritto della Chiesa è in una Decretale di Innocenzo III) e non occorrerebbe perciò accennare ad esso in questo lavoro se non si ponesse quale origine di quel principio una fonte giustiniana⁽²³⁸⁾, e cioè una fonte assai vicina al

⁽²³⁵⁾ *S. Aureliani Arelatensis regula*, c. XXV.

⁽²³⁶⁾ *Ibidem*, c. XLIII.

⁽²³⁷⁾ Al n. 2 del § 1 il c. 101 C.J.C. dichiara: « Quod autem omnes, uti singulos, tangit, ab omnibus probari debet ». Sull'iter per cui una simile regola è stata accolta nel Codex, cfr. O. GIACCHI, *La regola « quod omnes tangit » nel diritto canonico (can. 101, § I, n. 2, C.J.C.)*, in *Studi in onore di Vincenzo del Giudice*, Milano, 1953, vol. I.

⁽²³⁸⁾ La prima menzione ufficiale nel diritto della Chiesa è — come accennavamo più sopra nel testo — in una Decretale di Innocenzo III, che attinge alla costituzione imperiale di Giustiniano I, in tema di tutela. In quella costituzione Giustiniano aveva disposto (C. 5, 59, 5): « Tunc etenim, (tutores) sive testamentarii sive per inquisitionem dati sive legitimi sive simpliciter creati sunt, necesse est omnes suam auctoritatem praestare, ut, quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur ». Questa disposizione, dettata per un ristrettissimo campo del diritto privato e giustificata dalla particolare materia tutoria, viene assunta dalla dottrina canonistica a base del nuovo principio. Non è nostro compito far qui la storia del principio *quod omnes tangit*, ma crediamo che l'esame della Patristica, specie del sec. VI-VII, esame che gli studiosi del principio non hanno compiuto, potrebbe offrire spunti interessanti per la ricostruzione del *prius*

nostro periodo unanimitario. Onde, potendo taluno pensare a un accostamento con la *unanimitas*, una precisazione in tal senso sarà utile e giustificata.

Esaminiamo succintamente i vari significati ed aspetti di questo principio. Come principio costituzionale ⁽²³⁹⁾ ha un significato squisitamente democratico: la decretale di Innocenzo III si inserisce infatti nel pensiero politico-giuridico della Chiesa nel sec. XIII, quando il principio della sovranità popolare viene assunto dai Pontefici come arma per combattere l'assolutismo imperiale ⁽²⁴⁰⁾. In un secondo significato la regola « quod omnes tangit » contiene una

storico della decretale di Innocenzo III. La costituzione giustiniana è una giustificazione formale, apparente, che trova il suo valore nell'essere costituzione imperiale romana, in un momento in cui la rinascita del diritto romano era in pieno vigore. Formalmente è Giustiniano che dà qui le basi al nuovo principio, sia pur dettato — ripetiamo — per una peculiarissima materia. Ma è invece la Patristica, dal sec. VI in avanti, che potrebbe offrire l'*iter* reale che sboccherà nella decretale innocenziana. La legittimità di questa impostazione ci è dimostrata dall'ultima, ampia ed importante ricerca di Y.M.Y. CONGAR, *Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet*, in *Revue historique de droit français et étranger*, s. IV, XXXVI (1958). Il Congar infatti, ciò che da altri o non era stato fatto o molto imprecisamente, risale ai testi patristici e conciliari che sono il reale presupposto dottrinale della decretale innocenziana, e cioè ai testi famosi di S. Celestino I (423-432) e di S. Leone I (440-461) e dei concili di Orléans (a. 549) e di Parigi (a. 557), per i quali cfr. alla p. 225 del precit. studio.

Dobbiamo però avvertire che il problema delle origini storiche del nostro principio non si pone sempre netto in questo autore che sembra accomunare, con una illegittima confusione, in pagine concettualmente non chiare (pp. 224-229), la regola « quod omnes tangit » e l'unanimità canonica; il che è proprio il contrario di quanto teniamo a precisare nel testo.

⁽²³⁹⁾ Sul principio costituzionale cfr. P. S. LEICHT, *Un principio politico medievale*, in *Rendiconti R. Accad. Lincei. Classe Scienze morali*, s. V, XXIX (1920) ora in *Scritti vari di storia del diritto italiano*, I, Milano, 1943; M.C. CLARKE, *Medieval representation and consent*, London-New York-Toronto, 1936, p. 264 ss.; CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 196 ss.; A. MARONGIU, *Il principio fondamentale della democrazia nel XIII secolo*, in *Paideia*, I (1946); ID., *L'istituto parlamentare in Italia dalle origini al 1500*, Roma, 1949, p. 65 ss.; GIACCHI, *La regola « quod omnes tangit »*, cit., p. 345. Sebbene condotto su fonti dottrinarie e di indole generale, potrà essere utile l'ampio quadro del MOCHEI ONORY, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato*, Milano, 1951 (Pubbl. Univ. Cattol. Sacro Cuore, N.S., vol. XXXVIII). Interessanti accenni in G. POST, *Plena potestas and consent in medieval assemblies*, in *Traditio*, I (1943), soprattutto p. 368 ss. Dello stesso ultimo autore cfr. anche *A romano-canonical maxim « quod omnes tangit » in Bracton*, in *Traditio*, IV (1946).

⁽²⁴⁰⁾ LEICHT, *Un principio politico medievale*, cit., p. 138.

norma procedurale, « nel senso che debbono essere chiamati ad intervenire nel giudizio che si svolge circa un determinato rapporto tutti coloro che vi hanno interesse »⁽²⁴¹⁾, e ancora in un terzo aspetto « si riferisce al limite che, nei confronti delle deliberazioni della maggioranza, è costituito dalla esistenza dei diritti dei singoli membri della comunità »⁽²⁴²⁾. Orbene, si può da qui scorgere che nessuna relazione intercorre tra *unanimitas* e il principio *quod omnes tangit*.

Se questo principio è, nel suo aspetto costituzionale, espressione di una concezione democratica, il nostro istituto, poggiante su salde basi teologiche, è invece espressione di un pensiero del tutto ierocratico. Se negli altri due significati la regola *quod omnes tangit* sorge e si pone come tutela dei diritti dei singoli e come espressione di uno *ius singuli*, noi dovremmo ripetere quanto più sopra dicevamo: che l'unanimità canonica è espressione del *corpus* e dell'*unitas Ecclesiae* in una visione in cui i diritti dei singoli sono soffocati nella totalità e unitarietà dell'istituzione.

I due principi dunque hanno diverso fondamento, diversi presupposti, diverse finalità: la regola *quod omnes tangit*, i cui primi accenni possono cogliersi in varie testimonianze della patristica dei secc. VI e VII, è in un filone di pensiero che corre parallelo e indipendente da quello unanimitario. Mentre quest'ultimo, la cui funzione era stata singolare in rapporto al concetto di istituzione, si spegneva, ormai privo di una sua forza intrinseca, davanti alla elaborazione dei Decretalisti, il secondo si inseriva perfettamente nella politica papale del Basso Medioevo e nella formazione delle consuetudini costituzionali dell'Europa, sboccando, in un significato ben più ristretto, non già politico, ma più tecnicamente giuridico, dopo un *iter* peculiare ed interessante, nella formulazione del legislatore canonico.

VI. *Unanimitas, sanior pars, major pars.*

20. Non si creda che noi vogliamo qui occuparci della storia del principio sanioritario e di quello maggioritario nella evoluzione

⁽²⁴¹⁾ GIACCHI, *La regola « quod omnes tangit »*, cit., p. 346.

⁽²⁴²⁾ GIACCHI, *La regola « quod omnes tangit »*, cit., pp. 347-348.

dell'*ius canonicum*, e neppure che si voglia qui dare in succinto un quadro, sia pur breve, di questa storia. Occorrerebbe a ciò ben più di qualche pagina. Il nostro scopo è invece quello di accennare, dopo aver ricostruito il concetto patristico di *unanimitas*, a tutta una serie di problemi che sorgono dalla comparazione dei tre meccanismi elettivi, e altresì a formulare qualche risultato positivo che quella ricostruzione ci permette.

Innanzitutto *unanimitas*, *sanior pars*, *major pars* costituiscono tre momenti ben definiti nella storia del diritto canonico: salvo i naturali intrecci che possono essersi verificati, purtuttavia possiamo individuare tre periodi nella evoluzione delle assemblee ecclesiastiche che sarebbe lecito chiamare: periodo unanimitario, sanioritario, maggioritario.

È questa una facile constatazione, che già fece il Ruffini Avondo con tutti coloro che si occuparono del problema, ma è proprio questa constatazione che potrebbe trarre in equivoco. E l'equivoco potrebbe essere quello di ritenere adombrata da questi tre periodi, l'uno all'altro successivi, una evoluzione nello stesso pensiero canonico, considerare cioè, come scandito in tre gradi, un processo di sempre maggior perfezionamento nel diritto della Chiesa, perfezionamento che solo verrebbe conseguito con l'enunciazione e l'adozione di un canone maggioritario. Ebbene, dalla nostra ricerca emerge la assoluta inconsistenza di una simile concezione.

Che la dottrina del *jus canonicum* si evolva, che acquisti sempre più, specie dopo l'opera di Graziano, una spiccata fisionomia giuridica, distinta dalla semplice elaborazione teologica, è appena il caso di avvertire. È questa la naturale evoluzione che consegue a una plurisecolare e sempre più affinata e profonda elaborazione. Che però lo stadio, chiamiamolo così, unanimitario stia a indicare un momento di particolare povertà nei confronti dei successivi; che non si sia in esso raggiunta quella capacità di astrazione per cui il *collegium* viene considerato persona e che questa astrazione sia palese solo quando si darà rilevanza giuridica ad una *pars* dei componenti il corpo sociale, ciò non è aderente alla realtà storica.

Non è lecito fare del concetto e del principio unanimitario uno schema generale, accomunandovi la concezione barbarica e quella della Chiesa: la nostra ricerca dimostra — ci sembra — che le relazioni tra unanimità e persona giuridica si configurano in maniera

ben diversa e quasi opposta nella sfera ecclesiastica e nella civile. Già nel suo stadio unanimitario la Chiesa concepisce sé stessa e le Chiese locali come corpi morali e quella *unanimitas*, lungi dall'escludere la personalità dell'ente, la presuppone.

Sarebbe falso impostare il problema sotto il profilo della evoluzione di un concetto da una grezza primitività a costruzioni più valide. Già altrove l'abbiamo accennato e ci basti qui riaffermarlo decisamente, se non altro per ripudiare, per quanto attiene al diritto canonico, il principio che il Gierke stesso aveva enunciato, e cioè che il sostituirsi del principio maggioritario al concetto di unanimità è la conseguenza del sostituirsi del concetto di corporazione (*Körperschaftsbegriff*) al concetto di associazione (*Genossenschaftsbegriff*)⁽²⁴³⁾. A parte i dubbi sulla utilità e legittimità di questa troppo schematica distinzione, risulta chiaro dalle pagine precedenti che una concezione associativo-collegiale è, nell'ambito della Chiesa, sempre decisamente soffocata da un completo ma unitario « *Körperschaftsbegriff* ». La enunciazione del Gierke, mentre si rivela priva di una validità generale, potrà solo legittimamente affermarsi nel terreno degli ordinamenti civili. E basti, dopo quanto dicemmo⁽²⁴⁴⁾, questa semplice precisazione.

21. Ci sembra invece piuttosto interessante studiare i rapporti tra il concetto canonico di unanimità e il concetto di *sanior pars*.

Molto si è scritto⁽²⁴⁵⁾ sopra questa singolare concezione canonica, ma l'argomento attende ancora una indagine approfondita. Qui interessa solamente cercare di dare una risposta all'interrogativo

⁽²⁴³⁾ La troviamo enunciata in *Über die Geschichte des Majoritätsprinzips*, in *Essays in legal history. International Congress of historical studies held in London in 1913*, pp. 320 ss.

⁽²⁴⁴⁾ Cfr. soprattutto al § I.

⁽²⁴⁵⁾ Ricordiamo qui particolarmente, oltre le frequentemente citate indagini del GIERKE, i contributi del WRETSCHKO, *Die electio communis bei den kirchlichen Wahlen im Mittelalter*, in *Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht*, XI (1902); HILLING, *Der Grundsatz des pars sanior bei den kirchlichen Wahlen*, in *Festschrift für Felix Porsch*, Paderborn, 1924; RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., e *Il principio maggioritario. Profilo storico*, cit.; MOULIN, *Les origines religieuses*, cit., p. 123 ss.; OLIVERO, *Lineamenti del diritto elettorale nell'ordinamento canonico*, cit.; ELSENER, *Zur Geschichte des Majoritätsprinzips*, cit.; PETRANI, *Genèse de la majorité qualifiée*, cit.; MOULIN, *Sanior et major pars*, cit.

che logicamente si pone: se è vero che l'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva vede con tanto sfavore il concetto di *pars*, tanto da identificarla quasi con l'idea di *schisma*, aborrita in quel pensiero rigidamente unitario; se è vero che l'unanimità moveva da tanto chiare esigenze teologiche e rivestiva talora la forma di precetto giuridico, ma sempre quella di dovere morale; se tutto questo è vero, come e perché la Chiesa si decise più tardi a dare rilevanza giuridica a una parte del collegio?

Cercheremo di rispondere dimostrando come, nell'ambito del sistema canonico, ciò si inquadrasse armonicamente e perfettamente senza alcuna contraddizione, ed esaminando a fondo i rapporti tra *unanimitas* e *sanior pars*.

E dobbiamo cominciare dall'esaminare le origini del principio sanioritario. Infatti tutti gli autori che se ne sono occupati, rivolgendolo la loro attenzione ai secoli di documentazione più ampia (dall'XI al XIII), hanno trascurato il problema delle origini: ce lo conferma, di corto, lo studio dell'Elsener⁽²⁴⁶⁾, che, pur avendoci fornito una documentazione nuova e interessante, condotta su fonti poco o punto studiate, per quanto riguarda il problema delle scaturigini del principio stesso, si limita a riferire quanto aveva affermato il Ruffini Avondo nelle sue pregevoli e fino ad oggi insuperate ricerche.

Sia concesso a noi non dire una parola nuova, giacché della questione non ci occupiamo *ex professo*, ma piuttosto di cercare di cogliere appieno il complesso problema.

Non v'è dubbio innanzi tutto che il canone della *sanior pars* si inquadra perfettamente in un sistema di diritto dalle basi nettamente spiritualistiche, ove cioè a una situazione di fatto, numerica e quantitativa, si anteponga e preferisca un elemento spirituale e qualitativo; in un sistema che, ignorando ogni regola democratica e presupponendo invece tutta una varia, ma costantemente presente realtà teologica, si pone anzi come sistema nettamente antidemocratico e cioè ierocratico. La regola sanioritaria che, in un ordinamento civile, potrebbe costituire una contraddizione se non altro col principio generale della certezza del diritto, nell'ordinamento canonico si spiega e si giustifica perfettamente.

(246) ELSENER, *Zur Geschichte des Majoritätsprinzips*, cit., p. 105 ss.

La regola sanioritaria infatti significa che una parte *quamvis parva*, ma *saniori consilio* può esprimere validamente la volontà della comunità. In altre parole, non occorre una consistenza numerica, un particolare *quorum* di voti; occorre bensì che questi voti siano ispirati a principi di equità, di prudenza, di saggezza; siano insomma voti basati su una *melioritas* o, chiamiamola pure, *sanioritas* dell'eligente ⁽²⁴⁷⁾.

Da questa definizione si può ben capire come il problema debba spostarsi all'esame del « mezzo » che consente la dichiarazione di questa *sanioritas*. Parlare infatti di *sanioritas* significa esprimere un giudizio di poeriorità nei confronti di un gruppo sociale, e significa anche demandare a un soggetto o a un organo, diverso e separato dal gruppo, la potestà di esprimere questo giudizio, ossia di dichiarare quale sia la *sanior pars*.

Di fatto potrebbe sembrare che l'autonomia giuridica del *collegium* ne sia assolutamente scossa. Nel sistema canonico invece la situazione giuridica del corpo morale è intatta: opera piuttosto il rigoroso principio gerarchico della Chiesa cattolica per cui il *superior* avrà il potere di dichiarare quale parte si sia ispirata *saniori consilio*.

L'elemento collegiale, nel suo aspetto di espressione del substrato sociale della Chiesa stessa, non è visto favorevolmente: l'unanimità non ha alla sua base uno *jus singuli*, ma ha il significato di ispirazione dello Spirito Santo sulla collettività deliberante facendola costituire *corpus*, ovvero sia con una struttura che supera e raccoglie in unità le singole posizioni individuali, e che inquadra quella collettività nella struttura istituzionale della *Ecclesia*; la consuetudine può affermarsi solo se il *superior* la riconosca; la *sanior pars* ha la necessità che un superiore, sia vescovo, abate, pontefice, la dichiari. Col che però — è il caso di precisarlo — si viene solo ad affermare che il superiore, constatando una realtà qualitativa, la dichiari *erga omnes*. L'attività del superiore è vincolata e determinata dalla effettiva *sanioritas* dei voti, né ha alcun valore costitutivo riguardo a quella *sanioritas*.

⁽²⁴⁷⁾ RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., p. 54.

Né ci importa se, di fatto, in secoli più tardi, i vescovi profittarono di questa *potestas* per conculcare i monasteri, se abati di abbazie maggiori ne fecero il mezzo per minare i diritti di comunità monastiche minori, o se di essa usarono malamente e per scopi politici i Pontefici per ledere autonomie o distruggerle. Nel sistema canonico il principio sanioritario conseguiva lo scopo di vedere affermata una effettiva volontà del corpo sociale, anzi la volontà migliore di esso, la volontà per eccellenza.

Ma torniamo al problema che avevamo appena delibato, quello delle scaturigini del principio stesso e della sua natura (col che lo poniamo in stretto contratto con la nostra *unanimitas*).

Sia il Ruffini Avondo ⁽²⁴⁸⁾ che, da ultimo, l'Elsener e il Moulin ⁽²⁴⁹⁾, ne riconoscono i primi accenni in una lettera di papa Leone I al vescovo Anastasio di Tessalonica, della metà del secolo V ⁽²⁵⁰⁾ e nel noto cap. 64 della regola di S. Benedetto, dove il patriarca disciplina le elezioni dell'abate ⁽²⁵¹⁾.

Convieni però dire, specialmente per quanto riguarda il passo

⁽²⁴⁸⁾ RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit. p. 53.

⁽²⁴⁹⁾ ELSENER, *Zur Geschichte des Majoritaetsprinzips*, cit. p. 105; MOULIN, *Sanior et major pars*, cit., pp. 376-378.

⁽²⁵⁰⁾ Trascriviamo per comodità del lettore il testo della lettera, nella parte che ci interessa: « Si forte, quod nec reprehensibile, nec inreligiosum indicamus, vota eligentium in duas se dividerint partes, is metropolitani iudicio alteri praeferatur, qui majoribus iuvatur studiis et meritis; tantum ut nullus detur invitis et non petentibus, ne plebs invita episcopum non optatum contemnat aut oderit » (P.L. LIV). Il processo di sfaldamento della rigida concezione unitaria e unanimitaria dell'Apologetica ha inizio proprio in queste opere Patristiche dal sec. V in avanti. Per Cipriano questa divisione dei voti degli eligenti in due parti sarebbe veramente stata « reprehensibile » e « inreligiosum », come violazione di un principio che è teologico prima ancora che giuridico.

⁽²⁵¹⁾ Sulle elezioni abbaziali cfr. HILLING, *Zur Abtwahl der Benediktinerregel*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, CII; LEVY BRUHL, *Etude sur les elections abbatiales en France jusqu'à la fin du regime de Charles le Chauve*, Paris, 1913; LECLERCQ, *Elections abbatiales*, in *Dictionnaire d'archéologie chrétienne et de liturgie*, IV-2, Paris, 1921; BERLIÈRE, *Les elections abbatiales au Moyen Age*, in *Mémoires de la Classe de lettres de l'Académie royale de Belgique*, 1927; BRECHTER, *Die Bestellung des Abtes nach der Regel des heiligen Benedikt*, in *Studien u. Mitteilungen zur Geschichte des Benediktiner-Ordens*, LVIII (1940); GROSSI, *Le abbazie benedettine nell'Alto Medioevo italiano. Struttura giuridica, amministrazione e giurisdizione*, Firenze, 1957 (*Pubblicaz. della Univ. degli Studi di Firenze. Facoltà di Giurisprudenza*. N.S., vol. I.).

di papa Leone (della regola benedettina parleremo tra breve), che quell'insistere, che fa il pontefice sulla preferenza da darsi a colui « qui maioribus iuvatur studiis et meritis », si inquadra in un orientamento che è proprio dei testi canonici, anche i più antichi; su di che torneremo tra breve.

L'uso del termine *sanus*, *sanior* in senso figurato non è molto frequente nei testi patristici; è addirittura raro, riferito al nostro specifico campo. Sulpicio Severo, riferendoci dettagliatamente circa l'elezione di S. Martino a vescovo di Tours (a. 372) ⁽²⁵²⁾ accenna a coloro che tenevano per la *sanior sententia* ⁽²⁵³⁾; di *sanior sententia* parla pure Sidonio Apollinare ⁽²⁵⁴⁾ per l'elezione episcopale di Giovanni alla sede di Châlons, avvenuta poco dopo il 470 ⁽²⁵⁵⁾.

Sono i primi germi, calati in un linguaggio appena abbozzato ma nuovo, e che avrà una straordinaria fortuna nei secoli posteriori. Non si tratta ancora di un sistema giuridico ma di un lento affiorare nei secc. IV e V di una precisa coscienza sanioritaria. Queste tracce ci permettono di spiegare, in parte, l'espressione della regola benedettina « sive etiam pars congregationis quamvis parva saniore consilio elegerit » ⁽²⁵⁶⁾.

Si tratta di una affermazione assolutamente nuova, in cui viene

⁽²⁵²⁾ Accettiamo la data proposta dal DUCHESNE, *Faste épiscopaux de l'ancienne Gaule*, II, Paris, 1910, p. 302, e che troviamo accolta in GANSHOF, *Note*, cit., p. 482.

⁽²⁵³⁾ *Vita S. Martini* c. 9 (« a populo sententiae sanioris »).

⁽²⁵⁴⁾ SIDONIO APOLLINARE, *Epistulae et carmina* (in *MG-Auctores antiquissimi*, VIII, Berlino, 1887, Epist. IV, 25).

⁽²⁵⁵⁾ È la data suggerita dal DUCHESNE, *Fastes épiscopaux*, cit., II, p. 192, e seguita dal GANSHOF, *Note*, cit., p. 490.

⁽²⁵⁶⁾ « In abbatis ordinatione illa semper consideretur ratio, ut hic constituatur, quem omnis concurs congregatio secundum timorem Dei, sive etiam pars congregationis quamvis parva saniore consilio elegerit. Vitae autem merito et sapientiae doctrina eligatur qui ordinandus est, etiam si ultimus fuerit in ordine Congregationis. Quod, si etiam omnis congregatio vitis suis, quod quidem ansit, consentientem personam pari consilio elegerit, et vitia ipsa aliquatenus in notitiam episcopi ad cuius diocesim pertinet locus ipse, vel Abbatibus, aut christianis vicinis claruerint, prohibeant pravorum prevallere consensum et domui Dei dignum constituent dispensatorem ». Si confronti quanto è detto dall'ELSENER, *Zur Geschichte des Majoritätsprinzips*, cit. p. 106, dal BRECHTER, *Die Bestellung des Abtes*, cit., p. 54 e soprattutto da I. ERWEGEN, *Sinn und Geist der Benedictinerregel*, Einsiedeln, 1944, p. 375. Sul cap. 64 si possono anche vedere T. P. MAC LAUGHLIN, *Le très ancien droit monastique de l'Occident*, in *Archives de la France monastique*, XXXVIII, Paris 1935, p. 82 e n. 1; C. BUTLER, *Le monachisme bénédictin*,

con decisione affermato un preciso principio giuridico. Se gli esempi sopra riportati si riferivano alla tradizione apostolica e a una generica *sententia* degli elettori, per la prima volta — per quanto ne sappiamo — e con tanta consapevolezza giuridica il concetto sanioritario viene rapportato a una *pars* di un corpo morale (fatta eccezione per le troppo vaghe espressioni di S. Leone). E dobbiamo dire che è circostanza singolare: ed è singolare anche trovarne cenno in una legislazione cenobitica, che è per ciò stesso legislazione marginale nei confronti della grande vita costituzionale della Chiesa.

Considerata la « solitudine » di questa fonte benedettina in un sec. IV povero di richiami sanioritari, potrebbe essere legittimo a tutta prima il pensare ad una interpolazione. Del resto già di interpolazioni aveva parlato a proposito della *Regula* uno dei più dotti ed acuti romanisti tedeschi, il Gradenwitz, il quale, a più riprese, ha studiato il « problema » della Regola benedettina ⁽²⁵⁷⁾. Il Gradenwitz tuttavia non tocca la nostra questione e parla soprattutto di « Selbstinterpolationen », ossia di interpolazioni operate dallo stesso S. Benedetto. L'ipotesi invece che potrebbe a noi offrire qualche utilità è quella di una tarda interpolazione, di qualche secolo posteriore, inserita in un testo che originariamente non recasse menzione di *sanior consilio*.

Questa ipotesi però, pur sollecitata da logiche ragioni storico-giuridiche, è indiscutibilmente smentita dalla tradizione manoscritta della Regola. Le fondamentali ricerche del Traube ⁽²⁵⁸⁾ e le ultime, penetranti puntualizzazioni del Franceschini ⁽²⁵⁹⁾ non consentono dubbi.

Paris, 1924, p. 229, n. 1; T. CHAPMAN, in *Downside Review*, XXXVIII (1919), p. 85; MOULIN, *Les origines religieuses*, cit., pp. 123-125; Id., *Sanior et major pars*, cit., p. 376.

⁽²⁵⁷⁾ O. GRADENWITZ, *Die Regula Sancti Benedicti nach den Grundsätzen der Pandektenkritick*, 1929; *Zur « Regula Sancti Benedicti »*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, I, Palermo, 1936; *Selbstinterpolationen*, in *Acta Congressus Juridici Internationalis*, I, Romae, 1935; *Textsschichten in der Regel des hl. Benedikt* in *Zeitschrift für Kirchengeschichte*, 1931.

⁽²⁵⁸⁾ L. TRAUBE-H. PLENKERS, *Textgeschichte der Regula S. Benedicti*, München, 1910.

⁽²⁵⁹⁾ E. FRANCESCHINI, *La questione della Regola di S. Benedetto*, in *Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto Medioevo*, IV. *Il Monachesimo nell'alto Medioevo e la formazione della civiltà occidentale*, Spoleto, 1957; ivi citata la ricca e recente bibliografia.

Come il Traube dimostrò, il codice 914 di San Gallo, che contiene il testo della Regola, è una copia fedelissima condotta, circa l'anno 820 d.C., da due monaci, Grimalto e Tattone, per conto di Regimberto, bibliotecario del monastero di Reichenau, sulla copia dell'autografo di S. Benedetto che l'abate Teodemaro di Montecassino aveva mandato, nel 787, a Carlo Magno. Grimalto e Tattone hanno « per così dire fotografato », per usare l'espressione del Franceschini, che crede al pari del Traube, nella validità di quel testo ⁽²⁶⁰⁾, l'autografo di S. Benedetto così come era stato trascritto per Carlo Magno ⁽²⁶¹⁾.

A questo argomento si aggiungono poi numerose altre considerazioni, e di notevole peso, di carattere filologico e linguistico ⁽²⁶²⁾, ma soprattutto questa fondamentale: che la fine della prima parte del cap. 64 « consilio elegerit » si inquadra nel *cursus* dispondaico dattilico ⁽²⁶³⁾ e si inserisce perfettamente quindi nel tipico ritmo prosaico del testo benedettino, in quel periodare in sé armonico e compiuto, che aveva suscitato il giudizio famoso di Gregorio Magno a proposito della *Regula*: « discretione praecipua, sermone luculenta » ⁽²⁶⁴⁾.

Allo stato quindi delle nostre conoscenze, malgrado i dubbi che

⁽²⁶⁰⁾ FRANCESCHINI, *La questione*, cit., p. 419. Interessante, a questo proposito, *ibidem*, la discussione sorta, e riportata fedelmente, tra i proff. Mundò, Bartoloni, Masai e Franceschini.

⁽²⁶¹⁾ FRANCESCHINI, *La questione*, cit., p. 470.

⁽²⁶²⁾ Per questi elementi linguistici, che fanno con certezza risalire il linguaggio della Regola al sec. VI, cfr. particolarmente C. MORHMANN, *La latinité de st. Benoît*, in *Revue Bénédictine*, 1952, ora in *Etudes sur le latin des Chrétiens*, cit., pp. 403-435, e *La langue de st. Benoît*, in S. BENEDICTI, *Regula monachorum* a cura di P. Schmitz, Maredsous, 1955, pp. 9-39. L'interesse che per noi deriva da questi studi prettamente linguistici della Mohrmann è particolarmente notevole, se pensiamo che la Mohrmann scrisse il suo primo articolo sulla *Revue bénédictine* proprio per confutare un altro studio, di B. PARINGER, apparso sulla stessa *Revue bénédictine*, LXII (1952), in cui l'autore aveva creduto di poter distruggere la validità del codice 914 di San Gallo come copia fedele del testo originale della Regola. La conclusione della Mohrmann è nettamente contraria all'assunto di don Paringer; conclusione solidamente basata su una perspicua quanto minuziosissima indagine analitica della lingua della *Regula sancta*.

⁽²⁶³⁾ Tipo: $\underline{\cup} \cup \underline{\cup} \mid - \underline{\cup} \cup \underline{\cup}$

⁽²⁶⁴⁾ È riportato dal FRANCESCHINI, *La questione*, cit., p. 221. Si veda in proposito l'eccellente e diligente indagine di A. LENTINI, *Il ritmo prosaico nella regola di S. Benedetto*, in *Miscellanea cassinese*, n. 23, Montecassino, 1942, pp. 38 e 47.

da qualche parte vengono sollevati ma senza alcuna valida consistenza ⁽²⁶⁵⁾, la ricostruzione del Traube resta valida, né rende legittima alcuna ipotesi interpolazionistica.

Precluso quindi questo *iter* di indagine, è certo che il testo a noi giunto è quello redatto da S. Benedetto nei primi decenni del secolo VI, in quel momento storico un legislatore monastico, il più grande legislatore monastico dell'Occidente, ha attribuito rilevanza giuridica a una *sanior pars quamvis parva* in ordine alle elezioni dei capi delle comunità cenobitiche. Indubbiamente si deve pensare a un tralcio relativamente autonomo e nuovo che si esaurisce nella lettera della norma monastica. Tralcio isolato infatti e avulso dal grande filone del pensiero sanioritario di secoli posteriori; relativamente autonomo e nuovo perché riproduceva con intensità nuova e cristallizzava sistemando, con una formulazione consapevole e precisa, un indirizzo che già si era fatto dominante nella Chiesa fino dai tempi dell'apologetica.

Questa novità, che resta pur sempre singolare, potrebbe tuttavia trovare delle legittime spiegazioni, in primo luogo nella personalità di S. Benedetto che dovette essere sì estremamente sensibile al pensiero giuridico-sociale del proprio tempo, ma anche di troppo singolare ingegno per una sistemazione pedissequa di esso (la sua regola ce lo dimostra); in secondo luogo, e soprattutto nel fatto che S. Benedetto portò alla esasperazione il problema delle qualità dei suoi monaci, e in modo speciale di coloro che detenevano qualche carica e, di conseguenza, risultavano titolari di qualche potestà: il capitolo della sua Regola riguardante il cellerario, uno dei vari preposti conventuali, ce lo dimostra ⁽²⁶⁶⁾. L'insistenza che il Patriarca pose sempre nell'elemento qualitativo delle persone si traduceva, per l'elezione dell'*abbas*, in una cautela sanioritaria.

Con questo discorso ci riannodiamo propriamente al problema delle scaturigini del nostro principio. Lungi dal voler ricercare semplici testimonianze lessicali, dobbiamo piuttosto rivolgerci a quel cospicuo filone di pensiero che si faceva interprete di una necessità

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. FRANCESCHINI, *La questione*, cit., pp. 239-240.

⁽²⁶⁶⁾ Il cellerario è generalmente, nella amministrazione conventuale, il preposto alla cassa e alla dispensa. S. Benedetto si diffonde minuziosamente sui requisiti del *frater* per poter ricoprire l'ufficio. Cfr. GROSSI, *Le abbazie benedettine*, cit., p. 95.

essenziale per la Chiesa: la ricerca del più degno. Se pensiamo che per il diritto canonico le qualità dell'eletto riflettono le qualità degli elettori, e viceversa, si comprende perché il problema di una *sanioritas* degli elettori si traduca in una *sanioritas* dell'eletto. Sono insomma due aspetti di un fenomeno sostanzialmente unico ⁽²⁶⁷⁾.

In ogni ordinamento giova che il più degno ricopra gli *officia publica*: ciò è però tanto più essenziale per la Chiesa. Giustamente insegnava il Thomassin: « Nec munera enim, nec officia, nec ambitiones, nec magnatum preces, nec privati Episcoporum Patronorumque affectus ullo loco esse debent, ubi de aeterna populorum salute agitur, ubi de patrimonio Christi, de Ecclesiae causa, de summi Numinis religione » ⁽²⁶⁸⁾

Potremmo anche dire che la Chiesa eleva a principio la ricerca del più degno e del migliore dandocene innumerevoli testimonianze e tanto perspicue, tanto insistenti da palesarci una preoccupazione costante, ininterrotta nella Chiesa primitiva; si ha la sensazione, dalla lettura delle fonti, di una esigenza vitale della *societas* mistica, cui ripugna ogni genere di *ambitus*, e che è ancora molto vicina ai tempi apostolici ed eroici del cristianesimo. L'esigenza si fa sempre più pressante dopo la pace costantiniana e il contatto brutale con le temporalità dello Stato. Le larghe citazioni delle fonti conciliari e patristiche che il Thomassin riporta ci esonerano qui da ulteriori citazioni e dimostrano eloquentemente quanto affermavamo ⁽²⁶⁹⁾.

Ci basti piuttosto dire che questo filone di pensiero ha origini antiche quanto la vita organizzata della Chiesa ⁽²⁷⁰⁾. In Cipriano, tra l'altro, noi troviamo una espressione che avrà, nei sec. XII e XIII, una straordinaria fortuna. Beninteso essa non è usata in un senso tecnico ma ci dimostra a sufficienza come, nella Chiesa primitiva, ogni dato quantitativo sia temperato da elementi qualitativi e spirituali. Afferma Cipriano nel *Liber de unitate Ecclesiae*: « Stat confes-

⁽²⁶⁷⁾ Su questa reciprocità si veda RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., p. 54, e OLIVERO, *Lineamenti*, cit., pp. 248-250.

⁽²⁶⁸⁾ THOMASSIN, *Vetus et nova ecclesiae disciplina*, cit., II, 102.

⁽²⁶⁹⁾ THOMASSIN, *Vetus et nova ecclesiae disciplina*, cit., II, liber II, p. 1 ss.

⁽²⁷⁰⁾ Tra l'univoco dettato delle fonti riferiamo questo puntuale passo di ORIGENE, (*In Leviticum homil.*, VI, 3): « ut sciant omnes et certi sint quia qui praestantior est ex omni populo qui doctior, qui sanctior, qui in omni virtute eminentior ille eligitur ad sacerdotium.. ».

sorum pars major et melior in fidei suae robore » (271). Certo l'espressione non è tecnica, ma non è casuale: o almeno essa ci traduce, in una terminologia preziosamente anticipatrice, un concetto dominante, che potremmo chiamare melioritario e che noi conosciamo, secondo l'espressione più tarda, come sanioritario. Dicevamo preziosamente anticipativo poiché, quando la Chiesa, nel sec. XIII, accoglierà il principio maggioritario come regolatore della sua via sociale, essa tarderà ad accogliere un semplice principio quantitativo; i documenti infatti continueranno a parlarci di *major et sanior pars*, quasi che la Chiesa, giustificando la rilevanza data alla *major pars*, voglia avvertirci che quella, costituendo anche la parte migliore e più sana, esprimeva legittimamente la volontà del *collegium*.

Non è affatto nostro compito esaminare le ragioni che determinarono il passaggio dal principio sanioritario a quello maggioritario: innanzi tutto perché sposteremmo l'indagine ad un tempo troppo distante dall'*unanimitas* e dal suo periodo, e troppo diverso; in secondo luogo perché quel passaggio può trovare solo la sua spiegazione nel clima politico del sec. XIII e nella sollecitazione che proveniva dalla elaborazione della dottrina politico-giuridica.

Piuttosto ci resta ancora da rispondere all'interrogativo che formulavamo in capo a questo paragrafo: come e perché si attuò il passaggio dallo stadio unanimitario a quella sanioritario. La risposta è agevole e ci è facilitata da quanto abbiám detto sul significato e sulle origini della *sanior pars*.

La Chiesa non ripudia la sua concezione unitaria, né si contraddice. Infatti, per il diritto canonico *unanimitas* e *sanior pars* si equivalgono. E riteniamo esatta questa paradossale affermazione.

Il principio sanioritario infatti scinde il *corpus* degli elettori in due parti: l'una ispirata da criteri di equità e di giustizia, l'altra il cui voto non risponde a questi requisiti. Nella concezione squisitamente spiritualistica del *jus canonicum* quest'ultima *pars* non ha peso; non ha né può avere una rilevanza giuridica, come non ha peso né può avere una rilevanza morale. La *bonitas*, la *veritas*, l'essenza stessa del *corpus* assembleare si restringe quindi alla *sanior pars quamvis parva*.

(271) *De catholicae ecclesiae unitate*, 22.

Essa ha sostanzialmente lo stesso peso e lo stesso valore della unanimità perché essa, al pari dell'unanimità, rappresenta l'unità del collegio, intesa come *corpus mysticum*. La *sanior pars* costituisce solo in un certo senso una « parte »: essa è la totalità spirituale dell'assemblea come lo è l'unanimità; è quindi *pars* soltanto in quanto è espressione di volontà di un ristretto aggregato di persone fisiche; ma, come abbiám detto, la separazione, lo *schisma*, che dà luogo alla parte e che è, nella mentalità patristica, così intimamente legato alla parte, è solo apparente. L'unità spirituale resta intatta.

La *sanior pars* insomma non spostava la soluzione del problema circa le deliberazioni assembleari; la sua equivalenza con la unanimità restava perfetta. E si può anche vedere come il concetto di rilevanza di una parte venisse aggirato, poiché la frazione di voti in tanto era valida in quanto rappresentava l'unanimità dei voti « sani », ossia dei voti ispirati dalla divinità.

Il trapasso, forse sollecitato da motivi e problemi di indole pratica che l'unanimità suscitava, non solo si inquadrava quindi nell'armonico sistema di un ordinamento a base teologico-spiritualista, ma si armonizzava anche con la grande concezione unanimitaria dell'Apologetica e del primo cristianesimo, costituendone quasi una particolare derivazione.

SOMME PENITENZIALI, DIRITTO CANONICO, DIRITTO COMUNE

1. Il problema. — 2. Alle origini delle « Summae confessorum »: penitenza e letteratura penitenziale nel Rinascimento teologico del sec. XII. — 3. La storicità delle somme penitenziali. — 4. « Summae confessorum » ed esperienza giuridica medievale: I) Teologia e diritto nella formazione del diritto canonico classico. — 5. II) Teologia e diritto nel sistema del diritto canonico classico. — 6. III) Teologia e diritto nella dinamica sociale del Medioevo. — 7. I caratteri generali delle « Summae confessorum ». — 8. Il discorso dei sommisti quale discorso rigorosamente ontologico. — 9. Le somme penitenziali nel divenire della esperienza giuridica medioevale: I) le « Summae » e le nuove esigenze della circolazione economica. — 10. II) Le « Summae » e la teoria dell'usura. — 11. Considerazioni conclusive.

1. *Il problema.*

Nell'ambito del multiforme, ampio e profondo rinnovamento che la Chiesa d'Occidente vive nei secoli undicesimo e dodicesimo, all'incirca dall'età gregoriana al quarto concilio lateranense del 1215, un nuovo genere, nella varia letteratura teologico-giuridica, si struttura e si precisa assumendo contorni ben netti e definiti: quello delle somme penitenziali, delle cosiddette « summae confessorum ».

Che cosa siano queste *summae* è agevole chiarire in due parole, e già un sufficiente riferimento ci viene offerto dalla loro indicazione generica: si tratta di guide a ben confessare i penitenti, di manuali pratici, più o meno ampi, più o meno elaborati funzionalmente tesi a dare ai confessori uno strumento prezioso nell'esercizio della potestà penitenziale.

Questo su di un piano formale: più complesso è scoprire che cosa esse sostanzialmente significhino nella nuova dinamica che la Chiesa post-gregoriana pone efficacemente in essere, quale ruolo esse abbiano nel nuovo assetto disciplinare ecclesiastico, in quali termini esse si pongano nella sistematica canonica tra il vario

intrecciarsi di teologia, morale, diritto, tra i variissimi aspetti del dato religioso che la Chiesa vive, in questo straordinario momento di vitalità storica, con esuberanza di forze mistiche ed intellettive.

La critica storica, pur constatandone la importanza, ne ha fornito una definizione tanto netta quanto limitata, che non consente di cogliere nella sua pienezza il problema storico e storico-giuridico che esse rappresentano: si è parlato semplicemente di letteratura per il foro interno ⁽¹⁾, di moralisti ⁽²⁾, di deontologia cattolica ⁽³⁾, con un discorso affrettato che suona quasi un invito allo storico e al giurista a disinteressarsi di questa produzione letteraria.

Compito delle pagine che seguono è riproporre il problema in termini più ampi e per ciò stesso più corretti, nel tentativo di una valutazione compiuta e di una più aderente collocazione di queste *summae* nella esperienza giuridica medievale.

E cominciamo con una precisazione: sarà necessario limitare il nostro discorso alle somme del medioevo classico della Chiesa, dal secolo dodicesimo al sedicesimo, come ha recentemente fatto Pierre Michaud-Quantin in una interessante rassegna nella quale esamina con larga informazione le singole somme e le personalità dei singoli autori ⁽⁴⁾. Ne saranno cioè esclusi, sia i penitenziali altomedievali, sia le somme che dal Cinquecento in poi abbondano nella letteratura canonica come opere particolarmente congeniali a certa mentalità casistica post-tridentina.

Il penitenziale altomedievale infatti è sì uno strumento per il

⁽¹⁾ F. VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts, II - Von Papst Gregor IX. bis zum Concil von Trient*, Graz, 1956 (rist. anast.) p. 408 ss.: « die Schriftsteller für das Forum internum ».

⁽²⁾ Così L. DALLE MOLLE, *Il contratto di cambio nei moralisti dal sec. XIII alla metà del sec. XVII*, Roma 1954, dove si mescolano indebitamente, in una valutazione unitaria, canonisti come Enrico da Susa e teologi come San Tommaso, accanto ai nostri sommist e ai grandi trattatisti « de justitia et jure » del Cinquecento e del Seicento.

⁽³⁾ Cfr. G. LE BRAS, *Velut splendor firmamenti: le docteur dans le droit de l'Eglise médiévale*, in *Mélanges offerts à Etienne Gilson*, Toronto-Paris, 1959, p. 382.

⁽⁴⁾ P. MICHAUD-QUANTIN, *Sommes de casuistique et manuels de confession au moyen âge (XII^e-XVI^e siècles)*, Louvain-Lille-Montreal, 1962 (*Analecta Mediaevalia Namurcensia*, n. 13); operetta utilissima che ha lo scopo, modesto ma prezioso, di esaminare partitamente le singole somme e le personalità degli autori, di raccogliere dati critici sui numerosi problemi testuali che sussistono e di offrire un panorama il più possibile completo anche se necessariamente formato di dati estrinseci.

confessore, ma si articola come un rigido e rozzo tariffario in cui peccato e penitenza si contraggono in una innaturale fissità, senza nulla concedere alla pastorale discrezionalità del confessore (5).

Le somme post-tridentine costituiscono ormai soltanto l'incancrenirsi di una letteratura esclusivamente moralistica, rappresentando un modesto momento, non certo felice, nella storia della teologia morale e della pastorale cattoliche (6).

Le « Summae confessorum » medievali sono ben altro. Esse presuppongono diverse circostanze storiche tipiche che, con il loro incontro ed intreccio, valgono a giustificarle storicamente e soprattutto a illuminarne la genesi e la funzione; valgono altresì a legittimare un discorso autonomo su quelle e soltanto su quelle.

2. *Alle origini delle « Summae confessorum »: penitenza e letteratura penitenziale nel Rinascimento teologico del sec. XII.*

Le prime somme nascono, in Occidente, alla fine del secolo XII, nella forma e nella struttura dei « Libri poenitentiales » di Alano da Lilla, di Roberto di Flamborough, di Tommaso di Chabham (7). Diciamo meglio: non potevano nascere prima.

(5) I penitenziali meriterebbero un attento riesame alla luce delle più recenti acquisizioni critiche; dopo le monumentali, appassionate ma ormai troppo lontane ricerche cui si dedicarono soprattutto il Wasserschleben e lo Schmitz, e poi il Fourmier, si sono aggiunti solo contributi particolari anche se talora eccellenti (così per la Francia C. VOGEL, *La discipline pénitentielle en Gaule des origines à la fin du VII^e siècle*, Paris, 1952; per l'Inghilterra T. POLLOCK OAKLEY, *English penitential Discipline and anglo-saxon Law in their joint influence*, New York, 1923; per la Spagna G. LE BRAS, *Pénitentiels espagnols*, in *R.H.D.F.E.*, s. IV, X (1931), p. 115 ss.). Un rapido disegno e una intelligente posizione dei molti problemi possono reperirsi in G. LE BRAS, *Pénitentiels*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, t. XII, p. I, Paris, 1933, mentre preziose notazioni sono offerte da P. FOURNIER-G. LE BRAS, *Histoire des collections canoniques en Occident depuis les fausses Décrétales jusqu'au Decret de Gratien*, I, Paris, 1931, *passim* ma soprattutto p. 50 ss., 84 ss., 108 ss., 347 ss. Fra le storie della confessione sacramentale, N. PAULUS, *Geschichte des Ablasses im Mittelalter vom Ursprunge bis zur Mitte des XIV. Jahrhunderts*, I, Paderborn, 1922, p. 13 ss. e A. TEETAERT, *La confession aux laïques dans l'Eglise latine depuis le VIII^e jusqu'au XIV^e siècle*, Bruges, 1926, p. 38 ss.

(6) Vedi l'indicazione di numerosissime opere in E. DUBLANCHY, *Casuistique*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, t. II, p. 11, Paris, 1923, col. 1874 ss.

(7) P. MICHAUD-QUANTIN, *A propos des premières Summae Confessorum. Théologie*

Il secolo XII infatti, se è l'inizio di un rinnovamento e irrobustimento radicali della speculazione teologica vissuti particolarmente nei vivi apporti delle scuole di Abelardo, dei Vittorini e dei Porretani ⁽⁸⁾, è anche il momento in cui il problema della penitenza si pone al centro della vita della Chiesa, tutta protesa a una nuova struttura disciplinare, e prende non soltanto una sua configurazione più definita e maggiormente precisata ma una sua essenzialità teologica.

Alla metà del secolo undecimo, in Pier Damiani, la confessione assume un ruolo fondamentale in ordine alla restaurazione della disciplina ecclesiastica; alla metà del dodicesimo, in Pietro Lombardo, si definirà con chiarezza e decisione il carattere sacramentale della penitenza bandendo una volta per tutte le incertezze che i teologi, ad esempio Ugo da San Vittore, avevano sino ad allora dimostrato ⁽⁹⁾.

Tutto il secolo dodicesimo è percorso da quelle esuberanti correnti di pensiero e di azione mistica che sboccheranno e si consolideranno nelle statuizioni del quarto concilio lateranense del 1215, che, con il canone 21, stabilendo la necessità della confessione annuale dei fedeli di fronte al *sacerdos proprius*, e ribadendo il carattere sacramentale della penitenza, fonderà indiscutibilmente, sul piano teologico e giuridico, la rilevanza dell'istituto come *fundamentum ecclesiae* e contribuirà all'avvio di una intensa pratica penitenziale ⁽¹⁰⁾.

Le somme penitenziali nascono in questo clima: esse presuppongono una larga pratica della penitenza che, come strumenti per

et Droit canonique, in *Recherches de théologie ancienne et médiévale*, XXVI (1959), p. 264 ss.

⁽⁸⁾ Una sintesi felice delle varie scuole e correnti, nel tentativo di cogliere i vari filoni nella loro intima individualità, è quella di J. DE GHELLINCK, *Le mouvement théologique du XII^e siècle*, Bruges, 1948² (*Museum Lessianum - Section historique*, n. 10), soprattutto p. 149 ss. Pagine assai pregevoli vi ha scritto recentemente M. D. CHENU, *La théologie au douzième siècle*, Paris, 1957.

⁽⁹⁾ E. AMANN, *Pénitence - Sacrement*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, t. XII, p. 1, Paris, 1933, coll. 909 e 915.

⁽¹⁰⁾ Si veda P. ANCIAUX, *La théologie du sacrement de pénitence au XII^e siècle*, Louvain-Gembloux, 1949, *passim*. Sul quarto concilio lateranense, cfr. in generale, A. FLICHE-C. THOUZELLIER-Y. AZAIS, *La Chrétienté romaine (1198-1274)*, in *Histoire de l'Eglise depuis les origines jusqu'à nos jours*, s.l., 1950, pp. 194-211. Bibliografia sul concilio in *Conciliorum Oecumenicorum decreta*, cur. J. Alberigo-P.P. Joannou-C. Leonardi-P. Prodi, Friburgi, 1962, p. 205.

una migliore confessione soprattutto *ex sacerdotis*, intendono favorire al massimo analizzando minutamente e acutamente dall'angolo visuale della *ratio peccati* i più vari rapporti umani e agevolando così ai giudici delle anime il compito di una retta valutazione di quelli.

Se sul penitenziale altomedievale pesa un clima di generale incultura anche per i chierici, una concezione grezza e rudimentale del problema etico, e pesa forse, come è stato notato ⁽¹¹⁾, il principio germanico della composizione pecuniaria in tutta la sua rigidità, su queste *summae confessorum* incide una visione nuova e più matura del peccatore e dei *media sanctificationis* alla luce di un rinascimento filosofico e teologico nel quale la confessione auricolare diviene cosa ben diversa dalla meccanica applicazione di una pena a un peccato secondo la statuizione di un catalogo preordinato, ma, perdendo tutta la sua staticità, nella piena rivalutazione della dignità del penitente e del sacerdote, diventa lo strumento dinamico affidato alla discrezionalità del confessore, colloquio e collaborazione, scandaglio profondo dell'animo umano, delle scaturigini più intime dell'atto peccaminoso, e per ciò stesso vera e genuina fonte della Grazia.

A ragione dunque affermavamo più sopra che questa produzione letteraria non poteva emergere se non nell'ambito del « mouvement théologique » del secolo dodicesimo ⁽¹²⁾, se non da una Chiesa spiritualmente impegnata e irrobustita nei suoi strumenti speculativi.

Da questo momento è un'enorme produzione dottrinale indirizzata da uno stesso orientamento, fondata su uno stesso modo di concepire il problema spirituale e morale, sorretta da una stessa finalità, che si trascina per tutto il Medio Evo, affinandosi in opere di pregio singolare o stagnando in viete ripetizioni di *summae* precedenti, e che può essere considerata e valutata unitariamente, pur nella notevole varietà nelle indoli degli autori e nei caratteri specifici delle opere ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Ad esempio da K. HILDENBRAND, *Untersuchungen über die germanischen Pänitentialbücher*, Marburg, 1851.

⁽¹²⁾ È palese il riferimento alla intitolazione del noto volume del De Ghellinck citato alla nota 8.

⁽¹³⁾ Non dovrebbe invece esservi ricompresa un'opera come lo « Specchio della vera penitenza » del fiorentino fra Jacopo Passavanti, che appartiene piuttosto al filone affatto diverso della letteratura ascetica e di devozione. A torto quindi, a nostro avviso,

Le energie più vive della Chiesa occidentale si prodigano nella redazione di queste *summae*: e scaturiscono tra la letteratura sommistica i nomi di Raimondo da Peñafort, di Sant'Antonino da Firenze, di Giovanni Gerson, mentre tutti gli ordini religiosi vi concorrono largamente; fra i domenicani lo stesso Raimondo, Giovanni Nider, Silvestro da Prierio; fra i minoriti Pacifico da Novara, Bartolommeo de Chaimis, il beato Angelo Carletti; fra i benedettini Andrea d'Escobar, e via dicendo.

La Chiesa ha finalmente « scoperto » il significato fondamentale della penitenza per il conseguimento della *salus aeterna animarum*; la spiritualità medievale ha soltanto ora capito pienamente il valore essenziale del sacramento per la conquista dell'eternità. Di qui l'esigenza di render sempre più efficace questa *clavis caelorum*, da qui l'impegno di generazioni e generazioni di apologeti, teologi, canonisti, sacra coorte alla conquista del Regno.

3. *La storicità delle somme penitenziali.*

Sappiamo quindi quanto profondamente questa produzione letteraria si diversifichi dai penitenziali altomedievali e sappiamo anche quale sia il suo significato nella vita storica della Chiesa cattolica nel suo Medio Evo classico. Ma che cosa realmente sono, nel loro contenuto sostanziale, queste somme? Sono semplici testimonianze di devozione intensa? Sono letteratura ascetica? O piuttosto opere di teologia morale? O di diritto canonico?

Un dato ci sembra certo: ed è che lo storico del diritto, eccezion fatta per lo sguardo complessivo che vi dedicarono Stintzing, Schulte⁽¹⁴⁾ ed Endemann⁽¹⁵⁾ nelle loro opere generali, se ne è sempre quasi interamente disinteressato partendo dallo specioso e indimosttrato motivo che si tratti, come più sopra accennavamo, di lettera-

la esamina il MICHAUD-QUANTIN, *Sommes*, cit., p. 66-67 unitamente alle somme confessionali vere e proprie.

⁽¹⁴⁾ R. STINZING, *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland*, Leipzig, 1867, p. 487 ss., dove le « *summae confessorum* » sono esaminate in quanto « *geistliche Jurisprudenz* ». Per lo Schulte, vedi sopra alla nota 1.

⁽¹⁵⁾ W. ENDEMANN, *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des siebzehnten Jahrhunderts*, Berlin, 1874.

tura per il foro interno, di semplici moralisti, di opere a carattere deontologico: i lavori fondamentali restano ancora oggi quelli di storia dottrinale del Dietterle, ormai vecchi di sessanta anni ⁽¹⁶⁾, cui hanno aggiunto contributi particolari ma numerosi gli storici della teologia, fra cui è doveroso qui ricordare il Teetaert ⁽¹⁷⁾ e più recentemente il Michaud-Quantin ⁽¹⁸⁾.

Aggiungiamo però che, se lo storico del diritto (anche canonico) ha mostrato per le nostre *summae* una eccessiva indifferenza, maggiore attenzione vi han dedicato gli storici delle dottrine economiche. Più svincolanti dalla tradizione scientifica per la « novità » della propria disciplina, immuni dal formalismo tipico della educazione dei giuristi, da quasi cento anni, fin dai lavori del Funk, irrimediabilmente invecchiati ma estremamente significativi e sintomatici di un interesse e di una sensibilità, gli economisti han tentato di dare uno sguardo approfondito entro il tessuto delle somme penitenziali certi di trovarvi lo specchio d'una società in evoluzione con tutto il suo patrimonio di dati empirici e di idee ⁽¹⁹⁾.

Per il resto, le *Summae confessorum* medievali mantengono il loro carattere di terreno inesplorato, oggetto di equivoci e falsazioni grossolani. E si assiste a questo duplice fraintendimento: da un lato, da parte della moderna scienza teologica si rimprovera ai moralisti del tardo Medio Evo di avere trascurato le consuete fonti della Scrittura della Tradizione, della Patristica sostituendovi l'autorità

⁽¹⁶⁾ J. DIETTERLE, *Die « Summae Confessorum (sive de casibus conscientiae) » von ihren Anfängen an bis zu Silvester Prierias*, in *Zeitschrift für Kirchengeschichte*, XXIV (1903) XXV (1904), XXVI (1905), XXVII (1906), XXVIII (1907). Dello stesso cfr. anche: *Die franziskanischen « Summae Confessorum » und ihre Bestimmungen über den Ablass*, Döbeln, 1893.

⁽¹⁷⁾ Oltre che per vari contribute minori che saranno menzionati in seguito, per l'ampia e robustamente strutturata opera più sopra ricordata: *La confession aux laïques dans l'Eglise latine*, cit.

⁽¹⁸⁾ Notevoli apporti del Michaud Quantin sono stati segnalati alle note 4 e 7.

⁽¹⁹⁾ Ci riferiamo a F.X. FUNK, *Über die ökonomischen Anschauungen der mittelalterlichen Theologen*, in *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, XXV (1869). La letteratura sull'argomento è copiosissima; numerose indicazioni abbiamo riunito in una nostra precedente ricerca cui rinviamo senz'altro (cfr. P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, 1960, pp. 317-318 e 385-386); a titolo esemplare citiamo, fra i recenti studi, quello di J. NOONAN, *The scholastic Analysis of Usury*, Cambridge Mass., 1957.

dei canoni, delle glosse, degli apparati dottrinali dei canonisti e inquinando così il proprio discorso con una impostazione e con un contenuto squisitamente giuridici ⁽²⁰⁾; dall'altro i giuristi guardano sospettosi a questi « Schriftsteller für das Forum internum ».

Posizioni queste che peccano ambedue di antistoricità e mostrano, con il loro schematismo, una deplorable incomprendenza per una letteratura che non si presta facilmente a essere ridotta e incasellata entro schemi rigidi ma che denuncia, a una visione meno epidermica, la complessità dei suoi aspetti fondamentali.

Nell'iniziare un tentativo di più ampia chiarificazione ci sia consentito di insistere su una precisazione preliminare, tanto semplice da parere fin troppo ovvia, ma necessaria per impostare un discorso meditato sulle *summae confessorum*: queste nascono e si sviluppano nel clima più maturo del Medio Evo, rispecchiando il consolidamento di ansie, esigenze, idealità, concezioni tipicamente medievali; ordinate in via sistematica od alfabetica, si ispirano al metodo casistico rappresentando nella analisi minuta dei vari problemi morali e giuridici una esasperazione dei canoni scolastici di indagine; sorrette da una ispirazione unitaria, che ne consente una valutazione unitaria, sono spesso legate l'una all'altra, nella genesi concreta, nelle motivazioni e nelle conclusioni restando in tal modo manifestazioni paradigmatiche del principio di autorità; per quanto attiene al contenuto sostanziale, esaltano un atteggiamento squisitamente scolastico nella valutazione del problema etico e nella concezione dei rapporti fra diritto e morale, divenendo testimonianze esemplari di una presa di coscienza tutta medievale dei rapporti tra l'intrasubbiiettivo e l'intersubbiiettivo.

Non è forse a caso che, all'insorgere dei movimenti riformatori del Cinquecento, in due circostanze di attrito fra correnti innovatrici e ortodossia cattolica, sia toccato ai sommisti, nella polemica infuante, uno straordinario posto sul proscenio della storia.

Si deve al minorita frate Angelo Carletti da Chivasso la redazione, alla fine del secolo XV, di una somma penitenziale destinata ad avere col nome di « Summa Angelica » ⁽²¹⁾ una enorme fortuna

⁽²⁰⁾ T. BOUQUILLON, *Theologia moralis fundamentalis*, Brugis, 1903, p. 75 ss.

⁽²¹⁾ *Summa Angelica de casibus conscientiae ...*, Venetiis, 1487. Sulle varie edizioni della « Summa Angelica », stampata — sembra — per la prima volta a Venezia nel 1486,

nella letteratura posteriore e nella stessa pratica (22), frequentemente citata ancora, nel Sei-Settecento, dai repertorii giurisprudenziali e dalle raccolte di *communes opiniones* (23). Ebbene, sarà la *Summa Angelica* che Lutero vorrà bruciata, insieme alla bolla papale e ai libri del Corpus Juris Canonici, il 1° dicembre 1520, sulla piazza di Wittemberg, quasi il simbolo più prestante, l'esempio per lui più nefasto d'un modo medievale di intendere i rapporti dello spirituale con il terreno, quasi la testimonianza più illustre del soffocamento della *sostanza* mistica della Chiesa da parte della preponderante *forma canonica* (24).

Silvestro Mazzolini da Prierio, domenicano, ci dà invece, con la sua « *Summa Summarum* » composta intorno al 1516 (25), uno degli ultimi insigni esempi della letteratura sommistica, una delle grandi *auctoritates* che, al pari della *Somma Angelica*, saranno pasto quo-

cfr. M. BESSONE, *Il beato Angelo Carletti da Chivasso*, Cuneo 1950. Sulla figura e l'opera del Carletti basti qui rinviare a DIETTERLE *Die « Summae Confessorum »*, cit., in ZKG, XXVII (1906), p. 296 ss., a M. VIORA, *La « Summa Angelica »*, in *Bollettino storico bibliografico subalpino*, XXXVIII (1936), p. 443 ss., a BESSONE, *Il beato Angelo Carletti da Chivasso*, cit., passim. e ancora a M. VIORA, *Il beato Angelo da Chivasso*, Cuneo, 1961.

(22) La si stampava ancora, a Roma, nel 1771, dopo che ne erano state tirate decine e decine di edizioni latine, la si era tradotta in italiano, la si era compendiate e ridotta in versi (BESSONE, *Il beato Angelico Carletti di Chivasso*, cit. p. 182-83; *La « Summa Angelica »*, cit., p. 449).

(23) Tanto per citare un esempio, da ANTONIO GABRIELLI, *Communes conclusiones*, Venetis, 1570, tit. *De solutionibus et liberationibus*.

(24) Si veda il ricordo dell'episodio in VIORA, *La « Summa Angelica »*, cit. p. 443 e BESSONE, *Il beato Angelo Carletti da Chivasso*, cit., p. 184. L'idea che ogni forma giuridica contrasti e sia assolutamente incompatibile con il fine spirituale della Chiesa, con la sua essenza di corpo mistico è fissa nelle correnti di pensiero protestantiche, trovando recentemente, negli ultimi anni del secolo scorso, un autorevole assertore in Rodolfo Sohm. Si veda di lui soprattutto R. SOHM, *Kirchenrecht. I. Die geschichtlichen Grundlagen*, Leipzig, 1892, p. 464. Sul complesso problema e sugli equivoci della posizione luterana meditati rilievi ha puntualizzato il Giacchi nella sua prolusione milanese. Cfr. O. GIACCHI, *Sostanza e forma nel diritto della Chiesa*, in *Jus*, I (1940), p. 398 ss.

(25) *Summa summarum quae Silvestrina dicitur...*, Romae, 1516. Sulla « *Summa* » e sulla sua fortuna, cfr. H. HURTER, *Nomenclator literarius theologiae catholicae*, t. II, Oeniponte, 1906³, coll. 1345-46; DIETTERLE, *Die « Summae confessorum »*, cit., in ZKG, XXVIII (1907), p. 416 ss.; MICHAUD-QUANTIN, *Sommes de casuistique et manuels de confession au moyen âge*, cit., p. 101 ss. Sulla figura del Mazzolini, si vedano soprattutto le notizie offerte da F. MICHALSKI, *De Sylvestri Prieratis ord. praed. Magistri S. Palatii (1456-1523) vita et scriptis*, Monasterii (Münster), 1892.

tidiano di teorici e pratici ancora per secoli ⁽²⁶⁾. Quel che è singolare qui di notare è che spetterà proprio a questo sommista l'onere e il privilegio di essere il contraddittore ufficiale della Chiesa romana avverso le proposizioni di Lutero. Indubbiamente Leone X gli affidò questo delicato incarico in quanto *Magister Sacri Palatii*, ma non è, a nostro avviso, senza significato che la difesa dell'ortodossia e insieme di tutto un edificio più che millenario fosse assunta da colui che, nella *Summa Summarum*, dimostrandosi ancora uomo del Medio Evo, ne aveva consegnato ai posteri la sintesi ultima ⁽²⁷⁾.

La Riforma si inaugurava calpestando le « Summae confessorum »; la predicazione di una nuova vita spirituale si affermava contro quelli che si ritenevano gli pseudo-moralismi dei sommisti; tanto che Lutero, riferendosi icasticamente alla Angelica, poteva parlare di un « non parvae opinionis liber ex colluvie omnium humanarum traditionum seu sentina quadam collectus et confusus, qui Summa Angelica inscribitur, quum verius sit summa plus quam diabolica » ⁽²⁸⁾.

Affermata sia pure liminalmente, questa acuita storicità delle nostre somme, questa loro coerenza e consonanza con il clima storico da cui provengono, cerchiamo di approfondire ancor più il nostro discorso spostandoci sul terreno specifico dell'esperienza giuridica medievale, dei rapporti tra quelle somme e questa esperienza e ancora della connessione e dell'intreccio fra teologia, morale, diritto. Avremo così modo di chiarire perfettamente l'origine e il contenuto dei fraintendimenti nella loro valutazione, cui accennavamo più sopra.

Sarà conveniente esaminare dapprima il rapporto con il diritto

⁽²⁶⁾ Anche per la « Summa summarum » come per la « Angelica », le edizioni si contano a decine nell'arco di due secoli.

⁽²⁷⁾ Nel giro di pochi anni, dal 1518 al 1520, in serrata polemica con Lutero, Silvestro Prierate scrive: *In praesumptuosas Martini Lutheri conclusiones de potestate Papae dialogus*, Romae, 1518; *Epitome responsionis ad eundem Lutherum*, Perusiae, 1519; *Errata et argumenta Martini Lutheri recitata, detecta, repulsa et copiosissime trita*, Romae, 1520. Su questa polemica: F. LAUCHERT, *Die italienischen Gegner Luthers*, Freiburg, 1912, p. 7 ss.

⁽²⁸⁾ La frase, tratta dal « De captivitate babylonica » è citata nello STINTZING, *Geschichte der populären Literatur*, cit., p. 539.

classico della Chiesa e successivamente col diritto comune, che ha nel filone canonico, com'è noto, una delle sue componenti vitali.

4. « *Summae confessorum* » ed esperienza giuridica medievale: I) *Teologia e diritto nella formazione del diritto canonico classico.*

Inerisce alla struttura stessa del diritto canonico la problematica della sua connessione con la teologia dommatica e soprattutto morale, e si coglie senz'altro la sua *condicio existendi* quando, con felice espressione, si dice dal Le Bras che trattasi di « un droit dont l'originalité est de s'étendre à trois mondes: l'Eglise, le Siècle, et l'Au-de-là »⁽²⁹⁾; di un diritto — aggiungiamo — che, anche se rivolto, per buona parte, ai problemi del secolo, alla organizzazione e amministrazione delle temporalità della Chiesa, ha nell'Aldilà il suo fine primario, cui nella sua interezza si strumenta, ed è strutturalmente teso *in primis et ante omnia* alla salvezza delle anime⁽³⁰⁾; di un diritto che trova i suoi più elementari principii costituzionali nei dogmi d'una religione rivelata e le sue fonti prime in una predicazione divina storicamente consolidata⁽³¹⁾. La problematica della sua connessione con la teologia si impone come ineliminabile esigenza per la scienza canonistica, che, anche di recente, vi si è ampiamente dedicata con lo spirito di compiere una ricognizione dei propri confini, nella rivendicazione più piena della autonomia sostanziale del diritto canonico⁽³²⁾.

Ovviamente, in questa sede, non ha per noi interesse seguire le fasi di una polemica, che è valsa almeno a dimostrare la vitalità e preparazione dell'impegno dottrinale; quel che a noi preme è tentar di vedere se il problema or ora accennato si imposti per il diritto classico della Chiesa — che è l'esperienza giuridica entro la quale

(29) G. LE BRAS, *Naissance et croissance du droit privé de l'Eglise*, in *Etudes d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, 1959, p. 329.

(30) Non è il caso di fare citazioni; può essere soltanto utile richiamare il lettore alle buone osservazioni di G. OESTERLE, *De relatione inter forum externum et internum*, in *Apollinaris*, XIX (1946), p. 67.

(31) Sulla posizione dello *ius divinum*, cfr. P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico*, I – *Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano, 1956, p. 189 ss.

(32) Una ampia bibliografia è offerta da P. FEDELE, *Introduzione allo studio del diritto canonico*, Padova, 1963, p. 154-55.

affiorano le somme penitenziali da noi esaminate — negli stessi termini che per l'odierno diritto codificato. E ci sembra agevole una risposta negativa.

Lo *ius vetus* nasce e si irrobustisce nei secoli XII e XIII sul ceppo della ormai affinatissima speculazione teologica. Graziano attinge più dal pensiero dei Padri che dai canoni conciliari e dalle statuizioni pontificie⁽³³⁾. Uguccione è tributario delle conclusioni delle scuole teologiche, prima fra tutte quella dei Porretani⁽³⁴⁾. Stefano Tornacense scrive la sua *Summa* sotto la viva impressione delle dispute scolastiche in tema di morale permeandone la struttura del proprio lavoro⁽³⁵⁾. È insomma, in questi primi due secoli di scienza canonistica, uno scambio continuo ed intenso fra scuole, metodi, uomini delle due branche di ricerca⁽³⁶⁾.

Il diritto canonico, strutturandosi in ordinamento, guardava, da un lato, al diritto romano e ne apprendeva le articolazioni tecniche⁽³⁷⁾, dall'altro, al millennio di elaborazione delle scuole teologiche occidentali, e ne apprendeva lo *humus* culturale e filosofico.

⁽³³⁾ C. MUNIER, *Les sources patristiques du droit de l'Eglise du VIII^e au XIII^e siècles*, Mulhouse, 1956, p. 9 ss. Preziosa è poi la voce dedicate a Graziano (nel *Dictionnaire de théologie catholique*, t. VI, p. II, Paris, 1920) da uno dei più sicuri conoscitori del pensiero teologico-giuridico del Rinascimento medievale, il padre De Ghellinck. Vi si troveranno largamente sviluppati e discussi i dati qui appena accennati.

⁽³⁴⁾ A. LANDGRAF, *Diritto canonico e teologia nel secolo XII*, in *Studia gratiana*, I [Bononiae], 1953, p. 373 ss. Della importanza dei Porretani per la storia della logica occidentale si era già reso perfettamente conto C. PRANTL, *Storia della logica in Occidente — Età medievale, Parte I. Dal secolo VII al secolo XII*, Firenze, 1937 (trad. ital. di L. Limentani), p. 391 ss.

⁽³⁵⁾ P. DELHAYE, *Morale et droit canonique dans la « Summa » d'Etienne de Tournai*, in *Studia Gratiana*, I [Bononia] 1953.

⁽³⁶⁾ In generale, per la storia dottrinale, si veda DE GHELLINCK, *Le mouvement théologique du XII^e siècle*, cit., p. 416 ss. Interessanti anche le notazioni di P. VACCARI, *Introduzione allo studio del diritto romano-canonico - 2 - Teologia e diritto*, p. 26 ss., e *Teologia e diritto nel XIII secolo*, p. 46 ss., ora in *Scritti di storia delle fonti del diritto*, Milano, 1960.

⁽³⁷⁾ Si veda la messa a punto recentissima di P. LEGENDRE, *Le droit romain, modèle et langage. De la signification de l'Utrumque ius*, in *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, t. II, Paris, 1965, p. 916 ss. Per il *Decretum* cfr. G. LE BRAS-C. LEFEBVRE-J. RAMBAUD, *L'âge classique — 1140-1378 — Sources et théorie du droit*, Paris, 1965, p. 119 ss. (la parte citata è, in realtà, redatta da J. Rambaud) in *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident*, publiée sous la direction de G. Le Bras, t. VII.

Era un lavorare a vivo su materie ancora infocate e sulle quali, se una parola chiarificatrice era stata detta, questa proveniva dai teologi; si pensi, per esempio, alla dottrina dei sacramenti e soprattutto alla emersione della penitenza nel novero indiscusso di quelli. Diritto canonico e teologia morale non poterono non tendere a miscelarsi reciprocamente e il diritto canonico apparve veramente come « il fanciullo nato dal connubio fra diritto e teologia »⁽³⁸⁾.

Ne venne al diritto classico della Chiesa una sua natura composita⁽³⁹⁾, della quale i dottori hanno piena coscienza: « est ergo haec scientia quoddam mixtum, partim capiens ex theologia in quantum tendit in finem aeternae beatitudinis, et partim est civilis in quantum tractat de temporalibus sine quibus spiritualia diu esse non possent »⁽⁴⁰⁾.

Queste efficaci affermazioni del Panormitano dimostrano, senza lasciar dubbio, che la mente dei grandi maestri canonisti non è neanche minimamente sfiorata dalle preoccupazioni di certa odierna canonistica che fa della separazione pratica e concettuale dalla teologia una condizione di esistenza del diritto canonico e un obbiettivo delle proprie speculazioni.

5. II) *Teologia e diritto nel sistema del diritto canonico classico.*

Questa miscelazione teologico-giuridica, che si mostrava così coerente e congeniale con le esigenze di un ordinamento in continuo divenire o, per dir meglio, in continuo accrescimento, doveva essere

⁽³⁸⁾ L'espressione, notissima, è di G. RENARD, *Contributo allo studio dei rapporti tra diritto e teologia – La posizione del diritto canonico*, in R.I.F.D., XVI (1936), p. 478.

⁽³⁹⁾ Corrisponde perfettamente alla struttura logica e storica del diritto classico della Chiesa la concezione che del diritto canonico ha propugnato, con larghezza di dottrina, il Fedele. Non sono dimenticabili le felici espressioni che il Fedele scrisse in proposito, nel suo *Discorso generale sull'ordinamento canonico* (cfr. *Annali della Fac. Giur. di Perugia*, LV [1941] p. 39) e che ha ora riportato nella recente e già da noi citata *Introduzione allo studio del diritto canonico* (p. 149), sulla « singolare natura dell'ordinamento canonico: la sua natura composita, mista di elementi teologici e di elementi umani, di elementi metafisici e di elementi pratici di tempo e di eternità, di storia e di vita assoluta, di natura e di soprannatura, di spirito e di materia, di cielo e di terra ». Espressioni di cui non si può contestare la suggestione e la efficacia.

⁽⁴⁰⁾ PANORMITANO, *Commentaria Primae Partis in Primum Decretalium librum...*, Venetiis, 1571, *Prooemium*, n. 16.

prepotentemente sollecitata dalla grande esperienza pluralistica che la Chiesa vive fino al XIV secolo.

Oggi, l'esistenza del Codice benedettino, che è codificazione particolarissima ma che delle codificazioni serba il generale carattere di rigidità ⁽⁴¹⁾ e l'esistenza di quasi mille anni di esperienza dottrinale in continuo affinamento conferiscono al diritto canonico una articolazione assolutamente tecnica, ossia han portato ad esaltare al di sotto della statuizione canonica una piattaforma di tecnica giuridica che ha contribuito a fissarne maggiormente i tratti autonomi.

Ma in questi secoli medievali difficile, lento, cauttissimo è l'itinerario verso l'unità giuridica. Non occorre dimenticare che la prima grande raccolta canonica dotata di una sua architettura ai fini della costruzione dell'ordinamento, quella graziana, nasce da un povero monaco benedettino sensibile alle istanze di *clerici* e di *fideles*, ed è raccolta meramente privata. Né occorre ugualmente dimenticare che le raccolte ufficiali che la seguiranno — le Decretali, il Sesto e le Clementine — sono semplicemente delle consolidazioni ⁽⁴²⁾, un vaglio che il legislatore canonico stima opportuno di compiere in un determinato momento storico e che, lungi dal presumere la propria completezza, lungi dal recidere i propri legami col passato e dall'impegnare il futuro, rappresenta soltanto il setacciamento di un troppo folto materiale normativo e la sua sistemazione per scopi eminentemente pratici.

In questa età gregoriana e post-gregoriana di teocrazia politica è invece il trionfo del pluralismo nella vita giuridica della Chiesa: accanto al solido nucleo degli atti autoritativi pontificii, concili ecumenici e provinciali, statuti di ordini, opere dottrinali recano un contributo determinante alla costruzione dell'edificio; soprattutto *doctores*, decretisti e decretalisti, che interpretano i canoni estendendone il contenuto o comunque variandolo ⁽⁴³⁾ e agiscono con una

⁽⁴¹⁾ Ci basti rinviare a M. FALCO, *Introduzine allo studio del « Codex Juris Canonici »*, Torino, 1925, p. 35 ss.

⁽⁴²⁾ Sul problema storico e concettuale della « consolidazione » e della « codificazione », e sulla fondamentale diversa indole dei due precipitati storici, cfr. i cenni, rapidi ma chiarificatori, di M. VIOLA, *Consolidazioni e codificazioni*, Bologna s.d.

⁽⁴³⁾ In generale, G. LE BRAS, *Prolegomènes*, Paris, 1955, p. 57 (*Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident*, t. I).

dinamica che non ha riscontro in altri momenti della storia del diritto canonico.

Nell'itinerario verso la unità giuridica sembra che la Chiesa voglia tendere l'orecchio per carpire ogni voce, per far suo il tesoro di tutta una esperienza sparsa e minuta di vescovi, parroci, confessori, amministratori beneficiari, giudici, dottori che stanno vivendo quotidianamente il fatto straordinario d'una fede religiosa condizione e regola e cardine della vita politica, economica e sociale.

In questo pluralismo, in questa coralità di fonti la miscelazione teologico-giuridica trova un ambiente naturalmente favorevole, mentre concili e dottrina tendono necessariamente a mescolare il dato religioso e morale con quello più appropriamente giuridico.

Il *periculum animae*, la *ratio vitandi peccati* condizionano lo svolgimento del diritto canonico medievale nella ricerca del proprio assestamento ⁽⁴⁴⁾: fatta salva la fissità delle regole fondamentali e indiscutibili dello *ius divinum*, elasticizzano l'ordinamento nel suo contenuto positivo e nei suoi confini, esaltandone la dimensione storica, la sua particolare storicità: in tal senso nascono e si sviluppano istituti tipici come l'*aequitas canonica* ⁽⁴⁵⁾, la *dissimulatio*, la *tolerantia* ⁽⁴⁶⁾, la *dispensatio* ⁽⁴⁷⁾, fonti di incertezza e fattori di disgregazione per la compattezza dell'ordinamento e che solo un superiore interesse d'indole teologico-morale può consentire o addirittura esigere ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁾ Estremamente illuminanti risultano le ricerche che il Lefebvre e il Le Bras hanno compiuto sulle direttrici dell'opera del più insigne decretalista del Dugento, Enrico da Susa. Cfr. C. LEFEBVRE, « *Aequitas canonica* » et « *Periculum animae* » dans la doctrine de l'*Hostiensis*, in *Ephemerides Juris Canonici* VIII (1952); ID., *La doctrine de l'Hostiensis sur la préférence à assurer en droit les intérêts spirituels*, *ibidem*; G. LE BRAS, *Théologie et droit romain dans l'oeuvre de Henry de Suse*, in *Etudes Noël Didier*, Paris, 1961.

⁽⁴⁵⁾ Una buona sintesi è ora offerta da C. LEFEBVRE, voce *Equité*, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. V, Paris, 1953.

⁽⁴⁶⁾ Una indagine eccellente vi ha dedicato G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, Milano, 1953.

⁽⁴⁷⁾ P. FEDELE, *Consideraciones sobre la dispensa y sobre otras instituciones en la ordenación canónica*, in *Revista española de derecho canónico*, II (1947), p. 292 ss.

⁽⁴⁸⁾ « Dicitur illicitum permitti, ut magis illicitum vitetur », afferma la glossa ordinaria al Decreto di Graziano (c. 4, dist. III), impostando limpidamente il fondamento giuridico, e, prima che giuridico, morale della *tolerantia* canonica. I principi di

Il formalismo proprio di ogni ordinamento giuridico tende a sfaldarsi con particolare intensità nell'ambito di quello classico della Chiesa, e compaiono istituti, come quelli ora menzionati, che, pur esaltandone, come testé dicevamo, la sua dimensione storica, sono lesioni e obumbramenti per la sua strutturazione logico-sistematica, ma rispondono alla suprema esigenza della *salus animarum*, della coerenza fra legge giuridica e legge teologica più che alla coerenza intima fra norme d'uno stesso sistema positivo.

Di qui tutta una elasticità interna che permette « di dire e di non dire, di proibire insieme e di concedere, di badare a tutto e di dissimulare... di tener ferma la legge unica di fronte al cozzo dei casi diametralmente opposti, di lasciar scritta la legge arcaica mentre la disciplina vigente la contraddice in tutto » (49), e che il diritto classico ci mostra acuita al massimo grado; da qui soprattutto una elasticità di confini che consente una osmosi continua e incessante tra dato teologico-morale e tecnica giuridica.

Queste considerazioni hanno non soltanto un loro autonomo significato, ma permettono di comprendere la diversità sostanziale con cui la consueta distinzione tra foro interno e foro esterno è destinata a riproporsi appunto nel diritto canonico classico.

Fondata su una diversa potestà di giurisdizione la distinzione è oggi netta e sul piano concettuale e sul quello pratico (50), ma,

uguaglianza e certezza, cardini di molti ordinamenti laici del passato e del presente, suonano eccessivamente estrinseci e rigidi per il diritto della Chiesa, contrarii cioè a quella elasticità che sembra essere una delle peculiarità più vive dell'ordinamento canonico di sempre (P. A. D'AVACK, *Considerazioni su alcune peculiarità dell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, V, [1943], p. 141); quei principii non possono pertanto essere considerati come indisponibili, ma sono destinati a riproporsi nell'ordine-Chiesa in maniera affatto diversa. Su questo punto non sono dimenticabili le suggestive e penetranti pagine che al problema della certezza del diritto nell'ordine canonico dedicò il Capograssi (cfr. G. CAPOGRASSI, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in *Ephemerides iuris canonici*, V (1949).

(49) Sono parole di Francesco Ruffini tratte da una sua pagina di insuperata efficacia e acutezza. Cfr. F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, ora in *Scritti giuridici minori*, vol. I, Milano, 1936, pp. 94-95.

(50) Fra una varia letteratura segnaliamo, oltre a J. HAHN, *Das Forum internum und seine Stellung im geltenden Recht*, Würzburg, 1941, per delle notazioni interessanti, i due articoli di P. CAPOBIANCO, *De ambitu fori interni in iure ante Codicem* in *Apollinaris*, VIII (1935) e *De notione fori interni in iure canonico*, in *Apollinaris*, IX (1936), e l'importante

appunto nella sua rigorosa nettezza, non ha riscontro nella esperienza giuridica classica.

Un insegnamento tralatizio dice che « in Ecclesia disciplina usque ad saeculum XIII non fuit alterum ab altero foro perfecte separatum imo plus minusve unam provinciam videntur constituisse »⁽⁵¹⁾; ed è un insegnamento che crede di trovare le sue basi nella artificiosa cesura, nell'ambito della bimillennaria vita storica della Chiesa, tra due grandi periodi, quello fino al secolo XII nel quale si constata la fusione tra dato teologico e dato giuridico, quello dal secolo XII in poi, nel quale il diritto canonico trova un suo alveo definito, distinto dalla matrice teologica, e nel quale anche i due fori si separano concettualmente e praticamente.

Questo schema minimizza e coarta una realtà storica ben più varia e complessa, e falsa la stessa posizione del rapporto teologia-diritto nello *ius decretalium* pretridentino.

La distinzione tra foro interno e foro esterno, che, nella precisa nomenclatura come la vediamo nel *Codex*⁽⁵²⁾, è reperibile solo nella tarda canonistica posttridentina e in tardi provvedimenti di curia⁽⁵³⁾, si attenua e si sfoca nella dottrina canonistica classica; anzi è insegnamento in quella frequente che *lex canonica* e *forum conscientiae* non discrepano; ed è insegnamento autorevole pronunciato

studio dell'OESTERLE, *De relatione inter forum, externum et internum*, cit. Cfr. anche P. CIPROTTI, *Morale e diritto nell'ordinamento della Chiesa*, in *Annali della Fac. Giur. dell'Univ. di Camerino*, XXV (1959) e recentemente G. SARACENI, *Riflessioni sul foro interno nel quadro generale della giurisdizione della Chiesa*, Padova, 1961, dove c'è un tentativo di approfondimento del problema sul piano storico. È dedicata alla problematica foro esterno - foro interno nel diritto canonico la seconda parte di una recentissima opera generale di B. FRIES, *Forum in der Rechtssprache*, München, 1963 (*Münchener theologische Studien*, III: Kan. Abt. 17).

⁽⁵¹⁾ Così CAPOBIANCO, *De notione fori interni in iure canonico*, cit., p. 364.

⁽⁵²⁾ R. NAZ, voce *For*, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. V, Paris, 1953.

⁽⁵³⁾ Vedi, ad esempio, L. FERRARIS, *Prompta bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica*, t. IV, Genuae, 1771 voce *Forum seu Forus* n. 62. Si veda anche SARACENI, *Riflessioni sul foro interno nel quadro generale della giurisdizione della Chiesa*, cit., p. 27 ss. Per la storia della distinzione, cfr. i brevi cenni di F. BATTAGLIA, *Alcune osservazioni storico-critiche sulle relazioni tra diritto e morale*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, I, Modena, 1930, e FRIES, *Forum in der Rechtssprache*, cit., p. 190 ss.

com'è da giureconsulti insigni quali Giovanni da Imola ⁽⁵⁴⁾, il Panormitano ⁽⁵⁵⁾, Felino Sandeo ⁽⁵⁶⁾, Filippo Decio ⁽⁵⁷⁾.

La consapevolezza della vita mistica della comunità civile, il suo costituirsi primo in Corpo Mistico del Cristo provoca nel canonista medievale la composizione del dato giuridico con quello pregiuridico. Si legga, per convincersene, questo commento di Niccolò de Todeschi al cap. *Vigilanti*: « Ego vere indistincte dico opinionem secundam, quae videtur communior canonistis, veriolem et in foro conscientiae esse servandam. Moveor ultra alios, quia ius canonicum etiam quatenus disponit in foro contentioso, semper tendit in salutem animae... Nam finis iuris canonici est dirigere hominem ad bonum commune secundum quod congruit humanae societati non solum civiliter viventi sed secundum fidem in Deum tenendo et vitam aliam expectando » ⁽⁵⁸⁾.

La *salus animarum*, principio assorbente e onnipresente, funge da elemento coagulatore non solo tra i vari aspetti nell'ambito della vita associata, ma altresì della vita spirituale e della società nel loro rapporto; funge da elemento coagulatore tra foro interno e foro esterno. I due fori tendono a coincidere — preciserà solennemente Felino Sandeo — « quia ecclesia militans est exemplata ad instar triumphantis » ⁽⁵⁹⁾.

6. III) Teologia e diritto nella dinamica sociale del Medioevo.

Questa straordinaria comunità di viventi sorretti dalla speranza e cementati dalla fede, questa comunità di viventi in attesa del

⁽⁵⁴⁾ GIOVANNI DA IMOLA, *In secundum Decretalium commentaria...*, Venetiis, 1575, in c. *Vigilanti, de praescriptionibus*, n. 2.

⁽⁵⁵⁾ PANORMITANO, *Commentaria in tertiam secundi Decretalium libri partem...*, Venetiis, 1571, in c. *Vigilanti, de praescriptionibus*, n. 6.

⁽⁵⁶⁾ FELINO SANDEO, *Commentariorum... in Decretalium libros v. Pars prima...*, Venetiis, 1574, in c. *Canonum de constitutionibus*, n. 47; ID., *Commentariorum... in Decretalium libros v. Pars tertia ...*, Venetiis, 1574, in c. *Vigilanti, de praescriptionibus*, n. 11.

⁽⁵⁷⁾ FILIPPO DECIO... *In Decretalium volumen perspicua commentaria...*, Venetiis 1593, in c. *Canonum de constitutionibus*, n. 65.

⁽⁵⁸⁾ PANORMITANO, in c. *Vigilanti*, n. 6.

⁽⁵⁹⁾ FELINO SANDEO, in c. *Vigilanti*, n. 11.

giudizio, in attesa di raggiungere i propri santi nel paradiso d'Iddio, che vive guardando alla morte « *fidem in Deum tenendo et vitam aliam expectando* » non può possedere una dinamica giuridica separata da quella etica.

In questa comunità il problema morale è, nello stesso tempo, problema di regolamentazione sociale, e perciò problema giuridico.

L'esperienza giuridica medievale (e qui il discorso ha necessariamente superato il momento « canonico » per involgere l'intero momento « comune ») è anche una esperienza etica, e il diritto medievale trova il punto di assoluta tipicità proprio nell'essere un diritto elaborato come derivazione ultima di precisi presupposti etici e religiosi.

È la piattaforma organizzata d'una realtà sociale né agnostica né indifferente ma di una *societas christiana* che assume a propri pilastri costituzionali non già i vaghi principi di un blando panteismo o d'una religione naturale, bensì i principi teologici d'una religione rivelata con i suoi dogmi e le sue indiscutibili verità; il tessuto connettivo di soggetti che fanno della salvezza della propria anima il pensiero dominante e sanno di poterla conseguire soltanto grazie alle regole della morale cattolica.

Nell'uomo medievale il *civis* non è separabile dal *fidelis*: l'operatore sociale non abdica mai ai suoi principi di carattere etico-religioso presentandosi allo sguardo dello storico come una unità affatto integra in cui si fondano e si armonizzano elementi e problemi che la nostra coscienza di moderni è avvezza da almeno duecento anni a separare. La morale cattolica non costituisce un dato pregiudicato, o giuridico soltanto a patto che l'ordinamento in varie forme lo recepisca. Essa circola invece entro la stessa esperienza giuridica costituendone l'invisibile elemento vitale e consentendo anzi lo svincolo di quella da una formalizzazione di carattere rigorosamente ugualitario e legalitario.

Certi timori, certi complessi di inferiorità certe cautele propri dell'assetto dei diritti moderni non sono pensabili per la realtà storica dell'ordinamento medievale, esattamente perché la consapevolezza morale dell'ordinamento rende superflue certe forme di esasperato garantismo che, se giustificate al loro sorgere, costituiscono però delle pastoie troppo rigide per la vita del diritto: ecco perché non si bandisce il principio di equità oltre i confini del diritto

positivo ⁽⁶⁰⁾, perché non si teme l'*arbitrium iudicis* ⁽⁶¹⁾, perché si mantiene il pluralismo più ampio sul piano delle fonti ⁽⁶²⁾, perché non si ha cura di separare il momento legislativo da quello giudiziale e amministrativo secondo la scoperta del legalismo illuminista che sarà poi dogma per l'Ottocento e il Novecento con tutti i pesanti vincoli che un dogma comporta ⁽⁶³⁾.

Non dimentichiamo che la Chiesa si pone al centro della vita associata medievale, produttrice primaria del costume e delle regole sociali che la articolano, condizionatrice del suo stesso assetto costitutivo, garante della sua stabilità. In questa comunità teocratica, da un lato, la norma etica è destinata a distorcersi accentuando un carattere decisamente eteronomico, a mescolarsi e fondersi con la regola sociale; dall'altro la norma giuridica non può non essere una *regula moralitatis* ⁽⁶⁴⁾.

La morale si esteriorizza; il diritto si include nella morale. L'ordine giuridico si assume come parte integrante dell'ordine morale divenendone una specificazione interna ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁰⁾ Basti qui rinviare alla problematica sollevata da F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, Milano, 1954, p. 476.

⁽⁶¹⁾ U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane – Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Milano, 1946, p. 86 ss. e p. 356 ss.

⁽⁶²⁾ LE BRAS, *Prolégomènes*, cit., p. 52 ss.

⁽⁶³⁾ V. COLORNI, *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, XVII-XX (1944-47), p. 15 e pp. 21-38; ID., *Sulla natura giuridica dei rescritti nel diritto intermedio*, in *Giur. Compl. Corte Suprema di Cassazione – Sez. civili*, XXIX (1951).

⁽⁶⁴⁾ P.M. VAN OVERBEKE, *De relatione inter ordinem iuridicum et ordinem moralem*, in *Ephemerides theologicae lovanienses*, XI (1934), p. 289 ss. Si vedano anche le interessanti notazioni di BATTAGLIA, *Alcune osservazioni storico-critiche sulle relazioni tra diritto e morale*, cit., e di A. PASSERIN D'ENTREVES, *La filosofia politica medievale*, Torino, 1934, p. 70 ss. e *Diritto naturale e distinzione fra morale e diritto nel pensiero di S. Tommaso d'Aquino*, in *Rivista di Filosofia Neoscolastica*, XXIX (1937) p. 478 ss.

⁽⁶⁵⁾ Su questo atteggiamento del pensiero scolastico cfr. F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità e San Tommaso d'Aquino*, Milano, 1943, soprattutto p. 201 ss.; DE LAGARDE, *Alle origini dello spirito laico - II - Stato e Società nella Scolastica*, Brescia, 1965 (trad. ital. di A. Barbieri, A. Capretti, E. Bertazzoni), p. 82; M. VILLEY, *Sur l'antique inclusion du droit dans la morale*, in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957, cap. VII (questo contributo non è riprodotto nella seconda edizione delle *Leçons* apparsa a Parigi nel 1962). Per una testimonianza esemplare anche nel filone recente del più puro neotomismo, cfr. V. CATHREIN, *Filosofia morale - Esposizione scientifica dell'ordine morale*

L'accusa alla etica scolastica di avere legalizzato la morale articolando in categorie giuridiche l'intera esperienza etica, accusa che suona aspra nella bocca di un Bertrando Spaventa ⁽⁶⁶⁾ o di un Benedetto Croce ⁽⁶⁷⁾, si pone antistorica proprio per il carattere accusatorio della affermazione; per la incompienza che essa tradisce di una determinata struttura socio-politica e di un determinato atteggiamento intellettuale cui sono totalmente estranee cesure e distinzioni care alla nostra consapevolezza di moderni, ma considerabili quali storture, abnormità, errori entro quella struttura e alla luce di quell'atteggiamento.

Morale e diritto, foro interno e foro esterno saranno destinati a esaltare i propri caratteri discretivi e a disgiungersi concettualmente in modo rigoroso soltanto quando, rotto l'integralismo medievale, le correnti umanistiche e razionalistiche avranno riproposto in termini affatto nuovi e diversi il problema della comunità umana nelle sue fonti e nella sua struttura ⁽⁶⁸⁾.

7. I caratteri generali delle « *Summae confessorum* ».

Le considerazioni sin qui svolte su taluni caratteri della esperienza giuridica entro la quale prendon vita le *summae confessorum* inducono — ci sembra — a una maggiore cautela nella qualificazione di queste opere come semplicemente morali o come letteratura per il foro interno. Cautela che è destinata ad accentuarsi se, da un generico esame — come abbiám fatto — delle circostanze ambientali, passiamo a puntualizzare i caratteri specifici dei maestri sommistí e della loro produzione.

Spesso sono giuristi, come il canonista Giovanni de Deo, com-

e giuridico - I. - *Filosofia morale generale*, Firenze, 1913 (trad. ital. di E. Tommasi), p. 624 ss.

⁽⁶⁶⁾ B. SPAVENTA, *Concetto e metodo della dottrina tomistica del diritto*, in *Da Socrate a Hegel*, Bari 1905, *passim*.

⁽⁶⁷⁾ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Napoli, 1926², p. II, e *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, Bari, 1929³, p. 360.

⁽⁶⁸⁾ F. BATTAGLIA *Cristiano Thomasio filosofo e giurista*, Roma 1936, soprattutto p. 217 ss.

pilatore fra il 1245 e il 1250 di un *Liber poenitentiaris* ⁽⁶⁹⁾, o come Raimondo da Peñafort ⁽⁷⁰⁾. Al grande legislatore canonico, educato a forti studi giuridici e professore di diritto, si deve infatti, com'è noto, una somma penitenziale, che, sia per l'enorme prestigio del suo autore, sia per i suoi intrinseci pregi, avrà una straordinaria fortuna ⁽⁷¹⁾. E inciderà a fondo sulla evoluzione strutturale di tutto il genere letterario adottando sistematicamente il *casus* come lo strumento logico-didattico più idoneo anche a fini pastorali. Se casistiche possono essere sostanzialmente definite anche opere come quelle precedenti di Roberto di Flamborough e di Tommaso di Chabham, è però con Raimondo che il *casus*, forma letteraria cara ai glossatori civilisti e canonisti ⁽⁷²⁾, diviene articolazione naturale di un complesso discorso.

Spesso dunque i sommisti sono, per educazione e per studi, dei giureconsulti: constatazione interessante ma insoddisfacente. Assai più illuminante è calare a un esame del contenuto stesso delle somme, dei loro destinatari, delle loro fonti.

Il materiale preso ad oggetto di valutazione è variissimo: accanto a questioni squisitamente teologiche, amplissima trattazione vi trovano i problemi del diritto costituzionale e internazionale e delle fonti del diritto, il diritto delle persone come quello familiare, patrimoniale, commerciale, mentre analisi minute ed approfondite sono dedicate ai contratti, ai quasi-contratti, alle ultime volontà, ai diritti reali.

È una presa di contatto globale con la società nella sua interezza.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. A. D. DE SOUZA COSTA, *Doutrina penitencial do canonista João de Deus*, Braga, 1956.

⁽⁷⁰⁾ Su Raimondo da Peñafort compilatore della « *Summa de casibus poenitentiae* » si vedano A. TEETAERT, *La « Summa de poenitentia » de Saint Raymond de Penyafort*, in *Ephemerides theologicae lovanienses*, V (1928); A. WALZ, *Sanctus Raymundus auctor Summae casuum*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, III, Romae, 1936; R. BAUCCELLS SERRA, *La personalidad y obra jurídica de San Raymundo de Peñafort*, in *Revista española de derecho canónico*, I (1946); S. KUTTNER, *Zur Entstehungsgeschichte der « Summa de casibus poenitentiae » des hl. Raymund von Penyafort*, in *ZSS-KA XXXIX* (1953).

⁽⁷¹⁾ Già alla metà del Dugento la commentava il domenicano Guglielmo da Rennes e la adattava metricamente il cisterciense Alfonso da Lovanio. Sulla fortuna della « *Summa* », presumibilmente composta fra il 1222 e il 1230, cfr. TEETAERT, *La « Summa de poenitentia » de Saint Raymond de Penyafort*, cit., pp. 65-70.

⁽⁷²⁾ Esemplari, sotto questo profilo, i *Casus Codicis* di Guglielmo da Cabriano (H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, p. 299).

Nessun aspetto di questa è giudicato irrilevante pel foro penitenziale; ogni atto sociale, in quanto tale, è suscettibile di incriminazione al tribunale della penitenza, mentre i tratti distintivi tra *forum conscientiae* e foro esterno si sfocano e si confondono.

Civis e fidelis costituiscono una unità perfetta e inscindibile; operarvi sezionamenti e tentare partizioni sarebbe innaturale come tentar di separare anima e corpo.

Si aggiunga che il penitente è quasi sempre veduto non come soggetto singolo di fronte alla sua eternità, bensì come soggetto di precisi rapporti che lo legano ad altri soggetti; e il rapporto tra uomo e uomo è veduto sempre attraverso l'angolo visuale del rapporto tra uomo e Dio nel riflesso di questo.

Il discorso dei sommisti è un discorso inequivocabilmente giuridico; solo che il diritto di cui si discorre ha delle solide fondazioni teologiche, è un diritto il cui tratto distintivo e addirittura tipizzante è la moralità; che si sviluppa come applicazione sul terreno sociale di determinate regole morali.

L'interesse dei sommisti è per i rapporti intersubiettivi, soltanto che a capo di quei rapporti essi non pongono degli inqualificati operatori sociali, ma degli operatori con un'anima da salvare, con una eternità da conquistare. Ogni rapporto terreno, lungi dall'esaurirsi nella immediatezza della vicenda contingente ha un fine ulteriore, è insomma uno strumento per conseguire la *salus aeterna*.

Il punto di frizione tra foro esterno e foro interno diviene qui un punto di osmosi, di miscelazione, di fusione, e le nostre considerazioni generali e generiche sui rapporti tra i due fori nel diritto canonico classico trovano in queste somme una verifica puntuale.

Giustamente il padre Girolamo Tornielli esaminatore della *Summa Angelica* per conto dell'ordine dei Minori, si rivolgeva al pubblico dei giureconsulti nella sua epistola dedicatoria: « Venite omnes utriusque iuris professores et docti. Vobis enim liber iste fidissima est clavis » (73).

Giustamente lo stesso Carletti, nel prologo della *Angelica*, teneva a precisare: « ita quod haec Angelica Summa erit utilis non solum confessoribus verum etiam scholaribus utriusque iuris... Et

(73) Vedila in testa alle edizioni della « Summa Angelica ».

quamvis in ea nihil sit dictum quod non arbitratus fuerim convenire iusticie et veritati, praesertim in foro conscientiae cui satisfaciendum magis censui quam ad forum contentiosum... » (74).

Il *forum conscientiae* e il *forum contentiosum* non si contrappongono nella concezione del sommista; anzi, anche se egli ha prevalentemente pensato al tribunale della penitenza e alle sue esigenze il suo discorso resta valido per ambedue, proprio perché il modesto frate minorita ha tenuto sempre fissi di fronte a sé gli ideali della *justicia* e della *veritas*, che sono, prima ancora che principii del foro penitenziale, lievito di tutta l'esperienza giuridica medievale che li vive soprattutto nel tramite mistico e giuridico della Chiesa.

8. *Il discorso dei sommist* quale discorso rigorosamente ontologico.

D'un estremo interesse e rilievo si propone l'esame, sia pur rapido, delle fonti delle nostre *Summae*: esame destinato ad esser ancor più istruttivo se si tenterà contemporaneamente di cogliere la consapevolezza che di quelle fonti avevano i sommist.

È constatazione elementare che le *auctoritates* più care ed usate sono i frammenti del Corpus Iuris Civilis e i canoni e capitoli del Decreto e delle Decretali: nella esigenza tipicamente scolastica di fondare il proprio discorso su un saldo piedistallo autoritativo, si preferisce ancorarlo a un testo giustiniano o gregoriano piuttosto che all'insegnamento di un Padre o alle statuizioni d'un concilio, con la conseguenza macroscopica di una fitta fioritura di citazioni romane e canoniche così come nei lavori giurisprudenziali di diritto comune.

A ciò portava l'educazione giuridica di molti scrittori; a ciò conduceva quell'orizzonte globale che i sommist assumevano a proprio terreno d'indagine e che il diritto romano, esperienza giuridica totale e universale, sembrava perfettamente ricomprendere serbandolo per ogni fattispecie, anche abnorme e singolare, una regola storicamente sperimentata; a ciò conduceva però soprattutto l'atteggiamento generale a impostare un discorso che è teologico e giuridico insieme né, per i motivi sopra illustrati, può essere diversamente.

Identica conclusione deve trarsi per quanto concerne le fonti

(74) *Summa Angelica de casibus conscientiae*, prologo.

dottrinali, ed è altrettanto elementare constatazione che la citazione d'un giurista è generalmente preferita a quella d'un teologo.

Ci sia consentita una esemplificazione minima: nella *Summa* del francescano Giovanni da Erfurt, scritta a cavaliere fra il Dugento e il Trecento, l'Ostiense e Guglielmo Durante contendono il primato a S. Tommaso e a S. Bonaventura ⁽⁷⁵⁾; frequentissimi, nella *Summa de casibus*, dell'Asteseano (sec. XIV) i rinvii ai commentarii civilistici di Azzone ⁽⁷⁶⁾; Bartolommeo da San Concordio, domenicano, nella sua *Summa Pisanella*, mentre cita spesso *auctoritates* di testi canonici e di canonisti, si rifà, sul piano meramente teologico, soltanto a San Tommaso ⁽⁷⁷⁾, e anche nel *Supplementum* alla Pisanella scritto dal francescano del pensiero giuridico del sec. XIV, scarse sono le allegazioni di teologi e singolari, in questo campo, le lacune ⁽⁷⁸⁾.

Dalla lista di fonti preposta alla *Angelica* si nota una assoluta preponderanza dei « doctores in iure canonico vel civili » sui « doctores sacrae theologiae », con la ulteriore precisazione che fra i primi largo posto vien fatto ai civilisti, ad esempio ad Azzone, a Bartolo, a Baldo, ad Alberico da Rosate, ad Alessandro Tartagni, e via dicendo ⁽⁷⁹⁾; per quanto concerne gli autori utilizzati da Bartolommeo Fumi per la compilazione della sua *Aurea Armilla* constatiamo — se ci è consentita una proporzione numerica — accanto a tredici « theologi » più di cinquanta « canonistae » fra cui Azzone, Jacopo d'Arena, Cino, Alberico da Rosate, Angelo aretino, Giasone, Paolo di Castro e altri ancora ⁽⁸⁰⁾.

Gli elenchi di fonti premessi a talune somme penitenziali più tarde e, in modo particolare, la sistemazione e la articolazione che a

⁽⁷⁵⁾ MICHAUD-QUANTIN, *Sommes de casuistique*, cit., p. 54. Su Giovanni da Erfurt, cfr. V. HEYNCK, *Studien zu Johannes von Erfurt*, in *Franziskanischen Studien*, XL (1958), p. 329 ss.

⁽⁷⁶⁾ MICHAUD-QUANTIN, *Sommes de casuistique*, cit. p. 57. Sulla *Summa de casibus* del francescano Asteseano d'Asti, cfr. quanto ne scrisse il DIETTERLE, *Die « Summae confessorum »*, in *ZKG*, XXVI (1905), p. 35 ss.

⁽⁷⁷⁾ MICHAUD-QUANTIN, *Sommes de casuistique*, cit., p. 62. Anche la *Summa Pisanella* appartiene alla prima metà del Trecento.

⁽⁷⁸⁾ MICHAUD-QUANTIN, *Sommes de casuistique*, cit., p. 63.

⁽⁷⁹⁾ L'elenco delle *auctoritates* è preposto al testo in tutte le edizioni della *Angelica*.

⁽⁸⁰⁾ La dizione « theologi » e « canonistae » e la separazione delle loro opere in due elenchi del tutto distinti si devono allo stesso Bartolommeo Fumi.

quegli elenchi han creduto di dare i varii scrittori ci consentono ulteriori considerazioni di non poco interesse e ci consentono soprattutto di cogliere la valutazione che gli stessi sommisti ebbero del loro genere letterario.

Assumiamo a testimonianze paradigmatiche quelle della *Summa Angelica* e della *Summa Summarum* di Silvestro da Prierio; hanno per noi un duplice pregio: costituiscono un robusto ripensamento dei tanti problemi agitati dalla ormai plurisecolare letteratura penitenziale e si strutturano, utilizzando un larghissimo materiale normativo e dottrinale, con particolare ampiezza; costituiscono il momento estremo, alle soglie della Riforma e dei movimenti innovatori del Cinquecento, di quell'*iter* iniziato in modo ancora incerto da Alano da Lilla e possono così darci una visione retrospettiva di tutta la complessa letteratura sommistica.

Sia la lista di *auctoritates* della Angelica che quella della Silvestrina si arricolano in tre parti: i « doctores sacrae theologiae » i « doctores in iure canonico vel civili », i « summistae ». Fra i primi Cipriano, Agostino, il venerabile Beda, S. Bernardo, S. Alberto Magno, S. Bonaventura; fra i secondi Azzone, Alberico da Rosate, Bartolo, Baldo, Alessandro Tartagni prevalentemente civilisti e Antonio da Budrio, Niccolò de Todeschi, Andrea Barbazza canonisti ⁽⁸¹⁾; fra i terzi i nostri scrittori penitenziali.

Talvolta, come nella *Aurea Armilla* di Bartolommeo Fumi, la articolazione di simili elenchi si semplifica riducendosi a una giustapposizione di « theologi » e di « canonistae », nel quale ultimo novero, accanto a decretisti e decretalisti, si fan rientrare non soltanto dei puri civilisti ma gli autori delle *summae confessorum*, e il Fumi cita espressamente l'Astesano, Monaldo, Bartolommeo da San Concordio, Angelo Carletti da Chivasso, Silvestro da Prierio, Giovanni Cagnazzo ⁽⁸²⁾.

Dopo queste aride elencazioni si può tentare di formulare un discorso conclusivo. Non v'è dubbio che la singolare operosità degli scrittori penitenziali può essere ascritta fra la letteratura giuridica,

⁽⁸¹⁾ È agevole constatarlo in ogni edizione della *Angelica* e della *Silvestrina*.

⁽⁸²⁾ Il domenicano Giovanni Cagnazzo, originario di Tabia (Taggia), è autore di una tarda *summa*, compilata sul modello della *Angelica* e della *Silvestrina* ma di proporzioni più modeste, conosciuta di poi con l'intitolazione di *Summa Tabiena*.

ma non può essere ascritta fra la letteratura meramente teologica. Fonti, destinatari, metodo d'analisi, oggetto di ricerca di quello straordinario e tipico operatore della cultura medievale che è il *sommista* denotano un atteggiamento e un interesse sostanzialmente giuridici.

Solo che il sommista tende ad accentuare il carattere morale del diritto; il suo *ius* tende a coincidere con l'*iustum*, il *licitum*, tende a fondersi col *fas*. Egli non ci propone una deontologia per l'elementare motivo che il dover essere della società medievale non si contrappone alla sua sostanza reale come un ideale lontano al di fuori dei suoi confini concreti perché quella società ha una struttura morale ben definita, sì che per essa il contrasto drammatico fra essere e dover essere si risolve piuttosto in una realizzazione sempre più capillare, sempre più ampia di quelli che sono gli stessi principi costituzionali dell'ordinamento.

Il discorso del sommista è quindi rigorosamente ontologico, anche se tra i valori molteplici del dato giuridico egli è portato ad accentuare il valore morale più che quello sociale.

Ecco perché, nella consapevolezza di un Angelo Carletti o di un Silvestro da Prierio, non è riuscita facile come per l'autore della *Aurea armilla* ⁽⁸³⁾ la definizione e collocazione dei sommisti entro gli schemi tradizionali del teologo e del giureconsulto; ecco perché si è preferito isolare un *genus* tipico ed autonomo.

Se le funzioni e competenze del civilista, del canonista, del sommista sono destinate a sfurmarsi nella integralità della esperienza giuridica medievale insofferente a delimitazioni interne, se simili partizioni appaiono affatto innaturali se intese rigidamente, resta un problema di angoli visuali da cui guardare l'integralità di quella esperienza, e, se il romanista farà la sua diagnosi soprattutto *ex parte rei publicae* e il canonista *ex parte ecclesiae*, spetterà al sommista il grave compito di guardarvi dall'angolo visuale delle coscienze, dell'*interior homo*, operando la composizione miracolosa fra l'intrasubbiiettivo e l'intersubbiiettivo.

Nella società medievale ciò è possibile perché una religione rivelata e una morale ne costituiscono la piattaforma costituzionale;

(83) Cfr. più sopra.

e il ruolo che vi svolge il sommista non è di poco momento: non si tratta soltanto della diagnosi più affinata di un assetto sociale nelle sue venature più intime, ma dell'enucleazione ed enunciazione in forma sempre più lucida e consapevole delle *Grundnormen* dell'ordinamento.

I sommisti non indicano ai legislatori, dottori e pratici dell'esperienza giuridica medievale ciò che dovrà essere il risultato del divenire storico dell'esperienza, bensì quali sono le ossature nascoste ma reali della comunità come *societas christiana*. L'ordinamento medievale, pur nelle sue solidissime linee direttrici intime, ha nelle proprie manifestazioni formali una plasticità, una elasticità, una recettività sorprendenti; il suo dato perenne è la mobilità, quasi come un terreno sabbioso continuamente mosso da varie e incessanti correnti, ma che serbi segnati, al di sotto, nel suo interno, i solchi delle direttrici che lo percorrono.

Ebbene, spetta ai sommisti, di fronte a una possibile distrazione del civilista e del canonista per le manifestazioni alluvionali del cortice sociale, di far emergere alla consapevolezza dell'ordinamento il senso di quelle direttrici che al tribunale della penitenza sono destinate ad esaltarsi, essendo direttrici innanzi tutto teologico-morali. E si capisce perfettamente che, se anche i sommisti divennero perciò una potente molla di evoluzione, ciò nondimeno si resta sempre sul piano ontologico, proprio perché questa letteratura meno tecnica ma più aperta a una libera e spregiudicata (spregiudicata sul piano delle forme sociali) diagnosi della realtà è soltanto un richiamo alla coerenza dell'ordinamento stesso.

Per questo crediamo che si possa parlare di un « diritto penitenziale », come abbiám fatto più volte nel corso di questo lavoro, di una presa di contatto dei rapporti sociali sostanzialmente giuridica, però da un angolo visuale che non è fuori della esperienza giuridica, che non è un ricorso a fattori e concezioni estranee ma che circolano in quella esperienza; esempio storico per noi più compiuto della composizione fra idealità ed esigenze etiche e sociali, rappresentante davvero di fronte ai nostri occhi di storici e di giuristi « l'inconsutile tunica che non era lecito dividere », come scriveva poco prima della

morte, in certe sue pagine vive e freschissime sui rapporti fra equità e *strictum ius*, il compianto Francesco Calasso (84).

9. *Le somme penitenziali nel divenire della esperienza giuridica medioevale: I) Le « Summae » e le nuove esigenze della circolazione economica.*

Le *summae confessorum* ci dispiegano quindi una analisi della società medievale particolarmente attenta ed acuta; analisi che riveste un duplice interesse per lo storico del diritto: l'esame dei più vari rapporti giuridici compiuta dall'angolo visuale della *ratio peccati vitandi*, anche se mantiene nei nostri autori un carattere sostanzialmente ontologico, ha il pregio di sminuzzare tutta una complessa realtà sociale in una guida che non sarebbe possibile al civilista e nemmeno al canonista. Il richiamo che essi rivolgono alle forze dinamiche dell'ordinamento per una sempre più stretta coerenza fra norme singole e istituti singoli e le direttrici vitali, reali ma latenti, di esso, ha, per il giureconsulto attento troppo spesso alla tecnica delle forme, il significato di un richiamo al sostanziale (85).

La *ratio peccati* è il punto di osservazione che consente di esaltare la coerenza o il divario fra cortice sociale e sottostante ossatura costitutiva; è la lente destinata a ingrandire agli occhi dell'interprete la struttura più minuta dell'assetto di una società e che gli dà la possibilità d'una diagnosi approfondita d'ogni istituto e della sua posizione nel contesto dell'esperienza.

(84) F. CALASSO, voce *Equità - Premessa storica*, n. 5, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965, vol. XV.

(85) Come abbiamo già frequentemente rilevato, spetta soprattutto agli storici delle dottrine e dei fatti economici il merito di avere avvertito l'importanza di quella che essi chiamano spicciativamente letteratura moralistica e di avere esattamente compreso il valore delle diagnosi sociali dei sommisti. Le indicazioni bibliografiche dovrebbero essere numerosissime; ci basti qui rinviare *brevitatis causa* il lettore a tre studi italiani testimonianti largamente la vastità e varietà dei problemi sociali, la validità delle soluzioni rispettivamente impostati e proposte dalla letteratura sommistica; A. FANFANI, *Le origini dello spirito capitalistico in Italia*, Milano, 1933; G. BARBIERI, *Il pensiero economico dall'antichità al Rinascimento*, Bari, 1963; ID., *Le dottrine economiche medievali*, in *Città, mercanti, dottrine nell'economia europea dal IV al XVIII secolo. Saggi in memoria di Gino Luzzatto*, Milano, 1964.

Questo, sul piano della statica dell'ordinamento, ma v'è un profilo rilevantissimo anche in ordine alla sua dinamica: in un mondo, come quello medievale, di armonica simbiosi fra il morale e il giuridico, si capisce come il tribunale della confessione fosse il primo tribunale in ordine di tempo, a risolvere le più complesse questioni della vita sociale, come tutta l'evoluzione economica e politica d'una civiltà trovasse le sue prime leve nella diagnosi dei confessionali, nelle soluzioni di questa giurisdizione di foro interno alla quale però emergeva nella sua globalità tutta una realtà nei suoi molteplici aspetti.

Di qui il duplice interesse verso le *summae casuum*, di ordine sistematico e storico: da un lato, le linee del sistema risultavano chiarite e definite nel ripensamento dei sommisti; dall'altro si dava l'avvio a una nuova problematica giuridica in rapporto al sempre nuovo atteggiarsi dell'assetto economico e sociale.

Se fino ad ora abbiamo tenuto ad insistere sulla esistenza di un « diritto penitenziale », sul valore ontologico delle *summae*, occorre anche aggiungere due parole sulla loro funzione nel divenire della esperienza giuridica.

Il dato più macroscopico che colpisce anche un osservatore superficiale che guardi la realtà economica dell'Occidente dal secolo dodicesimo in poi è l'esigenza di una nuova organizzazione del traffico economico, l'esigenza di nuovi strumenti.

Il risveglio è generale nel moltiplicarsi di dinamici centri mercantili e nell'intensificarsi del flusso di rapporti fra centro e centro ⁽⁸⁶⁾, mentre nuovi mercati si aprono in zone del Mediterraneo fino a quel momento precluse, ad esempio il vicino Oriente ⁽⁸⁷⁾. La realtà politica invece, pur nei suoi profondissimi mutamenti ideologici e giuridici, resta sempre una realtà particolarista, sminuzzata in una miriade di entità sostanzialmente sovrane legiferanti e giurisdicenti.

Il flusso della circolazione economica entro il reticolato delle minime ma troppo numerose strutture politiche proponeva una

⁽⁸⁶⁾ F. CARLI, *Storia del commercio italiano - II - Il mercato nell'età del Comune*, Padova, 1936, p. 85 ss. Si veda soprattutto, di quest'opera, il capitolo intitolato: « il problema commerciale del Comune come problema di vita ».

⁽⁸⁷⁾ H. PIRENNE, *Histoire économique de l'Occident médiéval*, [Bruges], 1951, p. 182 ss.; G. LUZZATTO, *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, Firenze, 1963, p. 124 ss.

ridda di problemi di non agevole soluzione, postulava la creazione di nuovi istituti, la definizione di più ferme garanzie per la tutela degli operatori economici e di strumenti idonei a render sempre più agevole la circolazione. Ed eran problemi questi assolutamente nuovi che non trovavan precedenti similari nella esperienza storica occidentale; anche la stessa esperienza romana infatti, che pure aveva conosciuto periodi di pari vivacità economica, aveva ignorato simili preoccupazioni per l'esistenza d'un tessuto politico fortemente unitario.

A quei problemi l'ordinamento risponde con istituti nuovi; ed affiorano nel cuore dell'esperienza medievale la società commerciale, la commenda, il fallimento, la lettera di cambio, l'assicurazione, il monte di pietà⁽⁸⁸⁾, mentre vendita dei frutti e vendita a termine assumono prospettive nuove⁽⁸⁹⁾, mentre la moneta nel suo circolare ininterrotto entro il tempo e lo spazio ha soltanto ora una compiuta sistemazione sul piano giuridico⁽⁹⁰⁾.

I nuovi fatti economici hanno richiesto un nuovo diritto dei commerci, al quale i sommisti guardano con occhio il più possibile attento⁽⁹¹⁾ esaminando con diffidenza questo cumulo di istituti abnormi e gettandoli nell'ideale bilancia dell'equità nell'ansia di verificarne lo specifico peso morale, la coerenza col nucleo di tutto l'ordinamento medievale.

Utilizzando a meraviglia il metodo casistico, essi portano a compimento un capillare lavoro che ci verrebbe voglia di chiamare istologico: il tessuto economico, sociale, giuridico viene per così dire

⁽⁸⁸⁾ Basti qui rinviare alle notazioni generali di P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato. Le obbligazioni*, Milano, 1948, p. 147.

⁽⁸⁹⁾ Si veda, anche se l'accento è posto particolarmente sul problema morale, lo studio di O. CAPITANI, *La «venditio ad terminum» nella valutazione di S. Tommaso d'Aquino e di Remigio de' Girolami*, in *Bullettino dell'Istituto storico italiano*, LXX (1958) p. 299 ss.

⁽⁹⁰⁾ Ci sia consentito di rinviare a una nostra precedente ricerca: P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano 1960.

⁽⁹¹⁾ Per avere una prima conferma di questa attenzione si scorra il lungo, incredibilmente ricco elenco di autori scolastici dissertanti sul problema del cambio e della lettera di cambio che troviamo in appendice a R. DE ROOVER, *L'évolution de la lettre de change. XVI^e -XVIII^e siècles*, Paris, 1953, pp. 170-206. Cfr. anche P. MICHAUD-QUANTIN *Aspects de la vie sociale chez les moralistes*, in *Miscellanea Mediaevalia*, b. 3, Berlin, 1964.

dissezionato: la funzione del rapporto messa a nudo senza equivoci, le sue dissonanze con l'*aequitas negotii* segnalate senza pietà, la posizione dell'istituto verificata in rapporto a tutto il sistema, alle premesse etiche del sistema.

Si potrebbe pensare, da parte di chi ignora la letteratura sommistica, a un compito agevole e spicciativo degli scrittori penitenziali, a una funzione meramente iconoclasta e forse negativa per l'evoluzione dell'esperienza giuridica. Di rado ci è dato invece di reperire ricercatori più sensibili per il divenire sociale dei nostri sommisti medievali, più consapevoli che l'ordinamento, quasi una enorme massa glaciale, è soltanto apparentemente immobile ma è anzi tutto in lento movimento, giorno dopo giorno, insensibilmente.

La dialettica dei sommisti è fra la stabilità del presupposto morale e la relatività delle forme giuridiche; molto più dei giureconsulti puri essi sono avvezzi a un ragionamento non esclusivamente tecnico, a una visione tutta sostanziale dei problemi; a loro interessa assai meno la logica d'un sistema giuridico della sua coerenza morale; essi sono sempre pronti alla discussione, sempre più contrari alle costruzioni di dogmi, sempre coscienti che l'ordinamento vive nella storia e si trasforma.

È a questo punto che si inserisce la provvidenzialità del metodo casistico; articolare il proprio discorso *per casus* significa rifuggire da una definizione conchiusa di quel discorso, rifuggire da ogni costruzione astratta, teoretica che la logica tende a irrigidire; significa piuttosto relativizzare quel discorso ai dati dell'esperienza, condizionarlo alla concretezza di un operatore e di un'opera, umanizzarlo, per così dire, nella piena disposizione a dare rilevanza alle passioni, intendimenti, volontà che costituiscono, al di là della causa giuridica, i motivi costitutivi dell'atto ⁽⁹²⁾.

Il metodo casistico in mano a teologi-giuristi di così affinata sensibilità significa cioè uno scavo sempre più approfondito sulla ragion d'essere dell'istituto, significa il bando di condanne e assolu-

⁽⁹²⁾ Un esempio di come si guardi con acutezza ai presupposti psicologici degli atti economici quali presupposti di modificazione del mercato si può reperire nel trattato sulle usure di Alessandro d'Alessandria, scritto ai primi del Trecento. Cfr. A. M. HAMELIN, *Un traité de morale économique du XIV^e siècle. Le « Tractatus de usuris » de Maître Alexandre d'Alexandrie*, Louvain, 1962, p. 88 ss.

zioni generali di questo, nel tentativo di discernere il ramo secco e malato dai virgulti ancora fecondi.

Si ponga attenzione, per un momento, all'esempio che ci offre l'analisi sommistica del contratto di cambio: lungi dal trovare una condanna compatta dell'istituto, v'è piuttosto una discussione fitta, varia, incessante che accompagna un'analisi minuta dei diversi aspetti del negozio, delle possibili fattispecie ipotizzabili entro le quali il negozio si era o si sarebbe inserito; discussione che sfocia in quelle distinzioni scolastiche esasperate all'infinito, ma che hanno il pregio di avere sminuzzato una intera materia, di averla chiarita, di avere isolato e recuperato alla dinamica sociale dell'ordinamento aspetti e tipi dell'istituto in questione.

La distinzione fra cambio reale e cambio secco, e l'ulteriore distinzione del cambio reale in manuale (o minuto) e « per litteras » hanno esattamente lo scopo di tentare un ricupero, sia pure parziale, di uno strumento di troppo forte rilevanza per la *utilitas singulorum* e la *utilitas rei publicae* ⁽⁹³⁾.

Ma un esempio sopra tutti gli altri ci sembra illuminante per cogliere il senso, la funzione, il valore storico dell'opera dei sommist; ed è la loro meditazione sulle implicazioni giuridiche delle svalutazioni monetarie.

Essi si trovavano di fronte a una teoria giuridica, rigorosamente metallista, che Bartolo aveva elevato a sistema e dopo il quale era assurda al rango di *communis opinio*: il valore essenziale della moneta non poteva non identificarsi col valore del metallo pregiato contenuto nel conio; pertanto il debitore era tenuto a restituire al creditore non già un ugual numero di monete o un'uguale quantità di valore nominale (« valor impositus »), bensì un'uguale quantità di metallo pregiato, una identica *bonitas intrinseca* ⁽⁹⁴⁾.

Una simile teoria era sorta e si era consolidata per evidenti motivi di indole metagiuridica, come garanzia sostanziale per gli operatori economici di fronte alle clamorose manifestazioni tiranniche tanto frequenti nel campo monetario, come garanzia per il soggetto del conseguimento di un valore che non fosse ancorato alla

⁽⁹³⁾ DALLE MOLLE, *Il contratto di cambio nei moralisti*, cit., p. 145 ss.

⁽⁹⁴⁾ GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, cit., p. 315 ss.

volutans principis, troppo spesso dispotica ed iniqua, ma esistente *in re ipsa*, indiscutibile e incontrovertibile ⁽⁹⁵⁾.

Col maturarsi di un clima maggiormente legalitario, coll'accrescersi del traffico economico, una simile teoria mostrò tuttavia sempre più macroscopiche deficienze; troppo spesso il creditore, cui veniva restituita una pari *bonitas intrinseca*, restava defraudato rispetto a quel valore che la moneta traeva dalla sua stessa circolazione, rispetto cioè al suo potere d'acquisto, né bastava la restituzione d'una massa di metallo pregiato a compensarlo pienamente.

È su questo punto che i sommisti fissano la loro attenzione e iniziano un approfondimento del problema alla luce dell'equità. Il negozio — nella maggior parte dei casi un contratto di mutuo — viene esaminato come asse d'equilibrio fra le posizioni economiche, giuridiche, morali dei due contraenti; l'*aequitas negotii* postula la parità perfetta delle due posizioni, né può soddisfare i nostri scrittori il risultato d'una parità formale, la finzione che al mutuante sia restituita formalmente una uguale quantità di ricchezza. Essi si preoccupano di guardare oltre, di valutare, oltre la lucidità del discorso teorico, se per quella restituzione il mutuante sia divenuto più o meno ricco, se per il suo patrimonio sia effettivamente derivato un danno o un lucro.

La teorica metallistica di Bartolo crolla dinanzi a questo esame rivelando, nella applicazione pratica, molteplici iniquità; e nasce l'esigenza di altri strumenti, di altre soluzioni, di strade nuove da percorrere. Se ancora nella *Summa de casibus* dell'Astesano, ai primi del Trecento, si riaffermano le posizioni metallistiche di Enrico da Susa, le produzioni più tarde, quali la *Summa Rosella* ⁽⁹⁶⁾, la *Summa Angelica*, la *Summa Silvestrina* impostano su basi nuove il complesso problema.

Leggiamo un passo indicativo tratto dalla « Angelica », che è quasi riprodotto nella sua *summa* da Silvestro da Prierio: « Magis moneta consideratur ratione cursus quam respectu materiae ... Jaco[pus] de Are[na] et B[artolus]... tenent quod si est alterata respectu

⁽⁹⁵⁾ GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, cit. p. 331.

⁽⁹⁶⁾ La *Summa Rosella* o *Baptistiniana* fu composta dal minorita Battista De Salis circa il 1470. Per il testo che ci interessa, cfr. BATTISTA DE SALIS, *Summa Rosella*, v. *Pecunia*.

cursus, non respectu materiae et perpetuo, puta quia princeps non vult quod expendatur nisi pro tanto... quod nihilominus de ea potest fieri solutio si debitor non fuit in mora. Sed Odo[fredus] ed Ant[oni]us], ut refert Panorm[itani]us], tenet quod debet solvi ad extimationem antiquae currentis tempore contractus, quia eadem ratio que est de toto est de parte... et videtur magis equum ne creditor damnum sentiat ex suo beneficio. Et sic conclude quod sive sit reprobata in totum sive alterata in parte in perpetuum respectu cursus (licet non respectu materiae) quod non potest fieri de ea solutio sed debet solvi extimatio secundum tempus contractus » (97).

Il sommista esamina due *opiniones*: da un lato quella, divenuta *communis*, di Jacopo d'Arena e di Bartolo, dall'altro quella assai meno seguita di Odofredo, di Antonio da Budrio, del Panormitano, e il criterio per discernere l'una dall'altra, per seguire l'una invece dell'altra è soltanto un criterio di equità: « videtur magis equum ne creditor damnum sentiat ex suo beneficio ». È soltanto l'equità che operando all'interno del negozio postula la assoluta parità delle due posizioni del creditore e del debitore e conseguentemente l'equilibrio perfetto del rapporto fra quelle posizioni. Il danno che il mutuante subisce per la applicazione rigorosa della teorica metallistica è iniquo perché violazione di quella *aequalitas contrahentium* che è la manifestazione più puntuale del principio equitativo nell'ambito dei contratti. Occorre pertanto al sommista ricercare un'altra soluzione che sia, nel tempo stesso, affermazione di *aequalitas* e strumento di *aequitas*.

Partendo da queste premesse l'analisi si fa più acuta e approfondita di quella del giureconsulto; e ne scaturisce un'idea di moneta svincolata dal metallo del conio, più economicamente pregnante, e un concetto di valore monetario, liberato da infrastrutture materialistiche, che è già sostanzialmente il *valor moralis* delle mature e meditate proposizioni di un Dumoulin e di un Pufendorf (98).

(97) ANGELO CARLETTI DA CHIVASSO, *Summa Angelica*, v. *Solutio*, n. 2. Si veda anche SILVESTRO DA PRIERIO, *Summa summarum*, v. *Solutio*, n. 2, che ripete sostanzialmente il discorso della « Summa Angelica ».

(98) GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, cit., p. 384.

10. II) *Le « Summae » e la teorica dell'usura.*

I due esempi, or ora proposti, del cambio e della svalutazione monetaria dimostrano — ci sembra — la assoluta falsità dell'accusa, rivolta frequentemente ai sommisti da una ormai invecchiata storiografia, di avere contribuito con la loro morale giuridicizzata, o se vogliamo, con il loro diritto moralizzato a vincolare la società medievale entro un innaturale immobilismo, di avergli impedito una organizzazione sul piano giuridico coerente e rispondente con il grandioso sviluppo economico.

Di recente, una simile accusa ha trovato delle decise smentite soprattutto da parte degli storici delle dottrine economiche ⁽⁹⁹⁾; basti qui, per parte nostra, affermare che essa era, in prevalenza, dovuta a una valutazione grossolanamente soggettiva delle teoriche medievali, accompagnata anche da una scarsa conoscenza delle analisi e delle conclusioni della letteratura penitenziale e, in genere, della letteratura scolastica.

La scolastica, messa in rapporto necessario con la teorica dell'usura, ha inevitabilmente avuto la sua condanna generale, mentre l'usura è stata oggetto di assurdi fraintendimenti e di nozioni spicciative e antistoriche.

Ancora oggi possiamo affermare che, se buona parte dei vecchi argomenti e delle vecchie conclusioni è deposta e giudicata inutilizzabile ⁽¹⁰⁰⁾, ciò nonostante, ancora oggi, il problema dell'usura nel mondo medievale attende una storicizzazione compiuta; e questa storicizzazione può essere conseguita soltanto esaminando da vicino, istituto per istituto, quali risultati si debbano all'inserimento di quel problema da parte del ricercatore medievale entro il tessuto dei vari istituti. Solo allora ci si potrà render conto pienamente del significato e della portata della forza dinamica che nell'ordinamento medievale è rappresentata dall'usura.

Abbiam detto forza dinamica, operando un capovolgimento rispetto alle conclusioni della vecchia storiografia, nella piena con-

⁽⁹⁹⁾ Cfr. A. FANFANI, *Caratteri delle regole in materia economica dettate dagli scolastici medievali*, in *Rivista di Filosofia Neoscolastica*, XXIV (1932).

⁽¹⁰⁰⁾ Si veda, ad esempio, O. CAPITANI, rec. a NOONAN, *The scholastic Analysis of Usury*, cit., in *Bullettino dell'Istituto storico italiano per il Medio Evo*, 70 (1958).

vinzione che si debba valutare l'usura al centro di un ordinamento in evoluzione, elemento essa stessa di assestamento e di evoluzione.

Il problema dell'usura è qualcosa di più e di ben più diverso del problema della sterilità o fecondità del danaro, del problema dell'interesse nel mutuo ⁽¹⁰¹⁾; è piuttosto una regola generale del diritto patrimoniale, è piuttosto la misura generale di un ordinamento in strabocchevole crescita, è l'esame di coscienza dell'ordinamento stesso nel tentativo di valutare la coerenza delle membra troppo cresciute in rapporto ai suoi principi regolatori, di coordinare organicamente certi processi che lo percorrono, dei quali fan paura la novità e la abnormità.

Ci sia consentito di ripetere qui l'ovvia affermazione che questo ordinamento è una realtà in continuo ed incessante sviluppo, che in questa crescita si trasforma e si distorce perennemente. Agli occhi dei sommisti emergono istituti nuovi e soluzioni nuove, ai loro occhi l'esigenza di un argine a questo flusso continuo è imperiosa ed elementare. Usura e giusto prezzo ⁽¹⁰²⁾ rappresentano i due argini che i sommisti tentano di inserire nella vita economica, non già per trattenerne lo sviluppo ma per regolarlo, per ordinarlo alla finalità suprema dell'ordinamento, per rendere gli istituti nuovi coerenti con la struttura di questo.

Il divieto dell'usura non è infatti una regola indiscutibile, una statuizione generale coartante la multiforme realtà giuridico-sociale, un dogma sottratto allo sguardo indagatore di teologi, canonisti, sommisti. Al contrario, chi ha pratica delle *summae* penitenziali e delle opere del diritto canonico classico sa che il discorso che i dottori impostano in tema di usura non è mai generale, ma estre-

⁽¹⁰¹⁾ Sul problema giuridico dell'usura, tra una vasta e varia letteratura, cfr. soprattutto G. SALVIOLI, *La dottrina dell'usura secondo i canonisti e i civilisti italiani dei secoli XIII e XIV*, in *Studi Fadda*, II, Napoli, 1906; K. LESSEL, *Die Entwicklungsgeschichte der kan. schol. Wucherlehre im XIII. Jahrhundert*, Luxemburg, 1905; T. MAC LAUGHLIN, *The Teaching of the canonists on Usury*, in *Medieval Studies*, I (1939); G. LE BRAS voce *Usure. II. La doctrine ecclésiastique de l'usure à l'époque classique (XII^e-XV^e siècles)*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, t. XV, Paris 1946.

⁽¹⁰²⁾ Basti qui rinviare al bel lavoro A. SAPORI, *Il giusto prezzo nella dottrina di San Tommaso e nella pratica del suo tempo*, ora in *Studi di storia economica (secoli XIII-XIV-XV)* Firenze, 1955. Sui rapporti e le implicazioni tra usura e giusto prezzo, cfr. NOONAN, *The scholastic Analysis of Usury*, cit., p. 89 ss.

mamente analitico, calante sempre nel tessuto dei vari istituti e articolantesi diversamente a seconda delle varie strutture; è un discorso che non attende una soluzione unica generalmente valida ma che postula anzi diverse e distinte soluzioni. Il domma dell'usura si sgretola nella discussione minuta della liceità o meno dell'atto, giungendosi ad ipotizzare casi precisi di elusioni alla rigidità del principio; e questo perché il vero domma che sta alla base della dottrina usuraria medievale, la vera unica esigenza insopprimibile presente sempre ovunque è quella della *aequitas contractus*.

Checchè si voglia infatti dire circa le origini e il fondamento della proibizione dell'usura, sui quali le voci sono varie e discordi (103), una conclusione ferma ci sembra che possa essere tratta almeno sotto il profilo funzionale: la teoria dell'usura mira a preservare la uguaglianza delle parti nel rapporto, a tutelare il contraente più debole nei riguardi del più forte, a soddisfare insomma la giustizia concreta del contratto. E quando insistiamo sulla concretezza di questa giustizia vogliam dire che l'uguaglianza propugnata non può essere soltanto formale, ma che è al contrario una parità sostanziale tra i due soggetti operanti, che trattasi d'una parità giuridica, economica e morale.

Si pensi per un momento al concetto di *usura mentalis* e si avrà la riprova di quanto stiamo dicendo: in essa è tutto un affiorare di situazioni psicologiche che assumono rilevanza in quanto presupposti di determinati atti esterni, è tutto uno spingersi fin nel terreno dell'occulto al solo fine di attuare e preservare l'effettiva parità nelle posizioni dei soggetti.

Se il Le Bras ha efficacemente parlato di una usura al servizio della Chiesa, si potrebbe portare oltre il discorso e parlare di una usura al servizio dell'uomo. La valutazione pessimistica della circolazione economica, di un mercato fitto di traffici, di un capitalismo animato da operatori spregiudicati è tipica della Chiesa medievale, ed è alla base della teorica usuraria; in quella circolazione, in quel mercato, in quel tessuto capitalistico il divieto dell'usura si pone come garanzia d'un ordine economico, garanzia di *aequalitas contractantium*. Il che vale a dire: garanzia di equità.

(103) Una buona esposizione delle varie interpretazioni storiografiche della teorica usuraria medievale può ora reperirsi in NOONAN, *The scholastic Analysis of Usury*, cit., 394 ss.

11. *Considerazioni conclusive.*

Il quadro sin qui tracciato è stato sufficiente a delineare i problemi più interessanti e più tipici di una letteratura a torto trascurata dagli storici dell'esperienza giuridica medievale, e che anzi in questa si inserisce perfettamente e che di questa costituisce una testimonianza esemplare; è stato inoltre sufficiente a puntualizzare la complessa funzione che la sommistica ha svolto sia in ordine alla costruzione di un sistema giuridico, sia in ordine alla adeguazione del sistema ai nuovi fatti e alle nuove esigenze della vita economico-sociale.

Coi primi decenni del Cinquecento la nostra indagine si è arrestata: si arresta infatti, all'incirca con quel tempo, la fioritura delle *summae confessorum* e, se il genere letterario continua, continua però in una produzione di scarso interesse per il giurista, affatto priva com'è di quella consapevolezza insieme morale, sociale, economica, che aveva costituito l'aspetto per noi più interessante e singolare.

Il clima culturale e politico squisitamente nuovo che si instaura nel secolo XVI nell'Europa occidentale, postula strumenti ben diversi dalle *summae casuum* e fondati su un diverso atteggiamento verso la realtà: saranno i grandi trattatisti *de justitia et jure*, nel loro tentativo brillante e riuscito, di rivedere le posizioni tomiste e dar vita a una « Seconda Scolastica », a costituire, nel Cinquecento e nel Seicento, la coscienza più acuita nel mondo del diritto e, nel tempo stesso, la più solida forza evolutiva per l'ordinamento.

Sotto questo profilo le *Summae casuum* e i teologi-giuristi della Scuola di Salamanca⁽¹⁰⁴⁾, pur così strutturalmente diversi per genesi storica, per impostazioni culturali, per atteggiamenti speculativi, sono avvicinati; v'è in ambedue una uguale funzione dinamica per la esperienza giuridica.

⁽¹⁰⁴⁾ La « Seconda Scolastica » costituisce uno dei momenti di maggior rilievo nella storia del pensiero giuridico nell'età moderna. In questi ultimi decenni parecchi studi, soprattutto da parte della storiografia giuridica tedesca, sono stati dedicati all'approfondimento di certe posizioni fondamentali della scuola salmanticense. A noi basti qui ricordare i buoni studi introduttivi di C. GIACON, *La Seconda Scolastica. I grandi commentatori di S. Tommaso: il Gaetano, il Ferrarese, il Vitoria*, Torino, 1944; ID., *La Seconda Scolastica – Precedenze teoretiche a problemi giuridici – Toledo, Pereira, Fonseca, Molina, Suarez*, Torino, 1947.

NATURA E RUOLO DELLO 'UTRUMQUE IUS' NELLA SOCIETÀ MEDIEVALE (*)

1. Lo *utrumque ius* nello svolgersi dell'esperienza giuridica medievale. — 2. Civiltà medievale: un ordine giuridico senza condizionamenti statuali; fattualità ed equità del diritto. — 3. Civiltà medievale: la fusione armonica tra sacro e profano. — 4. Sacro e profano accomunati da una stessa mentalità giuridica. *L'aequitas* quale finalità comune. — 5. Il laboratorio canonistico dei secoli XI-XII alla ricerca di maggiori saldezze lessicali e tecniche. — 6. Sul diritto romano nello *utrumque ius* e sulla esigenza di una ferma de-mitizzazione storiografica. — 7. *L'utrumque ius* nella realtà pluri-ordinamentale del maturo medioevo.

1. *Lo utrumque ius nello svolgersi dell'esperienza giuridica medievale.*

Nella intitolazione data dagli organizzatori a questo discorso inaugurale campeggia il sintagma *utrumque ius*, ben noto a tutti coloro che si sono occupati e si occupano della civiltà medievale nella sua dimensione giuridica.

È un tema che, soprattutto parecchi decenni addietro, ha attratto l'attenzione di storici del diritto, romanisti e canonisti, i quali hanno spesso unito a un lodevolissimo zelo atteggiamenti metodologicamente assai poveri: dai semplicismi del romanista Riccobono alle ricostruzioni — tutte, più o meno, peccanti di artificiosità — di un Brandileone, di un Carusi, di un Ermini, di un Calasso. Si parlò di *rezezione*, soprattutto del diritto romano da parte del diritto canonico, utilizzando uno schema argomentativo e un vocabolo — appunto *rezezione* — fuorviante nella sua rigidità, e ci si preoccupò troppo della prevalenza di questo o di quel diritto

(*) Discorso letto in Roma il 7 marzo 2013, nella Aula Pio XI della Pontificia Università Lateranense, nell'ambito del Convegno organizzato dal Pontificium Institutum Utriusque Iuris per i 160 anni delle Facoltà giuridiche lateranensi.

sull'altro sezionando i singoli istituti all'interno dei loro tessuti con la stessa diligenza di un anatomo-patologo. Ancor peggio: si è inserito il tema/problema entro uno scenario decisamente meta-storico, a cominciare dal fondale insistentemente invocato dell'*unum Imperium*.

Io intenderei sottrarmi a questa insana passione istologica, che si presenta viziata a un occhio culturalmente provveduto. Il difetto è di indole innanzi tutto epistemologica, perché, puntando l'occhiale sul diritto romano e sul diritto canonico come se si trattasse di nuvole galleggianti sulla terra, si è mancato di inserire il problema storico-giuridico nel contesto della intiera esperienza giuridica medievale còlta nella sua unitarietà, complessità e soprattutto originalità; una esperienza, una mentalità, il cui atteggiamento di fondo (e, quindi, anche il suo volto tipico) è sempre consistito in un aperto pluralismo giuridico.

Per questo ho letto ben volentieri nel titolo proposto quell'accento omni-comprensivo alla società medievale, esperienza unitaria pur nelle diversità delle sue scansioni. Isolare lo *utrumque ius* nel momento della sua piena visibilità, nei secoli XII e XIII di alta fioritura sapienziale quando uno scientificamente maturo diritto canonico si relaziona a un diritto romano dissepolto dai dottori bolognesi ad uso della nuova dinamica giuridica europea, isolarlo li analizzando quanto di diritto romano o quanto di diritto canonico v'è all'interno di un istituto significa eludere una domanda che io sentirei pressante e preliminare: non è questa manifestazione del medioevo sapienziale l'appariscente palesarsi di un atteggiamento della inter-relazione fra società sacra e società civile che coinvolge tutto il medioevo nella sua indiscutibile unitarietà? Non siamo, forse, all'ultimo anello (anche se il più vistoso) di una lunga catena? Se così fosse, non sarebbe conveniente guardare alle fondazioni di questa esperienza — complessa ma una — per rinvenirvi la cifra essenziale che la caratterizzerà nel suo sviluppo e avere una comprensione più appagante dello *utrumque ius*?

Se ci si impegna in questa fertile direzione, scopriamo una civiltà intimamente giuridica, dove il diritto, a differenza di quanto avviene nella modernità, ha un indiscusso primato sulle forze politiche, dove il diritto è il salvataggio stesso di una società nel cui seno germina una pluralità di ordinamenti chiamati a convivere, a dialogare, a

collaborare; pluralismo giuridico, che è un segno forte di tipicità, ma anche la ricchezza di tutta la civiltà medievale in ogni fase del suo itinerario.

Società sacra e società civile — connesse da una intima simbiosi — sono qui in fitta e continua interrelazione. V'è qui sempre una dialettica fra ordinamenti giuridici conviventi chiamati a ordinare una società complessa. È questo perennemente vivace pluralismo giuridico che, al tempo del diritto comune classico, trova la sua piena espressione nella cifra storica dello *utrumque ius*.

2. *Civiltà medievale: un ordine giuridico senza condizionamenti statuali; fattualità ed equità del diritto.*

In coerenza con tutto quanto si è detto, non si può che cominciare con un tentativo di puntuale comprensione della civiltà giuridica medievale sorpresa nella sua inconfondibile tipicità storica.

È una civiltà che non conosce un potere politico totalizzante, omnicomprensivo, con la pretesa di controllare ogni manifestazione del 'sociale' (come avverrà nel futuro emisfero moderno). Circostanza — questa — dalla valenza estremamente caratterizzante per la genesi e lo svolgersi del diritto: il quale, lungi dal proiettarsi sulla società dall'alto delle centrali del potere politico, trova la sua germinazione dal basso restando in piena aderenza con la prassi quotidiana e con i valori e interessi in essa diffusi.

Il diritto medievale, sia nel primo, sia nel secondo medio evo, si contraddistingue per la sua *fattualità*, tanto è vero che la sua fonte primaria è la consuetudine, la fonte che striscia per terra in perfetta adesione alle cose ed in perfetta adesione ai bisogni scritti nelle cose. Due sono le conseguenze che ci interessano: il diritto è scritto nelle cose, dove si è chiamati a leggerlo, a cominciare da quei lettori autorevoli che sono i Principi; se è scritto nelle cose, riflette bisogni particolari, variabili da luogo a luogo, da tempo a tempo, e non può non essere contrassegnato da un contenuto autenticamente equitativo; se è scritto nelle cose, non può consistere in geometrie e concetti astratti, ma avrà come contrassegno suo tipico quello della *carnalità*, riferendosi necessariamente a fatti strutturali ed economici e ad uomini in carne ed ossa (poveri o ricchi, preti o laici, mercanti o contadini, e così via).

Non ha, forse, insegnato Isidoro Ispalense, il grande mentore del primo medioevo, che *aequus* è «secundum naturam iustus» (*Etymologiarum sive originum libri XX*, lib. X, 7)? E non insegnarono, più tardi, i primi glossatori dell'età bolognese che l'equità altro non è che «rerum convenientia» (*Fragmentum Pragense*, ed. Fitting), che «non nisi in rebus consistit» (*Fragmentum de aequitate*, ed. Fitting), ribadendo che è nei *fatti* di vita che questo principio informatore di tutto l'ordine giuridico nasce e si consolida? E non insegnerà, ai primi del Trecento, Alberico da Rosciate, nel momento di maturità del medioevo sapienziale, che «lex humana aequitatis interpret est» (*Dictionarium ad utriusque iuris facilitatem*, voce *Lex*) stabilendo un limite invalicabile da ogni detentore di pubbliche potestà?

Il diritto medievale, insomma, in ogni momento del suo quasi millenario distendersi, fatta eccezione per le normazioni principesche in settori legati all'esercizio del potere, non è violenza sui fatti economici e sociali, non è un insieme di comandi autoritarii identificandosi troppo spesso in un artificio del potere, ma è autenticamente *ordinamento*, cioè *ordina* (e *si ordina*) nel rispetto delle pluralità e delle diversità, attento alla dimensione equitativa che è sempre soggiacente nelle vicende particolari di uomini e cose.

Con questa necessaria integrazione. Un'epoca in cui c'è un vuoto statuale, in cui manca — come abbiamo detto — un potere politico compiuto e in cui non può che esserci, alla superficie del quotidiano, una ineliminabile insicurezza, non manca solo lo Stato nel grande proscenio europeo, ma manca altresì l'individuo quale creatura solitaria; manca perché troppo indifesa, come lo è la singola formica fuori dal suo formicaio. Manca, altresì, perché non si può che diffidare di una presenza singola disarticolata dal contesto sociale.

È proprio da questo che deriva uno dei caratteri più rimarchevoli dell'esperienza giuridica medievale: di esprimersi in tante comunità intermedie (la famiglia, l'aggregato sovra-familiare, la microcomunità politica e sociale, la corporazione professionale e, sovra ogni altra, la comunità religiosa) chiamate a garantire la sopravvivenza del singolo soggetto e a proteggerlo, con il costo ineliminabile di condizionamenti anche pesanti per la sua libertà d'azione. Allo storico del diritto il medioevo appare come un complesso tessuto di

relazioni, quasi una ragnatela percorsa da un'infinità di fili e di connessioni. Qui è la comunità che prevale; sono le tante comunità che contano.

3. *Civiltà medievale: la fusione armonica tra sacro e profano.*

Sempre ai fini dell'oggetto di questo discorso, occorre continuare nell'analisi della tipicità dell'esperienza giuridica medievale, al di sotto della quale grandeggia una peculiare connotazione antropologica. Ci troviamo di fronte a un complesso edificio storico ben radicato nella terra ma proiettato verso il cielo. Se ci è consentita l'immagine, un edificio ben costruito ma sprovvisto di un tetto di copertura perché aperto verso l'alto.

È, infatti, una civiltà cristiana, intrisa fin nelle sue ossature più riposte dalle verità della rivelazione cristiana, dove dimensione storica e dimensione metastorica si congiungono inestricabilmente, dove il soggetto agente, il povero *homo viator*, pellegrino sulla terra ma proteso verso l'eterno, è una entità complessa nella quale *civis* e *fidelis* non sono separabili.

Si aggiunga che, nel vuoto statuale che abbiamo or ora segnalato, la confessione religiosa cristiana, prendendo sempre più forza nel corso del primo millennio, è una istituzione capillare che, grazie a una minutissima organizzazione plebana e parrocchiale, è penetrata negli ambienti più recònditi della società, offrendo forme organizzative alle popolazioni e una preziosa supplenza a fronte della rarefazione dei pubblici poteri.

Per l'uomo medievale, per il soggetto a duplice dimensione *civis/fidelis* componente di aggregazioni armonicamente conpresenti, la comunità sacra, quale supporto nelle temporalità ma soprattutto quale *ianua coeli*, appare dotata di una incrollabile autorevolezza. Tanto più che questa Chiesa Romana, ben immersa nella fattualità medievale, se parla continuamente della salvezza eterna delle anime, insegna con forza che questa salvezza la si consegue nella storia, *in regione vivorum*, e attua la rivalutazione più aperta delle vicende terrene dove il singolo si gioca l'eternità. Ed è soprattutto in questa ottica che deve vedersi la creazione, a far data dalla Chiesa primitiva, di un diritto suo proprio « *innixum in hereditate iuridica et legifera Revelationis atque Traditionis* », come

ha insegnato, appena qualche anno fa, promulgando il secondo *Codex*, Giovanni Paolo II (costituzione apostolica *Sacrae disciplinae leges*), diritto che funge da *instrumentum* anche pastoralmente prezioso.

4. *Sacro e profano accomunati da una stessa mentalità giuridica. L'aequitas quale finalità comune.*

Un intelligente storico del diritto e canonista francese, Pierre Legendre, scrivendo — quasi cinquanta anni fa — un saggio in onore del suo maestro Gabriel Le Bras e dedicandolo al rapporto fra diritto romano e diritto canonico durante il medioevo (tra le poche pagine tuttora valide scritte sul tema, anche se molto risalenti) precisava una differenza sostanziale: mentre il diritto romano è un *donné* nella sua cristallizzazione giustiniana, durante tutta l'età medievale « le droit de l'Eglise n'est pas un donné; il se fait » (*Le droit romain, modèle et langage - De la signification de l'utrumque ius*, in *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, t. II, p. 918).

« Il se fait », ossia si sta formando; ossia, per quel che ora ci interessa, si sviluppa in coerenza con lo svolgimento di quel tempo storico. Insomma, in rapporto al medioevo, la Chiesa Romana è, al tempo stesso, madre e figlia, ed un medesimo rapporto di paternità e filiazione è quello dello *ius canonicum*. Né si tratta di un gioco di parole. La Chiesa, propagatrice del messaggio del Cristo e maestra delle verità di fede, impronta di una antropologia nuova l'età pos-romana, ma, per il suo familiarizzarsi *intus et in cute* nelle trame della società, assorbe le caratterizzazioni fondanti della esperienza pos-romana quale esperienza storica senza Stato.

I rozzi interpreti alto-medievali, soprattutto giudici e notai, avevano lo stesso approccio del canonista verso il diritto e lo costruivano con gli stessi intendimenti. C'era, netto, il rifiuto di una scienza pura, di perfette geometrie scritte sulle nuvole ma distanti dal crogiuolo storico. Fattualità e, quindi, carnalità del diritto erano la grande insegna del giurista laico così come del maneggiatore dei sacri canoni. Solo che il secondo proiettava — sempre e comunque, e in modo diretto — i fatti degli uomini in una prospettiva trascendente. E l'equità era per l'uno e per l'altro lo strumento capace di

costruire un diritto giusto, anche se per il canonista la sua equità — appunto la *aequitas canonica* — è contrassegnata, nella contemplazione della *humana fragilitas*, sempre e direttamente dalla *ratio peccati vitandi*.

A livello di antropologia giuridica, il gioco degli scambi e delle reciproche influenze fra diritto canonico e diritto consuetudinario e giudiziario laico non può che essere intenso e profondo; e la carnalità del diritto sembra proporsi come una piattaforma comune. Una e una sola è la mentalità giuridica. Quando, nel fertile spartiacque della fine del secolo undecimo, Ivo di Chartres tenterà la prima sintesi di un itinerario giuridico ormai millenario e gli si porranno di fronte le tante *discordantiae* fra tempo e tempo, fra luogo e luogo, accumulate nel corso dei secoli, non ne sarà né sorpreso né indignato.

È la carnalità del diritto canonico, quel suo piegarsi attento alle passioni umane, a pretenderle. Infatti, fatto salvo un ristretto numero di verità universali ed eterne, lo *ius divinum* (io semplifico un problema teologico-giuridico più complesso), tutta la enorme congerie delle regole dello *ius humanum* è segnata dall'ineliminabile carattere della elasticità, ineliminabile perché connesso con il principio informatore e criterio interpretativo della *aequitas*, che permea — non importa se sia o non sia scritto — l'intero ordinamento canonico. Elasticità significa *aequitas*, ed *aequitas* significa attenzione al particolare, al cùmulo di circostanze entro cui soggetti e cose sono immersi.

5. *Il laboratorio canonistico dei secoli XI-XII alla ricerca di maggiori saldezze lessicali e tecniche.*

Impegnata per tutto il primo millennio a consolidare il proprio impianto teologico continuamente minacciato da germinazioni ereticali, dalla fine del secolo XI — il tempo di Ivo — e ancor più durante il XII — il tempo di Graziano — la Chiesa si protende a consolidare il proprio apparato di arnesi giuridici. L'officina teologica prende sempre più la forma di uno straordinario laboratorio giuridico popolato di giuristi e dove ci si dà da fare per acquisire un lessico tecnicizzato conveniente alle rigorose intelaiature tecniche in

via di perfezionamento, lessico e intelaiature ormai indispensabili per la conquistata maturità scientifica del sapere canonistico.

Il diritto che si fa, che è figlio della società medievale e che la rispecchia fedelmente nelle costruzioni dello *ius humanum*, chiede aiuto a un diritto già fatto, lessicalmente e tecnicamente perfetto nella sua capacità sistematrice della realtà sociale, ma non può che chiedergli un cemento formale, un cemento — si badi — che deve servire a classificare e a sistemare quelle pietre che costituiscono la sostanza del messaggio giuridico della Chiesa e che sono state elaborate e squadrate durante l'età proto-medievale.

6. *Sul diritto romano nello utrumque ius e sulla esigenza di una ferma de-mitizzazione storiografica.*

Discorso non troppo dissimile vale per il generico giurista di *ius commune*. Ed è qui opportuno che si faccia una precisazione, che è rilevante perché di carattere squisitamente metodologico.

Si parla sempre — troppo vagamente — di 'diritto romano', di rinascita del diritto romano; da taluno persino — ieri, ma, purtroppo, anche oggi nella sciagurata impresa di un 'Nuovo Savigny' per gli anni Cinquanta del Novecento — di *ius romanum medii aevi*, quasi che il diritto romano, di cui il medioevo sapienziale ha bisogno e di cui per suoi fini alimenta la reviviscenza, sia la perfetta continuazione del diritto giustiniano consolidato nel secolo VI dopo Cristo. Grossolano travisamento, che io mi sono permesso — da tempo — di contestare, respingendo visioni storiografiche incapaci di restituirci la reale sostanza storica dell'ordine giuridico medievale.

Sia, infatti, chiaro che il richiamo alla maestà del diritto romano costituisce unicamente quel momento di validità, quel fondamento autoritativo, di cui un diritto senza Stato — quale il medievale — ha una disperata necessità. L'effettività del diritto, la sua reale sostanza, non sta, però, nei lontani testi romani ma nella interpretazione di glossatori e commentatori che tutto sono fuorché passivi esegeti dei precetti antichi, bensì oculati manipolatori di quei precetti adattati alle esigenze del tempo medievale; sicché il testo ha spesso la modesta funzione di accreditare formalmente la soluzione proposta dal giureconsulto medievale.

V'è rispetto enorme per i testi giustinianeî ingigantiti dalla venerabilità di una vita pluri-secolare, ma la loro autorevolezza non è tale da vincolare *in toto* l'interprete. Come insegnò (con un insegnamento ricevutissimo) Alano di Lille, uno dei più prestigiosi maestri della scuola di Chartres, poiché l'autorità ha il naso di cera, che può essere girato in varii sensi, occorre che chi vi fa capo non manchi di ricorrere a tutti gli strumenti offerti dalla ragione. Come dire: l'autorità di un testo non è qualcosa di assolutamente rigido; anzi, quello ha una sua elasticità e può, pertanto, essere tradotto secondo il clima contemporaneo al lettore utente. Insomma, può e deve essere *interpretato*. E l'interpretazione assume la veste di una preziosa intermediazione fra legge antica e fatti nuovi.

Atteggiamento, questo, che, timido nei primissimi dottori bolognesi, non tarda ad affermarsi e ad aumentare in forza e in consapevolezza. Premono fatti nuovi in un paesaggio socio-economico percorso da una dinamica assai intensa e si affacciano *nova negotia* che pretendono di essere adeguatamente ordinati dalla *interpretatio* del giurista; il quale non si sottrae a un compito che è altamente costruttivo.

7. *L'utrumque ius nella realtà pluri-ordinamentale del maturo medioevo.*

Costruttivo, non creativo. Resta la grande verità del medioevo giuridico: il diritto è scritto nella natura e nella società; va, dunque, letto ma anche tradotto e sistemato entro le trame di un disegno rigoroso. La grande scienza giuridica, che campeggia soprattutto in Italia e in Francia già alla fine del Dugento (i primi grandi nomi che vengono alla mente sono Cino da Pistoia, Jacques de Revigny, Pierre de Belleperche) è sapienza che non riflette soltanto la sete di giuristi inappagati dall'orto conchiuso delle tecniche e protesi a saziarsi con ampi attingimenti nel terreno della teologia e della filosofia, ma che non può fare a meno del ricco armamentario dei laboratorii canonistici. È lo *ius commune* che si afferma in tutta la sua compiutezza.

Taluno, forse più in vena di eccentricità che di meditate conclusioni scientifiche, ha parlato dello *ius commune* come di un fantasma. È, tuttavia, un fantasma dalla straordinaria concretezza. Se si vuole diffidare dell'unanime insegnamento nelle Università di

tutta Europa e dei commentarii magistrali (dimenticando, però, di quanto fossero immersi nella prassi giuridica quotidiana gli scienziati docenti nelle Università), basta affondare lo sguardo nell'enorme materiale rappresentato dagli scritti forensi e dalle sentenze per rendersene conto. E basta constatare la fitta circolazione di professori e di studenti che, al di sopra delle tante frammentazioni politiche, viene a creare un reticolato unificante in buona parte dell'Europa occidentale, fondato sul prestigio scientifico dei maestri e sul loro messaggio culturale.

Il diritto romano, serrato entro la sua remota urna giustiniana, e il diritto canonico, permeato dei valori medievali e specchio fedele di una civiltà giuridica in lenta formazione, vengono impegnati, però su piani diversi, a una finalità comune: di edificare l'ordine giuridico congeniale a una realtà storicamente nuova; un ordine giuridico che trova la sua compiuta espressione nello *utrumque ius*. Non si ripeterà, però, mai abbastanza quanto abbiamo sottolineato in precedenza: che l'antico diritto offri il prezioso sussidio di un lessico e di un armamentario tecnico, ma che, per quanto concerne i contenuti sostanziali, è l'empito costruttivo della *interpretatio* di glossatori e commentatori a disegnare l'effettivo volto del nuovo diritto.

Saranno, infatti, i giuristi — particolarmente i Maestri universitari — gli architetti chiamati a delinearlo, giacché il diritto è cosa da giuristi, e non c'è il burattinaio statuale ad avanzare pretese di monopolizzazione. Sarà, soprattutto, il compito e il merito di una scienza giuridica ben attrezzata e ben consapevole del proprio ruolo. Non saranno, tuttavia, soffocati consuetudini e statuti locali, perché un deciso pluralismo continua ad essere la cifra della mentalità medievale.

Dovunque, saranno vigoreggianti parecchi ordinamenti giuridici esprimenti dimensioni e forze particolari della società, ma, al di sopra, si staglia un tessuto giuridico universale — lo *ius commune* — portatore di un sapere universale, vigente in ogni dove perché le frontiere politiche non costituiscono mai muraglie giuridiche, tessuto rigorosissimo nelle sue trame scientifiche ma anche plasticissimo perché fondato sull'equità e concretandosi in principii.

Il risultato è una armonica realtà pluri-ordinamentale: al di sopra dello statuto d'una città libera o delle leggi di un Principe locale, accanto al diritto feudale, a quello mercantile, a quello

clericale, ciascuno avente proprie norme e proprii tribunali, c'è, costantemente invocato da giudici, da consulenti, da avvocati, la perenne risorsa di una riflessione dottrinale, lo *ius commune*, l'*utrumque ius*, un ordinamento giuridico a base prettamente scientifica e pertanto universale, in cui tutto è previsto e che può, dunque, supplire ai troppo numerosi vuoti in seno ai diritti particolari.

Oggi che stiamo tentando di costruire un diritto europeo e, nello sfondo, addirittura un diritto globale, non ci sentiremmo — certo — di chiedere all'esperienza medievale un modello da trapiantare nel mondo contemporaneo, fatti avveduti dalla antica sapienza sacra ammonente che « omnia tempus habent » (*Qoèlet - Ecclesiastes*, 3, 1). Potremmo, però, trarre da un mondo storicamente remoto un ammaestramento: se comandi e norme legati al potere politico soffrono le miserie di quel potere e limitano la propria efficacia a un ben definito territorio, la scienza giuridica, con la sua vocazione universale, con la sua capacità a costruire principii concetti categorie universalmente vevoli, può essere la fonte che permette di superare confini politici troppo spesso artificiosi e forzosi. Oggi, è, infatti, consolante constatare che, almeno a livello europeo, una scienza giuridica ben attrezzata e altamente responsabile sia una delle pietre fondanti di un costruendo edificio unitario super-statuale.

STORIA DELLA CANONISTICA MODERNA E STORIA DELLA CODIFICAZIONE CANONICA

1. Vicenda singolare quella della ‘Storia del diritto canonico’ nella prima metà di questo secolo. Disciplina autenticamente storiografica (pecca perfino di ovvietà la precisazione), essa ha cominciato a prender forma scientifica quando, nella seconda parte del secolo XIX, soprattutto in Germania ma anche in Francia, personaggi di grosso rilievo intellettuale, con sicura metodologia storiografica, hanno iniziato ad approfondirne da storici del diritto, figure momenti e istituti, togliendola così dalle secche di una canonistica curiale che continuava ad impicciolirla e a isterilirla nella veste di premessa o appendice al diritto canonico vigente (un diritto canonico che, a fine Ottocento, è ancora il monumentale *ius decretalium*, dove storia e disciplina vigente non sono separabili per la continuità normativa di un assai risalente apparato di fonti).

Disciplina storiografica che può tuttavia conseguire la storicizzazione compiuta del suo oggetto soltanto se lo storico depone gli occhiali generici, ne inforca degli specifici, fa sua una problematica, una consapevolezza, una visione del mondo giuridico, fa sua la conoscenza non episodica e non epidermica dello istrumentario tecnico, che una confessione religiosa — la Chiesa Romana — ha elaborato dalle origini, con un progetto ‘culturale’ e ‘politico’ mai dimesso e anzi portato avanti sino ad oggi con precisa convinzione ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ La convinzione che il diritto sia tessuto necessario alla vita della società religiosa e che, conseguentemente, il diritto canonico sia strumento necessario alla Chiesa Romana anche per un compiuto esercizio della sua missione pastorale domina la Costituzione Apostolica ‘*Sacrae disciplinae leges*’, con cui il 25 gennaio 1983 viene promulgato il secondo — e attualmente vigente — *Codex iuris canonici*. Sotto un simile profilo questo *Codex*, che è pure decisamente innovativo rispetto al precedente a tutta la tradizione canonica, non smentisce un atteggiamento che accomuna senza incrinature

Il privilegio — e il rischio — della ‘Storia del diritto canonico’ sta tutto qui: essa chiede di venire indagata — specialmente quando si identifica in quello che è il suo momento più caratterizzante, la storia della *scientia iuris* — non da un soggetto generico, ma da un ricercatore che unisca sicurezza di metodo storiografico e altrettanta sicurezza di preparazione ‘tecnica’ (dove ‘tecnico’ vale semplicemente per ‘specifico’, serve a denunciare cioè il riferimento a un patrimonio di elaborazione pratico-concettuale assolutamente non pretermissibile, pena la ascientificità dell’indagine); essa insomma chiede di venire indagata da uno storico del diritto che sia anche canonista. E il rischio è appunto qui: sia lo storico del diritto sia il canonista non si improvvisano.

In questo secolo, dopo il rilevante sbizzarrimento da parte dei grandi Maestri tedeschi ⁽²⁾ (per primi vengono alla mente i nomi di Maassen, di Schulte, di Thaner, di Stutz), ha avuto una singolare vicenda, che lasciava presagire un itinerario sicuro. Si profilavano all’orizzonte alcuni storici del diritto canonico di grosso rilievo culturale, intellettuali non episodicamente ma professionalmente, con un impegno totale, dediti alla ricerca nel campo, e perciò sorgeva legittima la speranza nel nascere di scuole vigorose e quindi di una continua germinazione e geminazione di interessi di studio. Pensiamo soprattutto, in Francia, a Paul Fournier e a Gabriel Le Bras, in Germania, a Franz Gillmann e a Stephan Kuttner, quest’ultimo tedesco di origine ma da sempre cittadino del mondo.

Siamo ai fertili anni ’30, segnati da opere come la ‘Histoire des collections canoniques’ di Fournier e Le Bras che risale al 1931-32 e il ‘Repertorium der Kanonistik’ di Kuttner che è del 1937.

Si è avuto, dopo queste fondazioni sicure, lo sviluppo di un conseguente itinerario? Non ci sentiremmo di poterlo affermare: o, almeno, i progressi scientifici della ‘Storia del diritto canonico’ nella

l’ordinamento pre-costantiniano, la Chiesa medievale e tridentina con quella del Concilio Vaticano Secondo. Qualche notazione in proposito in P. GROSSI, *Novità e tradizione nel diritto sacro*, in *Il Foro italiano*, luglio-agosto 1983.

(2) In misura incredibilmente più ridotta dettero il loro contributo gli studiosi francesi (come Tardif, Esmein, Genestal) anche se va riconosciuto che intorno alla cattedra di ‘Histoire du droit canonique’ presso l’Ecole des Chartes è costante una operosità di ricerca.

sua immagine più autentica di storia della scienza canonistica, non sono stati tali quali la precedente fioritura lasciava presagire. Fournier moriva nel 1935 ⁽³⁾; Gillmann si spegneva nel 1943 ⁽⁴⁾; Le Bras, cui pur si deve il varo di una ambiziosa e tuttora incompleta ‘Histoire du droit et des institutions de l’Eglise en Occident’ ⁽⁵⁾, si lasciava sempre più irretire dalle lusinghe della ‘Sociologia religiosa’; soltanto sulle spalle di Kuttner, che, costretto a lasciare l’Europa, continuava la sua opera in varie Università nordamericane ⁽⁶⁾, restava il fardello di definire un programma organico e a largo raggio. Si veniva a creare un clima di ricerca abbastanza rarefatto ⁽⁷⁾. Ne è un esempio l’edizione critica della *Summa Decretorum* di

⁽³⁾ Si veda il pacato bilancio critico di Gabriel LE BRAS, *Paul Fournier. Sa carrière, son oeuvre, son esprit*, in *Revue historique de droit français et étranger*, s. IV, XV (1936) p. I. ss.

⁽⁴⁾ A molti lettori dei ‘Quaderni fiorentini’ il nome di questo prete secolare tedesco, che fu dapprima parroco e poi professore di diritto canonico, risulterà pressoché ignoto. Alla sua costanza e alla sua passione di ricerca si debbono contributi non dimenticabili sui Decretisti e sui primi Decretalisti. Si veda G. OESTERLE, *Francisco Gillmann septuagenario*, in *Apollinaris*, VIII (1935), p. 294 ss. (un elenco delle opere di Gillmann fino al 1935 è *ibidem*, pp. 612-613); ma soprattutto N. HILLING, *Franz Gillmann*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 122, pp. 93-95.

⁽⁵⁾ I cui ‘Prolégomènes’ apparvero, come primo volume, nel 1955.

⁽⁶⁾ Ed ecco, già nel 1943, la fondazione di ‘Traditio. Studies in ancient and medieval history thought and religion’ di cui sono *editors* Kuttner appunto, allora professore di ‘History of canon law’ alla ‘Catholic University of America’ di Washington, e Johannes Quasten, professore di ‘Ancien Church history’ nella stessa Università, e dove Kuttner stampa il suo celebrato saggio su ‘Bernardus Compostellanus antiquus’. È invece del 1955 in seguito al voto formulato dal Congresso graziano di Bologna del 1952, la fondazione sempre a Washington, di un ente di ricerca specificamente orientato sul terreno storico-giuridico, lo ‘Institute of research and study in medieval canon law’.

⁽⁷⁾ Un filone, che — viceversa — avrebbe trovato cospicua attenzione anche nel secondo dopoguerra, è la storia del diritto canonico intesa come storia delle istituzioni ecclesiastiche. Una scorsa, anche rapida, dei volumi della sezione canonistica della ‘Zeitschrift der Savigny-Stiftung’ lo segnala facilmente, così come lo segnala l’esame anche sommario del più ampio e ricco ‘manuale’ che possediamo; nel piano della grossa ‘Geschichte des Kirchenrechts’ di Willibald Plöchl il secondo *Band*, in un volume, studia ‘Das Kirchenrecht der abendländischen Christenheit 1055 bis 1517’ (Wien, 1955); il terzo *Band* suddiviso in tre parti e in tre rispettivi volumi studia ‘Das katholische Kirchenrecht der Neuzeit’ (Wien, 1959, 1966, 1969). Esiguo è lo spazio dedicato alla storia della scienza canonistica a fronte della minuziosa attenzione per la Chiesa organizzazione e istituzione.

Uguccione che, pensata e organizzata subito dopo la seconda guerra mondiale, malgrado i finanziamenti del Consiglio Nazionale delle Ricerche italiano e la buona volontà di qualche zelante operaio, è restata dopo tanti anni e fatiche, nell'inventario delle speranze e forse di quelle più vaghe (8).

D'altra parte, la stessa ricca — e, per molti versi, singolare — fioritura di studi canonistici, che si anima, intorno agli anni '40, in Italia intorno alla personalità precocissima e vivacissima di Pio Fedele e al suo 'Archivio di diritto ecclesiastico', rivela un'attenzione solo sporadica per la dimensione storica, pretermessa rispetto alla più forte esigenza di individuare canoni metodologici generali per uno studio genuinamente scientifico del diritto canonico.

2. Nella prima metà di questo secolo la vicenda della 'Storia del diritto canonico', intesa nel suo senso più autentico e rigoroso quale storia della scienza canonistica, ci presenta un discontinuo bilancio scandito in momenti di alacrità e in momenti di stanchezza. Ma un fatto è certo: i momenti di alacrità hanno tutti un oggetto storico ben definito: il diritto canonico pre-classico e classico, l'età delle Collezioni canoniche, l'età dei Decretisti e dei Decretalisti. Un vuoto pressoché assoluto circonda invece l'itinerario scientifico del 1917, un vuoto che avvertiamo minimizzato dal pretestuoso e spicciativo giudizio che il periodo post-tridentino rappresenta una zona stagnante almeno per l'osservatorio dello storico-giurista. Dalla zona stagnante il canonista pescava — e pesca ancor oggi — alla rinfusa qualche citazione per i propri lavori di diritto positivo, allungando lo sguardo un po' più addietro delle proprie spalle, sì da poter mettere, accanto ai nomi del Wernz del Lega del Cavagnis del Cappello del Gasparri del Conte a Coronata e via dicendo, quelli, ammantati dall'autorità del tempo, di Laymann, Pirhing, Engel, Reiffenstuel, Schmalzgrueber, Pichler.

L'uso che la canonistica curiale ha fatto di queste rilevanti

(8) Vedila già segnata all'attivo del novello 'Institute of research and study in medieval canon law' nel *Bulletin* del 1955 (cfr. *Traditio*, XI [1955], p. 435). Cfr. anche il primo bilancio — consuntivo e preventivo — fatto, già nel 1955, da L. PROSDOCIMI, *La « Summa Decretorum » di Uguccione da Pisa - Studi preliminari per una edizione critica*, in *Studia Gratiana*, III (1955), p. 349 ss.

testimonianze è stato, a dir poco, impietoso, con una totale strumentalizzazione e con la assai relativa comprensione che proviene dalla mancata storicizzazione di modelli storici. Nelle note dei canonisti questi antichi Maestri post-tridentini restano infatti voci prive di un loro timbro storico, soffocate a far da puntello alla interpretazione d'un canone del *Codex* piano-benedettino all'interno di un ammasso indistinto di *auctoritates*.

Eppure, ci sarebbe tanto da approfondire, diversificare, coordinare. Per rifarsi ai nomi illustri or ora citati, cento anni di intensa storia religiosa separano la data della morte di Laymann (1574-1635) da quella di Schmalzgrueber (1663-1735) e di Pichler (1670-1736), mentre differenze profonde derivano dalla appartenenza a questo o a quell'ordine religioso, dall'essere espressione delle scuole gesuitiche di Dillingen e di Ingolstadt o di quella benedettina di Salzburg, o di quella francescana di Freising ⁽⁹⁾. Il panorama, che sembra piatto e smorto all'osservatore superficiale, si mostra, al contrario, estremamente variegato sol che vi si guardi con l'occhio dello storico.

Secoli, anzi, fertilissimi questi per la storia del diritto canonico: il grande polmone della Seconda Scolastica — soprattutto spagnola ma a diffusione europea — ha consentito, dai primi del Cinquecento alla metà del Seicento, una boccata d'aria viva per la teologia morale e per il diritto canonico come scienza; sono teologi-giuristi dalle robuste fondazioni culturali, con una percezione finissima, acuita, del mondo storico che li circonda, con una tensione lucida a costruire orditure antropologico-giuridiche rinnovate per un mondo ideologicamente anche se non strutturalmente rinnovato. Dopo, vengono le grandi sistemazioni sei-settecentesche dei canonisti tedeschi; certamente dopo Trento (ci si passi la precisazione, che è solo cronologicamente lapalissiana) ma anche dopo la riflessione neoscolastica. E il problema storico delle scuole canonistiche sei-settecentesche si apre, e si complica, ed esige analisi più ampie ed approfondite. Per parte nostra, sul terreno della storia del diritto privato, abbiamo qualche anno fa toccato con mano e documentato

⁽⁹⁾ A Dillingen insegnano Wagnereck, Pirhing e Schmalzgrueber; a Ingolstadt Laymann, Wiestner, lo stesso Schmalzgrueber, Pichler, Zech; a Salzburg Engel, König, Schmier, Böckhn; a Freising il cappuccino Anacleto Reiffenstuel.

l'incidenza dei teologi-giuristi spagnoli ⁽¹⁰⁾; siamo convinti che anche per l'itinerario del diritto canonico sia riscontrabile una pari incidenza, se non altro nel territorio di quello che poi si sarebbe usualmente chiamato *ius publicum ecclesiasticum*. È qui infatti che si delinea nelle scuole una distinzione fra diritto pubblico e privato, che non proviene dal seno della secolare tradizione canonica ma che si presenta come l'imitazione servile di modelli affatto esterni. Un tramite è sicuramente offerto dalla grandiosa riflessione progettuale della Seconda Scolastica che è tutta proiettata a cogliere i valori del 'nuovo' mondo. Ma nessi profondi e sottili, però precisi, si propongono anche con le nuove suggestioni della politologia laica operante ormai nell'ambito di robuste strutture statuali. Ed è grave — e più generale — il problema storico della insistenza di quei modelli sulla cittadella conclusa dello *ius ecclesiae*. Ed è urgente l'analisi dello storico-giurista per individuare apporti e canali di derivazione, per collocare questa scienza canonistica nel gioco vivo delle grandi correnti culturali, cui è non è certamente sorda. Nell'ambito del nostro 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' di Firenze qualcosa si sta facendo con particolare riferimento a Bellarmino, ma ci sembra un terreno che attende ancora, al di là di qualche episodio confortante ⁽¹¹⁾, un organico massiccio dissodamento.

La storia della scienza canonistica post-tridentina è ancora, per buona parte, da scrivere, e non costituirebbe un'indagine su personaggi mediocri immersi nel limbo statico d'una Chiesa che ha perduto la sua carica propulsiva e che, dopo Trento, vive rinserrata

⁽¹⁰⁾ Ci riferiamo all'Incontro internazionale promosso nel 1972 su 'La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno'. Gli 'Atti' dell'Incontro sono stati pubblicati con lo stesso titolo presso l'Editore Giuffrè (Milano, 1973), inaugurando la Collana di volumi 'Per la storia del pensiero giuridico moderno', che si affianca ai 'Quaderni fiorentini'.

⁽¹¹⁾ Vorremmo meno isolata la sorte toccata al Van Espen, indubbiamente privilegiato soltanto in grazia della sua posizione al centro della polemica giansenista e gallicana, cui sono stati dedicati vari contributi e particolarmente una indagine di Michel NUTTINCK, *La vie et l'oeuvre de Zeger-Bernard Van Espen. Un canoniste janséniste, gallican et régalien à l'Université de Louvain (1646-1728)*, Louvain, 1969, certamente insoddisfacente dal punto di vista dei contenuti canonistici ma a cui sta dietro una grossa ricerca anche sulle fonti manoscritte.

nella protezione soffocante di un oppressivo apparato disciplinare. Una ricerca storica, se fatta con scavi adeguati, consentirebbe la riacquisizione di un non spregevole patrimonio culturale messo in liquidazione dalla ignoranza e dalla negligenza, quando non dalla prevenzione. Tra l'altro, una ricerca siffatta si aprirebbe su un terreno che, senza discontinuità, batte più tardi alle porte del processo codificatorio.

3. Considerazioni non troppo diverse merita la scienza canonistica ottocentesca quale oggetto di attenzione storiografica.

Il tempo delle grandi sistemazioni è passato, e la canonistica sembra vivacchiare sulle rendite accumulate nei due secoli precedenti. Forse dappertutto, ma non nell'area culturale tedesca: qui il panorama è reso doppiamente vivace dall'innesto di fermenti della scuola storica nello studio del diritto canonico e da un interesse per il 'katholisches Kirchenrecht', né frammentario né scarso, da parte di studiosi protestanti che vengono ad affiancarsi a studiosi cattolici. Gli apporti isolati di parte protestantica, che constatiamo nel Seicento e nel Settecento — da Benedikt Carpzov a Justus H. Böhmer a Georg L. Böhmer — diventano nel nuovo secolo una autentica realtà corale, mai avvilita nella bassa corte della polemica unilaterale, ma sempre su un terreno squisitamente scientifico.

Ne scaturisce una dialettica aguzza fatta di angoli di osservazione e di orientazione assai differenti, e c'è indubbiamente una inevitabile *vis polemica*, ma la levatura dei contendenti impedisce la rissa grossolana. Apre invece preziose riflessioni sull'essenza del diritto canonico, sulla sua riduzione a scienza e a sistema; apre un relevantissimo discorso sul metodo.

Se si pensa che di questo clima e di questi dibattiti si sono nutriti molti dei futuri protagonisti del Concilio Vaticano Primo e della codificazione piano-benedettina (nella sua preistoria e protostoria); se si pensa che in esso appaiono immersi quelle che risulteranno le personalità più vive nel dibattito pre-codificatorio il prete secolare Pietro Gasparri e il gesuita Franz Xaver Wernz, una adeguata ricostruzione storica di questo dibattito si pone non soltanto come la chiarificazione di un momento significativo dell'itinerario moderno della scienza canonistica ma particolarmente come l'insostituibile

presupposto interpretativo di tante future determinanti scelte del 'legislatore' canonico nel suo progetto di ordinamento delle fonti.

Uno dei punti più controversi, su cui si spendono le voci più squillanti, è l'esigenza se confezionare il progetto guardando a rilevanti modelli culturali al di là della Chiesa o se, al contrario, utilizzare le sole forze culturali interne e peculiari alla bimillenaria tradizione canonica. Il protestante Aemilius Ludwig Richter, che scrive nel 1842 un sostanzioso 'Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts', non ha il pur minimo dubbio: « Das Kirchenrecht trägt sein System in sich; denn nach dem Begriffe der Kirche gliedert sich der anze Stoff naturgemäss in die Lehre von der Verfassung und Verwaltung der Kirche, als einer geordneten Anstalt, in die Lehre von dem Kirchlichen Leben, in welchem dieselbe ihre Aufgabe löst... » (12).

È un'idea che conquista gli studiosi più aperti: la 'naturalità' di un sistema giuridico per la Chiesa, cioè la sua perfetta coerenza con il tessuto teologico della società ecclesiale, scaturirà non da altro che dal patrimonio di tradizione e di consuetudini che la Chiesa stessa ha individuato nella sua storia secolare, che ha nutrito nel suo grembo e che l'esperienza ha collaudato come forme giuridiche adeguate per la sottostante sostanza teologico-morale. È il rispetto della Chiesa come mistero, come realtà sacramentale, è la coscienza della sua irripetibilità, che muove il giurista a cercare soltanto entro i suoi confini gli strumenti sistematici (13).

In questa ottica viene ad esser messo sotto accusa ogni vassallaggio verso la sapienza civile, si incarnasse pur questa nella veneranda manifestazione del diritto romano; ed agli occhi di molti si incrina l'edificio squisitamente romanistico su cui il perugino Lancelotti aveva, a mezzo Cinquecento, costruito con sicurezza le sue *Institutiones iuris canonici* trovando un facile stuolo di estimatori ed imitatori specialmente fra i canonisti dell'area latina. La tripartizione giustiniana in *personae*, *res*, *actiones* appare ormai a parecchi un armamentario tecnico eccessivamente schematizzante ed eccessivamente povero per esprimere tutta la complessa ricchezza teologica e

(12) Citiamo da U. STUTZ, *Die kirchliche Rechtsgeschichte*, Stuttgart, 1905, p. 6.

(13) E qui l'apporto protestantico, con le sue diffidenze originarie per il diritto nella Chiesa e le sue istanze ugualmente originarie di purezza religiosa, sembra incisivo.

storica del diritto canonico. Da qui, anche l'esigenza di architetture logiche che non si cristallizzino in un rigido apparato dommatico ma si aprano disponibili al messaggio della storia.

Di questo dibattito, talvolta aperto ma più spesso sotterraneo, sono testimonianza a fine Ottocento, con le loro incertezze, i loro imbarazzi, le loro invenzioni espositive, due uomini estremamente rappresentativi della scienza canonistica, i due futuri protagonisti dell'itinerario verso il *Codex*, vogliamo dire il Wernz e il Gasparri. Le loro invenzioni espositive sono eloquenti: il Wernz pubblica, a partire dal 1898, un monumentale *Jus decretalium* eleggendo la strada del commentario analitico secondo l'ordine delle Decretali contaminato da variazioni secondo l'ordine delle Istituzioni (e tradendo in questo il proprio imbarazzo metodologico) ⁽¹⁴⁾; il Gasparri sceglie il *tractatus* monografico come strumento di sintesi specifica, ed ecco gli organici trattati 'de matrimonio' (1892), 'de sacra ordinatione' (1893) 'de sanctissima Eucharistia' (1897).

L'uno percorre la strada dell'analisi con un continuo richiamo e rinvio alla storia, nella certezza, che esaminare le « *origines quoque et vicissitudines historicas* » non sia tanto un contributo alla « *perfectior cognitio iuris canonici* », come si dice nella prefazione alla prima edizione sottolineando con forza, fianco tipograficamente, l'aggettivo 'historicas' e la denominazione 'iuris canonici' in un legame di indole squisitamente funzionale ⁽¹⁵⁾. E veramente il tessuto costruttivo delle 'praelectiones' del Wernz è tutto proiettato a una piena valorizzazione della dimensione storica — intendiamo della storia ecclesiastica, della storia interna all'ordinamento della Chiesa, della storia a essa Chiesa peculiare — come dimensione caratterizzante e tale da mettere in evidenza l'originarietà ed originalità del diritto canonico come *ius Ecclesiae nativum* ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ *Jus Decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris Decretalium*, auctore Francisco Xav. Wernz S.J. - Tomus I - *Introductio in Ius Decretalium*, Prati, 1913³, n. 56, pp. 69-71.

⁽¹⁵⁾ WERNZ, *Ius Decretalium*, cit., *Praefatio ad primam editionem*.

⁽¹⁶⁾ Le 'praenotiones' con cui si aprono le 'partes' e i 'tituli' nei quali si articola l'elaborato del Wernz, nonché le 'notae' che si aggiungono frequentissime al testo, sono prevalentemente dedicate a esplorazioni e squarci sul cammino storico degli istituti, alla ricerca delle fondazioni storiche di questi, con un criterio metodico che è costante.

L'altro, timoroso di breccie che il ricorso alla storia può provocare, si rinserra in un'armatura sistematica rigorosissima, che la sua natura di loico gli fa prediligere e che la struttura organica del 'tractatus' esalta. Ma in Gasparri, più che in una vocazione personale, è l'ideologia che conta, e la convinzione che su quell'ideologia poggia. Per lui il sistema è uno strumento difensivo, e la tecnica giuridica è il cemento che dà straordinaria compattezza al sistema soprattutto quando si tratti di un istrumentario di eccezionale validità e refrattario a ogni usura temporale come quello romano e romanistico (17). La pura giuridicità, che il sistema filtra depurandola da troppe e ingombranti scorie storiche, è una garanzia, appunto una difesa. L'ideologia di Gasparri, che scrive a fine Ottocento i suoi *tractatus*, è veramente tridentina, e tridentino è il personaggio, e tridentina è la cifra per la comprensione del canonista, del politico del diritto, del futuro legislatore. Il Concilio che premerà sui confini e modellerà l'architettura del primo *Codex* — codice che Gasparri orienta e determina nelle sue scelte di fondo — non è infatti tanto il Vaticano Primo, semplice occasione — anche se storicamente preziosa — di un discorso nuovo sulle fonti canoniche, quanto il Concilio di Trento con tutto il suo bagaglio di certezze, di definizioni, di anatemi, di armature disciplinari. Cedendo alla foga del discorso, non sarebbe scorretta l'anacronica rilevazione che Gasparri è l'ultimo dei Padri Tridentini (18).

Il discorso, che si va profilando, è complesso, ed attende ancora un'organica attenzione dallo storico: il nodo culturale dell'incontro con gli uomini della Scuola Storica, ma anche fra visione protestantica e cattolica nella costruzione scientifica del diritto canonico; il

(17) La scelta 'romanistica' di Gasparri permea tutto il *Codex* piano-benedettino, e non soltanto per la articolazione fondamentale, ma anche per la copiosa immissione di istituti romani e romanistici (come, ad esempio, nella ossatura del processo). Non sembra pertanto retorica l'affermazione di chi, nel momento immediatamente successivo alla emanazione del *Codex* ha constatato che «viget ergo ius romanum apud ius Ecclesiae romanae» (così C. BOUCAUD, *Relationes inter ius romanum et Codicem Benedicti XV*, in *Acta congressus iuridici internationalis* - Vol. VI, Romae, 1937, p. 50).

(18) Queste considerazioni, in un contesto più ampio ed elaborato, sono state esposte dallo scrivente in una 'relazione' su Gasparri canonista nell'ambito del Convegno di studio sull'opera di Pietro Gasparri organizzato, il 1° dicembre 1984, presso l'Università di Macerata, dal suo Rettore Attilio Moroni.

problema del sistema nella organizzazione del diritto canonico ottocentesco, il problema delle ideologie sottese, delle fonti di ispirazione, i rapporti fra sistema e storia e il loro scambievole rilievo, la strutturazione di possibili sistemazioni diverse a seconda della diversità del materiale cui si fa ricorso. E, più indietro ancora, il problema dei modelli, all'esterno o all'interno della tradizione canonica, e, nello sfondo, l'istrumentario apparentemente neutro del diritto romano, o, più incombenti, gli allettanti e rischiosi risultati della riflessione razionalistica laica collaudati nel nuovo assetto delle fonti statuali.

Un groviglio di problemi avvertito ma non esplorato ⁽¹⁹⁾, di cui la canonistica ottocentesca, pur nella sua spesso non rilevante qualità culturale, è specchio abbastanza fedele con le sue cedevolezza e le sue ritrosie, le sue sensibilità e le sue sordità. Groviglio rilevante in sé, ma addirittura relevantissimo, se si pone mente che, di lì a poco, questo intreccio di idee e problemi si sarebbe compenetrato con lo stesso faticoso itinerario verso la codificazione diventando il necessario terreno culturale da cui prenderà la sua immagine il *Codex*.

4. La redazione di un 'cahier de doléance' è atto facile e ingeneroso; come è facile registrare le omissioni altrui da parte di chi non dà alcun contributo a colmarle. Una tal doglianza si può legittimare se suona non come rimprovero ma come sottolineatura d'un'esigenza, come stimolo ad operare; si legittima per la sua implicita dimensione positiva più che per la esplicita rilevazione negativa.

In questo spirito, accanto al doveroso rammarico per tutti i nodi irrisolti, è perciò, altrettanto doveroso constatare e segnalare con soddisfazione una iniziativa ampia, solida e organica che sta prendendo forma concreta, tesa a una adeguata riappropriazione storiografica del processo di codificazione del diritto canonico fra Ottocento e Novecento.

Fino ad oggi le nostre conoscenze si fondavano su contributi slegati, per lo più abbastanza risalenti, fra i quali meritano forse di essere ricordati quelli, ripetuti e documentati, di Nikolaus Hilling,

⁽¹⁹⁾ Ne è dimostrazione eloquente il 'manuale' di PLÖCHL, *Geschichte des Kirchenrechts*, cit., B.V. - *Das katholische Kirchenrecht in der Neuzeit* - Dritter Teil, p. 318 ss.

anche se talvolta carenti d'una adeguata metodologia storica (20). Oggi il discorso ha da essere fortunatamente diverso: da parecchi anni un manipolo di docenti e ricercatori, italiani ma non soltanto italiani, ha cominciato un lavoro paziente e capillare su tutta la documentazione anche archivistica attualmente accessibile. Promotore e direttore è Giorgio Feliciani, professore di Diritto canonico nella Università di Pavia che con eccellente tempra di organizzatore, ha avuto il merito di avvertire la centralità del problema che il processo di codificazione coinvolgeva e la conseguente intollerabilità di un ulteriore vuoto di ricerca e ha avuto altresì il merito, con una serie di suoi felici interventi (21), di gettare le basi e di delineare possibili itinerari all'opera dei vari gruppi di studio.

Il primo frutto di questo lavoro di anni è, per ora, un libro uscito nel tardo 1983 e dedicato al processo di codificazione del diritto penale canonico (22). Un libro che sollecita la nostra speranza, perché si presenta come il primo di una collana di 'Quaderni' che lo stesso Feliciani ha varato nell'ambito dei prestigiosi 'Studi nelle scienze giuridiche e sociali' della Università di Pavia, e ci fa presagire per i prossimi anni una messe sicura di risultati; particolarmente attesi quelli del gruppo di ricercatori spagnoli dell'Università di Pamplona coordinati da Pedro Lombardía, che sta attualmente

(20) Per un esame della copiosissima libellistica dello Hilling (1871-1960), professore di Diritto canonico alle Università di Bonn e di Freiburg/Breisgau, e per lungo tempo protagonista nella Direzione dello 'Archiv für katholisches Kirchenrecht', cfr. K. MÖRSDORF, *Nikolaus Hilling zum Gedächtnis*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 129, p. I.

(21) Pensiamo soprattutto a: *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Actas del III Congreso internacional de derecho canónico, Pamplona, 10-15 de octubre de 1976*, Pamplona, 1979, e, con più ampio corredo critico, in *Ephemerides iuris canonici*, 33 (1977); *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini*, Milano, 1981; *Lineamenti di ricerca sulle origini della codificazione canonica vigente*, in *Annali dell'Università di Macerata* (Studi in onore di Attilio Moroni), Macerata, 1982, sostanzialmente riprodotto come 'presentazione' del volume di M. VISMARA MISSIROLI-L. MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Padova, 1983.

(22) Maria VISMARA MISSIROLI-Luciano MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Padova, 1983 - (Pubblicazioni della Università di Pavia - Studi nelle scienze giuridiche e sociali, N.S. - Volume 36 - Quaderni della codificazione canonica, diretti da Giorgio Feliciani, I).

lavorando sul terreno, straordinariamente ricco e culturalmente più fertile, relativo alla formazione delle 'Normae generales' del *Codex*.

La nostra speranza è che, grazie a questo scavo finalmente messo in opera da Feliciani, non si faccia soltanto luce su quella che è l'indubbiamente interessante genesi d'un sistema legislativo, sull'incastro di influssi immediati che partoriscono la *norma iuris*, ma anche su tutto il dibattito retrostante. Il progetto codificatorio, che trova nella riunione dei Padri conciliari la sua occasione per prender vita e coraggio, è al fondo di un amplissimo imbuto storico. Dietro a questo progetto — negato, combattuto, irriso; auspicato, difeso, mitizzato — stanno le ansie di una *scientia iuris* che ha per programma principalissimo la riduzione a sistema del gigantesco e informe corpo normativo canonico.

Storicizzare, come fa intelligentemente Feliciani ⁽²³⁾, le tappe del dibattito dal Vaticano Primo in poi significa cominciare a contribuire alla storicizzazione di tutto il materiale dottrinale anche precedente, significa principiare a dar volto, con una singolare interpretazione *a posteriori* all'ammasso dottrinale così misconosciuto ed appiattito. I Padri conciliari, prima, e gli operai dell'officina codificatoria, poi, non fanno che fornirci una cassa di risonanza di eccezionale intensità e vivezza per uno stato d'animo che è di tutta la *scientia iuris* canonistica dopo Trento. Vedendo chiaro in quest'ultimo segmento di un filo che corre continuo, si rischia di iniziare a chiarire anche molto cammino della linea precedente; tutt'al meno si saranno poste alcune premesse preziose per un provvedimento viaggio a ritroso. Mai come in questo caso il futuribile serba in sé una formidabile valenza interpretativa del passato, anche di un passato cronologicamente abbastanza remoto.

È per ciò che abbiamo, sin dalla intitolazione di queste righe, legato insieme funzionalmente la storia della scienza canonistica moderna con la storia della codificazione, in uno stretto accostamento che qualcuno avrà considerato sforzato e indebito. Noi cogliamo infatti in questo lavoro collettivo diretto da Feliciani il primo tentativo serio, costruito, pensato, per dare un volto storicamente credibile alla canonistica moderna. Siamo convinti che, alla fine della non lieve fatica,

(23) FELICIANI, *Il concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, cit., p. 37 ss.; ID., *Presentazione*, cit., p. 4.

molti nodi saranno sciolti o si presenteranno più facilmente scioglibili. E non solo la trama del processo codificatorio nei suoi ristretti confini storici, ma anche un insieme meno immediato di motivi che in esso trova l'estrema punta emergente.

Ripetiamo: il Codice è l'esito naturale di tre secoli di *iurisprudenzia*, assomma quello che è il senso di un ben più lungo itinerario. Noi speriamo che gli operai del cantiere di Feliciani abbiano coscienza della doppia valenza storiografica del lavoro. Acquisire questa coscienza complessa significherebbe dare respiro alla ricerca. Identificando l'intero momento post-tridentino come quello in cui la scienza canonistica soffre più che altrove, il problema delle fonti, non dovrebbero essi mai deporre la convinzione di lavorare sulla tessera di un più ampio mosaico; se loro compito è mettere a lucido quella tessera (cioè ridarle storicità), un siffatto lavoro potrà conseguire pienamente il suo fine non con un'opera di smembramento e di isolamento ma di ricomposizione e di ricollocazione della tessera nel disegno che appieno la valorizza. La crisi profonda della struttura ecclesiale ha il suo riverbero nella secolare non-soluzione del problema delle fonti: problema che resta aperto, controverso, mai risolto fino agli inizi del Novecento; segno di disagio, di timori serpeggianti; segno di crisi, come per tutti gli ordinamenti che si interrogano sulle proprie fonti e che non riescono a dominare l'intrico del loro assetto.

Chi legga con occhio attento la lunga 'presentazione', che Giorgio Feliciani ha premesso al primo volume, rileva con soddisfazione l'affiorare — alla coscienza del gruppo di studio — dei lontani coinvolgimenti di molte delle questioni agitate. Prima fra tutte: l'imitazione di modelli estranei alla tradizione canonica, la sopportabilità — o meno — per la realtà giuridica della Chiesa di un codice inteso 'laicamente' come sistema rigido e astratto di regole. Wernz e Gasparri si fronteggiano financo per la scelta della denominazione formale (*corpus* o *codex*), dietro la quale sta la più o meno sentita esigenza di discriminare il nuovo parto legislativo dallo stuolo delle codificazioni civili.

Emerge il nodo post-tridentino dei modelli ispiratori e si parla (24) del prevalere di tendenze e concezioni secolarizzanti. Orbene,

(24) FELICIANI, *Presentazione*, cit., pp. 5-6.

soltanto i tempi lunghi riescono a segnalare limpidamente allo storico il rinvio recettizio, che è marchio di vassallaggio e di eteronomia, traccia del cavallo di Troia dentro la cittadella canonica, sintomo di secolarizzazione. Talune suggestioni ci sono, e inequivocabili: basterebbe non soltanto la scelta ossessiva per il Codice come schema ordinante, ma altresì l'attingimento copioso alle soluzioni tecniche affermate in codificazioni statuali ⁽²⁵⁾.

Vorremmo invece maggiore cautela nel qualificare spicciativamente come secolarizzanti idee che fan parte d'un patrimonio antico e mai smentito e che vengono soltanto riformulate alla luce dei nuovi occhiali che il canonista moderno ha inforcato. Pensiamo soprattutto all'idea della Chiesa come *societas iuridice perfecta*, la quale non è altro che la risposta sintetica ed unitaria a due convinzioni tipiche alla Chiesa di sempre: quella della necessarietà del diritto per la vita della società ecclesiale e quella della originarietà dell'ordinamento canonico. Dove il diritto è sì difesa dal secolo con gli strumenti del secolo, ma corrisponde a una costante del progetto della Chiesa romana nel suo itinerario verso la salvezza, non significa mai condizionamento e asservimento al secolo ma piuttosto la sua strumentalizzazione per una compiuta affrancazione.

Se mai, si sovrappone un problema ulteriore: quello della razionalizzazione più serrata nelle nozioni e nelle formule canonistiche. Ma non scomoderemmo per questo lo spettro della secolarizzazione; vorremmo piuttosto parlare di storicità, di sensibilità ai climi culturali storicamente susseguentisi nel tempo, che è la virtù grande del diritto canonico di sempre e non soltanto di quello post-tridentino.

⁽²⁵⁾ L. MUSSELLI, *Il contributo di Joseph Hollweck alla codificazione del diritto penale canonico*, in VISMARA MISSIROLI-MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, cit., *passim* ma soprattutto p. 117. Hollweck, che pubblica nel 1899 a Mainz una articolata proposta di sistemazione del diritto penale canonico (*Die kirchlichen Strafgesetze*), è decisamente influenzato dallo *Strafgesetzbuch* prussiano del 1870-71. Gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

FIORITURA CANONISTICA

Una codificazione nuova di zecca (1917); per giunta, la prima nella storia bimillenaria della Chiesa Romana; per giunta, contrastata e discussa come soluzione normativa troppo rigida per un diritto caratterizzato da sempre per la propria elasticità. Un complesso accordo internazionale di freschissima data (1929), il primo tra il Regno d'Italia e la Chiesa Cattolica, che approdava a due risultati giuridicamente di grande rilievo; nel 'Trattato', alla costituzione dello 'Stato della Città del Vaticano', figura singolare di Stato-apparato anziché di Stato-comunità, con una funzione strumentale rispetto alla Chiesa e alla Santa Sede; nel Concordato, alla attribuzione di effetti civili al matrimonio concordatario e alla riserva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici per le cause di nullità matrimoniale.

Due grossi eventi, che funsero, dall'esterno, come sollecitazione vigorosa per la fioritura canonistica italiana degli anni Trenta. Se, poi, vi si aggiunge un minimo ma efficiente fatto accademico, l'inserimento — con R.D. 7 maggio 1936, n. 882 — del 'diritto canonico' fra le discipline complementari del piano di studi delle Facoltà di Giurisprudenza; se si pone mente al clima culturale della scienza giuridica italiana ormai liberato dalla cappa di piombo statalistica e aperto anche a una dimensione pluriordinamentale, si capisce le ragioni di una fioritura che potrebbe sembrare improvvisa.

In precedenza, si stagliano solo la personalità solitaria di Francesco Ruffini, il cui testo splendido sui diritti di libertà ⁽¹⁾ offusca ingiustamente una sua riflessione canonistica di fine secolo, antesignana perché dominante da una comprensione storicistica pressoché

⁽¹⁾ F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Torino, Gobetti 1926. È superfluo sottolineare che l'editore del volume ruffiniano è Piero Gobetti, l'intellettuale di fede liberale così incisivo nella Torino degli anni Venti.

ignota in una temperie troppo gonfia di rabbie e di veleni ⁽²⁾, e il volume tutto nuovo ⁽³⁾ di un suo discepolo, Mario Falco, in cui si opera il tentativo di una lettura critica del *Codex* ⁽⁴⁾ e anche una sua originale lettura con occhiali squisitamente pandettistici ⁽⁵⁾.

L'interesse generale dei giuristi è però piuttosto rivolto ai rapporti fra Stato e Chiesa, esaminati dal punto di vista dello Stato giurisdizionale e della sua ingombrante legislazione ⁽⁶⁾, senza sollevarsi a un risultato che superi l'esegesi e la sistemazione di questo complesso normativo positivo ⁽⁷⁾.

⁽²⁾ 'L'actio spoli'. Studio storico-giuridico' (1889); 'La buona fede in materia di prescrizione. Storia della teoria canonistica' (1892); 'La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocento IV) ed in Federico Carlo di Savigny' (1898).

⁽³⁾ Almeno nella letteratura giuridica italiana; in quella tedesca, invece, c'era già, da qualche anno, la sintesi forte di Ulrich STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici*, Stuttgart, Enke, 1918.

⁽⁴⁾ M. FALCO, *Introduzione allo studio del 'Codex iuris canonici'*, Torino, Bocca, 1925 (rist. Bologna, Il Mulino, 1992). Si legga la 'Avvertenza' premessa al volume, dove Falco insiste sulla attenzione alla tecnica legislativa del *Codex* e al suo inserimento "nella storia della legislazione ecclesiastica e nella storia universale della codificazione delle leggi".

⁽⁵⁾ Si noti: il cap. sesto è intitolato 'Soggetti, diritti soggettivi, atti giuridici'; in esso il § V è dedicato a 'Gli interessi e i diritti soggettivi', il § VI a 'Gli atti giuridici'.

⁽⁶⁾ Forse anche per lo "spirito massonico sino a ieri dominante", come pretende Vincenzo Del Giudice in una sua pagina del 1925 (citato da M. VISMARA MISSIROLI in un volume ricchissimo di dati e notizie: *Diritto canonico e scienze giuridiche - L'insegnamento del diritto della Chiesa nelle Università italiane dall'unità al Vaticano II*, Padova, Cedam, 1998, p. 82), o, più in generale, per un diffuso virulento anticlericalismo, ma vieppiù per le convinzioni scientifiche statalistiche ancora imperanti negli anni Venti.

⁽⁷⁾ Il più robusto degli ecclesiasticisti, Francesco Scaduto, fu e volle essere il sistematore del diritto civile ecclesiastico, condizionato e irretito dalla sua "mentalità educata alla tradizione del giurisdizionalismo meridionale ed imbevuta insieme delle idee e principi del liberalismo aconfessionista" (così nel ricordo di un suo allievo di notevolissima levatura: P. A. D'AVACK, *Francesco Scaduto*, in *Archivio di diritto ecclesiastico* IV (1942), p. 301). Un docente di diritto ecclesiastico, antico discepolo torinese di Francesco Ruffini, andrebbe ricordato, ma, più che per i suoi contributi di giurista tecnico, per alcuni solidi e originali saggi storici e storico-giuridici, per la sua capacità di seguire con tormentata ma finissima coscienza critica tutto il divenire dell'esperienza giuridica e politica, ed è Arturo Carlo Jemolo. Già l'abbiamo ricordato precedentemente proprio in grazia di questa sua capacità di lettura dell'universo giuridico, lo ricordiamo ora per alcune grandi opere storiografiche: *Stato e Chiesa negli scrittori politici italiani del Seicento e del Settecento*, Torino, Bocca, 1914; *Il giansenismo in Italia prima della*

Indubbiamente, c'era chi si occupava con totalità di dedizione del diritto canonico, ed era la canonistica curiale, una dottrina giuridica prosperante all'ombra delle Università pontificie e composta interamente da ecclesiastici; si trattava però di opere a carattere analitico-espositivo, con un compito e una finalità meramente informativi e che per questo atteggiamento passivo e sonnolento imposto dalle rigide direttive della gerarchia, si collocavano in posizione di estraneità a una dimensione severamente scientifica, che è — per sua natura — critica, cioè problematica, e costruttiva. Si aggiunga che un tale atteggiamento tradizionale alla moderna canonistica curiale e così lontano dalla forza edificatrice dei canonisti medievali e post-medievali, non potè non accentuarsi dopo l'entrata in vigore di un corpo di leggi serrato come il *Codex* ⁽⁸⁾.

A fronte della sordità della dottrina laica fino agli anni Venti e della ottusa e improduttiva esegesi della dottrina curiale, fa spicco negli anni Trenta quella che abbiamo ritenuto di poter chiamare una vera fioritura scientifica; che è scientifica perché avvia un discorso di fondazione epistemologica, ponendosi come assillante il problema del metodo per l'esploratore di quel pianeta giuridico così appartato e così conchiuso che è il diritto canonico.

Se non erro, il merito di una prima sollecitazione è di uno studioso, tutto sommato, modesto, Vincenzo Del Giudice, che sottolinea nel 1932 l'esigenza di un rinnovamento metodologico ⁽⁹⁾; sollecitazione che fu prontamente raccolta da un suo discepolo diretto, Orio Giacchi, e da un precocissimo geniale allievo di Jemolo, Pio Fedele.

Rivoluzione, Bari, Laterza, 1928. Ovviamente, non accenniamo nemmeno alla rilevantissima presenza culturale e scientifica di Jemolo nel secondo dopoguerra e fino all'inizio degli anni Ottanta.

⁽⁸⁾ Prontamente, nell'agosto 1917, la S. Congregazione dei Seminari e Università degli Studi aveva prescritto che i docenti degli atenei pontifici dovessero esaminare "i singoli canoni con puntuale spiegazione" osservando "il medesimo ordine del Codice e la serie dei titoli e dei capitoli" (il testo è riportato da C. FANTAPPIÈ, *Pietro Agostino D'Avack: dal confronto con la canonistica curiale all'autonomia scientifica del diritto canonico*, in *Il metodo di studio del diritto canonico in D'Avack, Gismondi, Lombardia, Corecco*, Città del Vaticano, 1999, p. 120).

⁽⁹⁾ V. DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, in *Studi in memoria di Francesco Innamorati*, Perugia, tip. Guerra, 1932, p. 257.

La circostanza rilevante è che, almeno in prima battuta, Giacchi e Fedele non scrivono prologhi in cielo ma scelgono il tessuto giuridico concreto per sperimentare i proprii programma metodologici: nel 1936 Giacchi si occupa del diritto penale canonico ⁽¹⁰⁾ e lo stesso fa l'anno di poi Fedele ⁽¹¹⁾; dal '37 al '39 Giacchi dedica ripetuta attenzione al diritto amministrativo canonico ⁽¹²⁾ e lo stesso fa nel '40 Fedele ⁽¹³⁾.

La constatazione singolare è questa: che il tema è identico, che diverse, profondamente diverse, sono invece le conclusioni e soluzioni in conseguenza di profondamente diverse — anzi, opposte — scelte metodologiche ⁽¹⁴⁾. Quelle scelte che sia Giacchi sia Fedele dichiareranno con franchezza in alcuni pensatissimi manifesti programmatici ⁽¹⁵⁾.

Ma quali sono e in che consistono se hanno una forza così incisiva? È presto detto. La premessa è comune: se si vuole procedere alla edificazione d'una vera scienza del diritto canonico, si dovrà abbandonare lo stadio espositivo, esegetico, per avviare una

⁽¹⁰⁾ O. GIACCHI, *Precedenti canonistici del principio 'Nullum crimen sine proevia lege penali'* (1936), ora in *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica* (1933-1980) - I - *La Chiesa e il suo diritto - Religione e società*, Milano, Giuffrè, 1981.

⁽¹¹⁾ P. FEDELE, *Il principio 'nullum crimen sine proevia lege poenali' e il diritto penale canonico*, in *Rivista italiana di diritto penale*, IX (1937).

⁽¹²⁾ *Natura giuridica dei rescritti in diritto canonico* (1937); 'Obreptio' e 'subreptio' nei rescritti in diritto canonico (1938); *La causa negli atti amministrativi canonici* (1939), tutti ora in *Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica*, cit.

⁽¹³⁾ P. FEDELE, *La volontà e la causa nei rescritti pontifici*, in *Studi in onore di Carlo Calisse*, Milano, Giuffrè, 1940, vol. II.

⁽¹⁴⁾ Nella alacre operosità del giovanissimo Fedele vanno ricordati almeno altri tre scandagli fondamentali, quelli sulla reale portata del can. 20 del *Codex* (cfr. *Generalia iuris principia cum aequitate canonica servata*, in *Studi urbinati*, X (1936), della teoria canonistica della consuetudine (*Il problema dell'animum communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*, Milano, Giuffrè, 1937) e di quella sulla efficacia dei nudi patti (cfr. *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *Annali della R. Università di Macerata*, XI (1937)).

⁽¹⁵⁾ Che sono: per Giacchi la prolusione maceratese su *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna* (1939), ora in *Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica*, cit.; per Fedele il *Programma per uno studio sullo spirito del diritto della Chiesa*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Perugia*, vol. I, Padova, Cedam 1938, e, soprattutto, il celeberrimo e discusso *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova, Cedam, 1941.

fase costruttiva proponendosi a fine quella che Giacchi chiama la « costruzione sistematica »⁽¹⁶⁾. È diverso però il materiale con cui l'edificazione viene operata.

Per Giacchi non sorgono dubbi su la « possibilità di usare... quel complesso di concetti e di principî generali che sono patrimonio della scienza giuridica moderna, e che si suole designare col termine un po' enfatico di 'dogmatica giuridica', giacché il canonista non può non essere portatore di una « educazione giuridica moderna »⁽¹⁷⁾.

Tutto l'opposto, e fermissimamente, secondo Fedele: lo spirito peculiare del diritto della Chiesa è tale da « premere sulla struttura di una serie di istituti, rapporti e fenomeni giuridici, costringendoli a piegarsi secondo determinati schemi corrispondenti alle esigenze supreme ed immutabili della società ecclesiale, ed a queste esigenze sacrificando la pura logica formale »; infatti, per lo studio del diritto canonico, bisogna « abdicare alla logica giuridica comune per ragionare con quella al tutto speciale dei canonisti, onde mettersi in condizione di sentire lo spirito del diritto della Chiesa tutto presente e vivo »; « il *periculum animae*, la *ratio peccati*, la visione ultraterrena della ricompensa eterna e dell'eterna punizione, la *utilitas* o la *necessitas Ecclesiae*, gli interessi gerarchici, le esigenze della organizzazione dell'ente Chiesa, il *favor cultus et religionis* », sono il complesso di peculiarità così tipiche e irripetibili da rendere assolutamente indebito e snaturante l'uso di strumenti dogmatici che non siano quelli messi a punto dalla tradizione canonica all'interno del bimillenario laboratorio degli stessi canonisti⁽¹⁸⁾. Fedele esaspererà una siffatta posizione metodologica nel suggestivo affresco del 1941, il 'Discorso generale sull'ordinamento canonico', che susciterà fra i canonisti tante discussioni, quasi sempre polemiche ma benefiche per una più vigile coscienza scientifica; qui il diritto canonico viene disegnato in tutta la sua irripetibilità: « non solo la distinzione di diritto pubblico e di diritto privato deve considerarsi estranea

⁽¹⁶⁾ GIACCHI, *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna*, cit., p. 75.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 75 e p. 80.

⁽¹⁸⁾ FEDELE, *Programma per uno studio sullo spirito del diritto della Chiesa*, cit., pp. 9 e 10.

all'ordinamento canonico, ma tutto il diritto della Chiesa deve considerarsi come pubblico » (19).

In questo gioco dialettico di posizioni frontalmente contrapposte si inserisce — all'incirca negli stessi anni — una terza voce autorevole, quella di Pietro Agostino D'Avack, la quale prende soprattutto la forma di alcuni esperimenti didattici né banali né semplicemente nozionali — i suoi 'corsi' fiorentini redatti a partire dal 1934 e assunti una linea compiuta nel 'Trattato' del 1943 (20) — e di alcuni saggi squisitamente metodologici (21).

Non sarebbe veridico imputare a D'Avack una posizione mediana fra Giacchi e Fedele, ma certamente la sua fu una terza voce perché improntata a una visione più complessa e, in quanto tale, più equilibrata. Il suo atteggiamento è infatti problematico: non si nasconde il grande bisogno di rinnovamento, ma identifica il possibile ricorso alla dogmatica laica come un problema, e capisce che può essere correttamente risolto soltanto con una adeguata fondazione epistemologica (22). E qui sorregge D'Avack il provvedutissimo scandaglio che Emilio Betti aveva da poco operato per proprio conto al fine di legittimare l'uso delle categorie giuridiche moderne nella valutazione e sistemazione delle storicamente lontane fonti romane (23). Sulle orme di Betti anche D'Avack sottolinea la storicità del soggetto conoscente (24) e adotta le conclusioni bettiane per la valutazione e sistemazione di quelle fonti ugualmente così lontane che sono le fonti canoniche.

D'accordo, dunque, sulla dogmatica secolare moderna anche nelle mani del canonista, però con una estrema cautela nel suo

(19) FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, cit., p. 113.

(20) P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico - Concetto, metodologia, fonti*, Firenze, Cya, 1943.

(21) P.A. D'AVACK, *Considerazioni sulla questione metodologica nello studio del diritto canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, LIV (1943), e *Considerazioni su alcune peculiarità dell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, V (1943).

(22) D'AVACK, *Trattato*, cit., p. 101.

(23) Il riferimento è soprattutto alla celebre prolusione milanese di Betti del 1927 (cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica giuridica odierna*, ora in *Diritto Metodo Ermeneutica - Scritti scelti*, Milano, Giuffrè, 1991).

(24) D'AVACK, *Trattato*, cit., p. 103.

impegno. Mi pare che, assai più di Giacchi, il Nostro punti su un filtro costante, su un costante atteggiamento di verifica da parte del canonista; più che per Giacchi, la dogmatica secolare ha un valore squisitamente comparativo; ed egli parla di strumenti concettuali e tecnici da fungere « come pietre di paragone », giacché si tratta pur sempre di un « raffronto tra le due dogmatiche giuridiche », giacché per l'ordinamento canonico « si viene ad operare in tal guisa una proiezione e trasposizione in esso di concetti e categorie di per sé estranei, creati per un'esperienza giuridica del tutto diversa » (25).

D'accordo, tuttavia, anche in una convinta valorizzazione delle 'statuizioni teologiche dogmatiche quali norme-basi dell'ordinamento', posto che la *Ecclesia deorsum*, « comunità terrena religiosa », è soltanto manifestazione temporale della *Ecclesia sursum*, « comunità invisibile, soprannaturale e spirituale, regno eterno di Cristo » (26); e d'accordo quindi con Fedele sulla centralità della *salus animarum* quale fine della Chiesa, però con la precisa consapevolezza che si corre il rischio di confondere teologia, morale, diritto e che la salvezza delle anime « non esaurisce affatto, almeno da un punto di vista tecnico, la giuridicità di ogni istituto » (27).

Come si può vedere, la posizione di D'Avack si risolve in un difficile contrappunto tra rispetto di indubbie peculiarità e arricchimenti dogmatici e metodologici: è procedendo su questo non agevole crinale che D'Avack porta a compimento negli anni Trenta alcune fondamentali ricerche in tema di *ius publicum ecclesiasticum* dove il ricorso alla liberante ipotesi pluriordinamentale di Romano sembra avere il ruolo di salvataggio scientifico per il canonista che ha finalmente aperto gli occhi su un paesaggio tanto arioso quanto fecondo (28).

Un clima, dunque, vivissimo quello canonistico degli anni Trenta: certi della fertilità del clima e persuasi che il coro dottrinale

(25) *Ibidem*, rispettivamente pp. 105, 106, 120.

(26) *Ibidem*, p. 135.

(27) *Ibidem*, p. 15.

(28) Ci riferiamo ai saggi: *Lo Stato della Città del Vaticano come figura giuridica di Stato ierocratico* (1936) e *Il rapporto giuridico fra lo Stato della Città del Vaticano, la Santa Sede e la Chiesa Cattolica* (1939), ora in *Vaticano e Santa Sede*, Bologna, Il Mulino, 1994, ma soprattutto all'ampio volume su *Chiesa S. Sede e Città del Vaticano nel jus publicum ecclesiasticum*, Firenze, Cya, 1937.

avrebbe dovuto aver come continuativo tangibile manifesto un foglio specifico — ben diverso dal vecchio ‘Diritto ecclesiastico’ segnato ormai da una valenza prevalentemente professionale ⁽²⁹⁾ nel 1938 D’Avack e Fedele pensano a una loro Rivista portatrice del rinnovamento scientifico che essi stavano vivendo da protagonisti ⁽³⁰⁾.

Lo ‘Archivio di diritto ecclesiastico’ — che sarà, poi, diretto dal solo Fedele — avrà vita breve cessando nel 1943 inghiottito dall’abisso in cui cominciava a precipitare l’Italia, ma è una di quelle che altra volta io ho chiamato Riviste-progetto, cioè non magazzini di cose sparse e slegate, ma consolidazioni di una politica culturale, fascicoli tutti sorretti da un nervo interiore che li unifica, ne amplifica la voce, la comunica ben al di là di un chiuso orticello disciplinare. Ancora oggi, quando io penso con ammirazione alle cinque annate susseguitesesi dal ’39 al ’43, le identifico in uno dei non molti modelli culturalmente incisivi che ha avuto la pubblicista giuridica italiana.

Se si dà uno sguardo al contenuto dello ‘Archivio’, emerge limpido il suo carattere di vessillo della rinnovazione canonistica italiana ⁽³¹⁾: continuano — e non a vuoto — gli approcci con i gravi problemi di metodo; si fanno insistenti le aperture verso la teoria generale del diritto ⁽³²⁾ e verso altre scienze giuridiche, si dibattono grossi problemi generali discussi nella dottrina italiana. Un solo esempio, ma illuminantissimo: nell’ultimo volume Fedele scrive su ‘La certezza del diritto e l’ordinamento canonico’. Il diritto canonico perde quel sapore di muffa e di stantìo consegnato nelle tradizionali

⁽²⁹⁾ ‘Il diritto ecclesiastico’ nel ’38-’39 era già vecchio di cinquanta anni essendo stato fondato nel 1890.

⁽³⁰⁾ Cfr. S. FERRARI, *Ancora sullo studio del diritto ecclesiastico italiano - Analisi di due riviste: l’Archivio di diritto ecclesiastico ed Il diritto concordatario*, in *Studi parmensi*, XIX (1977), nonché *Un carteggio ‘dimenticato’: Pietro Agostino D’Avack, Pio Fedele e le origini dell’Archivio di diritto ecclesiastico*, in *Ephemerides iuris canonici*, XLVI (1990), che reca anche tutti gli indici-sommari delle cinque annate della Rivista.

⁽³¹⁾ Con forti influenze anche sul dibattito canonistico fuori d’Italia, per esempio in Spagna, e, seppure in misura più ridotta, in Francia e in Belgio.

⁽³²⁾ Fedele recensisce nel primo volume la ‘Metodologia del diritto’ di Carnelutti e invita i canonisti a leggerla; nel terzo volume Ciprotti discute su ‘La Teoria generale del diritto di Carnelutti e il diritto canonico’.

figurazioni oleografiche, si inserisce nelle dispute più attuali e a largo raggio, entra in dialogo coi filosofi Lopez de Oñate e Capograssi, con Carnelutti e Calamandrei, sui temi pressanti della legalità e della certezza ⁽³³⁾. Il rinnovamento scientifico comincia a dare frutti corposi.

⁽³³⁾ Il dibattito trovava origine in un volume del filosofo del diritto Flavio Lopez de Oñate 'La certezza del diritto' apparso nel 1942.

II. SCRITTI DI TEORIA GENERALE

NOVITÀ E TRADIZIONE NEL DIRITTO SACRO (*)

(DALL'UNO ALL'ALTRO CODICE DI DIRITTO CANONICO)

1. Chi scrive queste note avvezzo al volto peculiare, definito e rigoroso del *Codex iuris canonici* del 1917, ancor più avvezzo per il suo mestiere di storico al messaggio del diritto canonico classico, non ha certamente avuto un moto di sorpresa sfogliando il nuovo *Codex* — la cui impostazione le *Communicationes* della Commissione preparatrice lasciavano largamente prevedere —, ma ha constatato, senza deplorabili turbamenti ma con fermissima convinzione, che una pagina della bimillenaria vita del diritto della Chiesa cattolica era stata con decisione e consapevolezza ormai irrimediabilmente voltata.

L'universo pastorale e concettuale del *Codex* del 1917 si mostra più vicino a quello del Decreto di Graziano — separato da esso da più di sette secoli di vita — di quanto il *Codex* del 1983 non lo sia dal precedente distante di appena sessantacinque anni.

Questo secondo Codice non è, come potrebbe in apparenza sembrare, un nuovo anello che semplicemente si aggiunge alla plurisecolare catena della legislazione canonica e della riflessione canonistica, un semplice segno dell'evolversi di un ordinamento e del suo aggiornarsi sul piano delle fonti. Questo Codice è, al contrario, intimamente e, vorremmo dire, naturalmente legato a una crocevia innovatore della vita della Chiesa: il Concilio ecumenico Vaticano Secondo; è di questa svolta il frutto caratteristico e ne è profondamente contrassegnato. Se si pone attenzione che il Vaticano Secondo non è, come il Vaticano Primo, unicamente un evento rilevante nella storia ecclesiastica e nella teologia dommatica, ma un

(*) Si pubblica qui il testo, debitamente riveduto, di una conferenza tenuta il 26 maggio 1983 presso lo 'Studio Teologico Fiorentino'.

ripensamento globale della ecclesiologia e della pastorale cattoliche per la salvezza di quel soggetto specifico che è l'uomo della seconda metà del secolo ventesimo, allora questo secondo Codice si manifesta a noi situato in un terreno storico segnato più dalla discontinuità che non dalla continuità verso il passato, o che almeno — al pari delle proposizioni conciliari di cui si nutre — ha larghi momenti di affrancazione dalle sedimentazioni tradizionali.

Su di un punto il *Codex* 1983 riafferma in pieno, senza una esitazione, il suo vincolo alla bimillenaria catena: ed è nella convinta scelta per il diritto. Su questo punto la società sacrale del ventesimo secolo ripete le scelte della tradizione cattolica di sempre, da Tertulliano al grande monumento del diritto canonico classico al Codice piano-benedettino del 1917. Scelte che nascono insieme dalla profonda convinzione che il diritto — dimensione ordinante del vivere sociale — è connaturato ad ogni società che viva nella storia, e dall'altrettanto profonda convinzione che è la storia — sia pure storia verso la salvezza — il terreno cui è vocato l'*homo viator* con le sue fragilità, le sue cadute, il suo procedere innanzi con la Chiesa ed entro la Chiesa. Viene a mente il discorso pieno e sicuro degli stessi Padri conciliari all'interno della Costituzione dogmatica 'Lumen Gentium': « fino a che non vi saranno nuovi cieli e terra nuova nei quali la giustizia ha la sua dimora, la Chiesa peregrinante, nei suoi sacramenti e nelle sue istituzioni, che appartengono, all'età presente, porta la figura fugace di questo mondo... » (1).

La Chiesa, che, per essere pienamente agape fraterna, ha ritenuto fin dall'assetto catacombale di costituirsi in *societas*, di organizzarsi, di usufruire di una *unitas disciplinae* (2), reca gelosamente nel suo cammino storico, accanto e insieme ai mezzi di santificazione, anche il fardello delle istituzioni, del suo ordinarsi in diritto. È significativo che sia lo stesso Pontefice a ribadire nell'anno di grazia 1983 questa scelta elementare, e lo fa ripetutamente e vivacemente con un riferimento palese anche se implicito sia alla grossolana

(1) *Costituzione dogmatica su la Chiesa (Lumen gentium)*, cap. VII, § 48.

(2) È chiaro il riferimento al passo famoso dello *Apologeticum* di Tertulliano (cap. XXXIX), nel quale il grande apologeta, già alla fine del secondo secolo d.C., dimostrava una sicura coscienza della Chiesa come ordinamento giuridico e nel quale si sottolineava appunto la « *unitas disciplinae* ».

identificazione nel diritto della *captivitas babylonica* della Chiesa operata con veemenza da Lutero che volle bruciato sulla pubblica piazza il *Corpus iuris canonici*, sia alle affermazioni frequenti in certa recentissima riflessione teologica cattolica d'Oltralpe, nella quale sono riecheggianti il fantasma d'una Chiesa costantiniana e la pseudo-verità d'un diritto quale segno appunto dell'asservimento costantiniano.

Giovanni Paolo II è su questo punto nettissimo, ed ha lo stesso timbro di voce di tutti i suoi predecessori. Già nella Costituzione Apostolica 'Sacrae disciplinae leges', con cui il 25 gennaio 1983 viene promulgato il *Codex*, lo stesso Codice è definito « pernecessarium instrumentum »⁽³⁾ e collocato nella sua inequivoca funzione: « ut talem gignat ordinem in ecclesiali societate, qui, praecipuas tribuens partes amoris, gratiae atque charismatibus, eodem tempore faciliorem reddat ordinatam eorum progressionem in vita sive ecclesialis societatis, sive etiam singulorum hominum... »⁽⁴⁾. Ancora più efficacemente, nella presentazione ufficiale del 3 febbraio, il Pontefice pone esplicitamente il problema de « il diritto nella Chiesa », per rispondere con voce chiara e sonora sulla ineliminabilità della dimensione giuridica della Chiesa, sulla congenialità dello strumento diritto alla missione salvifica della società sacra⁽⁵⁾.

Se questa è una consonanza aperta con le antiche certezze della Chiesa medievale e post-medievale, lo storico, proprio in forza della sua osservazione comparativa, non può non cogliere le novità strutturali — basilari e architettoniche — del Codice giovanneo⁽⁶⁾, puntualizzando subito che sono in queste novità i suoi tratti caratterizzanti. La loro ragione è stata già sottolineata ma vale la pena di ripeterla perché è la chiave di comprensione dell'intero complesso

(3) Del *Codex iuris canonici auctoritate Ioannis Pauli P.P. II promulgatus* si utilizza l'edizione ufficiale latina della Libreria Editrice Vaticana. Il testo citato della Costituzione 'Sacrae disciplinae leges' è a p. XI.

(4) *Ibidem*.

(5) Cfr. *Discorso di Sua Santità Giovanni Paolo II, in Promulgazione e presentazione ufficiale del Codice di diritto canonico*, Città del Vaticano, 1983 (a cura della *Pontificia Commissio Codicis iuris canonici recognoscendo*), p. 32 ss.

(6) La qualifica ci sembra appropriata all'attuale Codice di diritto canonico, il cui primo progetto è annunciato da Giovanni XXIII e la cui realizzazione si effettua sotto Giovanni Paolo II.

legislativo: la sua dipendenza da un Concilio così impegnativo quale il Vaticano II, la sua connessione con una revisione teologica tanto incisiva come quella contenuta negli Atti conciliari. Non dimentichiamoci che Concilio e rinnovo della codificazione nascono all'insegna della stessa esperienza pastorale, e non a caso il primo auspicio concreto della seconda è contestuale all'annuncio solenne del primo in quel giorno non dimenticabile del 25 gennaio 1959.

Il nuovo Codice presuppone storicamente, logicamente, moralmente il Concilio, trova in esso la sua giustificazione, è la traduzione in termini giuridici di buona parte dei valori conciliari. Diremmo di più: i lavori preparatori del *Codex* più che nelle travagliate carte della Commissione per la revisione, sono racchiusi negli Atti conciliari, che fungono ormai da indispensabile strumento interpretativo; e male farebbe quel futuro giurista che pretendesse di analizzare correttamente il Codice prescindendo dal lavoro teologico conciliare. Anche questa volta è Giovanni Paolo II a ricordarcelo nelle pagine chiarificatrici della costituzione 'Sacrae disciplinae leges': i canoni sono permeati dallo « afflatus huius concilii », portano impressa la dottrina ecclesiologicala del Vaticano II e debbono pertanto essere sempre verificati a quella « imago Ecclesiae » (7).

Sotto questo profilo il Codice è profondamente datato: se ogni forma giuridica è espressione dell'ambiente storico che l'ha prodotta, ciò è macroscopicamente vero per il Codice dell'83, che segnala anche in ciò la sua diversità dalla codificazione precedente.

Questa — quella cioè del 1917 — si presenta all'osservatore come il frutto genuino di otto secoli di riflessione canonistica, e, se un Concilio può remotamente assumersi quale suo presupposto, questo, più che il Vaticano I del 1870, è la grande sistemazione tridentina del secolo XVI. Otto secoli di analisi non ultimi e non inefficaci i secoli delle sistemazioni razionalistiche post-tridentine, sembravano decantarsi nei canoni del piano-benedettino, nelle sue coerenze architettoniche, nel suo rigore concettuale, nella sua scarnità di dettato, ma soprattutto nella consapevole separazione tra fatto teologico e proposizione giuridica, che conduceva a una sorta di dottrina pura del diritto canonico completamente liberata da

(7) Cost. Apost. 'Sacrae disciplinae leges', cit., pp. IX e XI.

zavorre metagiuridiche. Il Codice del 1917 è il Codice della tradizione canonistica, è una legislazione posta al termine di un gigantesco imbuto storico a raccoglierne il messaggio nelle forme moderne d'un codice. L'unico tributo che Gasparri e i suoi collaboratori porgono al presente è quella scelta per il Codice, che sembrava attestare la Chiesa cattolica sulle stesse posizioni dei più evoluti ordinamenti laici; per quanto attiene ai contenuti nella rete del Codice stagnavano antiche certezze e radicate convinzioni. In quei canoni era il passato, un grande e luminoso passato scientifico, che assumeva immagine più definita.

Nel Codice 1983 il presupposto vicinissimo e condizionante del Vaticano II taglia molti dei cordoni ombelicali con il passato, mentre il tradizionale impianto canonistico viene *funditus* ripensato, risolto e talora stravolto. Ripetiamo che sono, a nostro avviso, maggiori i segni di un cammino nuovo al suo inizio che non le tracce di un percorso già fatto. La discontinuità vince sulla continuità per la elementare ragione che il Codice è costruito su di una antropologia e su di una ecclesiologia quali affiorano alla coscienza religiosa di questo nostro maturo Novecento.

Certo, non pochi dei materiali della vecchia legislazione sono utilizzati nella nuova, ma sempre e soltanto entro una architettura che ne soffoca la voce originaria o ne muta il primigenio significato. È per questo che ci appare come uno stilema o addirittura come un'affermazione retorica quella « notam fidelitatis in novitate et novitatis in fidelitate » che Giovanni Paolo II vuole riscontrare nel Codice quasi per tranquillizzare il lettore provocato dagli insistenti richiami alla *ratio novitatis* (8).

E nuovo il Codice è strutturalmente: consolidatosi nel momento in cui cadevano le proposte e le convinzioni di una 'Lex Ecclesiae Fundamentalìs', si è necessariamente proposto quale singolare connubio di Codice e di Costituzione; allo stesso tempo, sia per questo carattere voluto dal legislatore, sia per l'incandescenza del momento, le nozioni teologiche vi circolano senza filtrazione, mentre un respiro autenticamente teologico pervade i canoni; il linguaggio stesso depone il decantato vocabolario tecnico dei giuristi collaudato dalla

(8) *Ibidem*, p. XXI.

pratica secolare delle scuole e dei tribunali per far posto a neologismi di sapore squisitamente teologico e pastorale più vicini al latino del Folengo che non a quello di Tacito. Il lavoro compilatorio è stato frettoloso e tormentato nella rissa palese fra scuole e correnti e il giurista, colpito a fondo nel suo naturale misoneismo ma soprattutto nella sua esigenza di un rigoroso specifico occhiale sul mondo esterno, ne resta sgomento: contraddizioni, incoerenze, ambiguità costellano un approccio normativo troppo spesso stemperato nel vago linguaggio teologico, troppo spesso consistente in proposizione teologica incastonata nel sistema del diritto senza alcun tentativo di renderla a questo coerente. E, sempre, la costante osmosi fra diritto e teologia, fra dimensione semplicemente pastorale e dimensione giuridica.

Ne scaturisce forse una condanna della Codificazione? No certo, soprattutto perché un simile compito non è il nostro. Si convalida invece ancora una volta il giudizio sulla acuta storicità di questo sistema normativo, legato per le sue scelte pastorali al presente e all'immediato futuro, recante in sé un carattere implicitamente transitorio. Abbandonato l'alveo rigido ma sicuro delle lente sedimentazioni giuridiche, il legislatore canonico ha imboccato la strada del transitorio; ha ceduto cioè alla necessità di rispondere subito all'esigenza di una nuova norma — problema che era senza dubbio impellente e improrogabile —, e l'ha fatto con la costruzione di un testo che si segnala per la sua intima provvisorietà, che sembra prevedere e invocare una non lontana e più meditata riorganizzazione.

Del resto, che il legislatore fosse carico di incertezze e non se la sentisse di immergersi in una analisi minuta delle singole fattispecie, lo dimostra il carattere generale dato al *Codex*, che somiglia per molti versi a ciò che noi chiamiamo 'legge cornice', un quadro di politica del diritto disponibile a futuri apporti, più un *ordo Ecclesiae* che un Codice nella immagine a noi consueta. Il che risponde senza dubbio a una scelta politica, ma tradisce anche la consapevolezza della instabilità dell'attuale territorio giuridico canonistico.

2. Fin dalla intelaiatura sistematica si esalta la fondazione originale della attuale codificazione. La sua ossatura, più articolata

(si divide in sette libri rispetto ai cinque del Codice del '17), segnala una diversa e peculiarissima fonte di ispirazione.

Il sistema entro cui Gasparri e i suoi avevano immesso il complesso normativo era ancora la tripartizione di stampo romanistico 'de personis' - 'de rebus' - 'de processibus' cara alla canonistica classica, una tripartizione che rivelava la sua inadeguatezza particolarmente nel libro II 'de rebus', nel quale erano state costrette le trattazioni sui sacramenti, sul culto divino, sul magistero ecclesiastico insieme alla materia beneficiaria.

Il nuovo Codice si svincola completamente da questo antico legame culturale, ed esprime in pieno la *imago Ecclesiae* rinverdità dal Concilio. Ecco la sua articolazione appunto in sette libri: 'de normis generalibus'; 'de populo Dei'; 'de Ecclesia munere docendi'; 'de Ecclesia munere sanctificandi'; 'de bonis Ecclesia temporalibus'; 'de sanctionibus in Ecclesiae'; 'de processibus'. È la traduzione in architettura giuridica della dottrina conciliare dei *tria munera*, con un libro III dedicato al *munus docendi*, un IV al *munus sanctificandi*, mentre del *munus regendi*, certamente meno sottolineato degli altri due sul piano sistematico, si parla nella *pars secunda* del libro II trattante 'de Ecclesia constitutione hierarchica'.

Munus con le sue emergenti venature di dovere e di responsabilità, è termine, e nozione, centrale nella nuova legislazione così come lo era stato nella ecclesiologia del Vaticano II. La vecchia *imago Ecclesiae*, il cui tessuto di *societas inaequalis* si risolveva e si scandiva in maniera caratterizzante nello schema autoritativo della *potestas*, cede a una visione che di quel tessuto tende a cogliere le orditure unificanti piuttosto delle cesure, che mira a disincagliare il potere dalle secche dell'autorità individuale per ricollocarlo nel grembo della comunità, nella quale soltanto si giustifica moralmente e socialmente.

Già con queste parole siamo al cuore del nuovo Codice, al suo volto tipico, che si è già svelato da una nozione dominante appieno il libro II 'de populo Dei' e con la quale si apre (*pars* I: 'de christifidelibus' quasi a sottolinearne la estrema rilevanza): quella di *christifidelis*.

Christifideles sono i battezzati, costituiti in popolo di Dio e resi in qualche modo partecipi del sacerdozio regale e profetico del Cristo (can. 204) e chiunque si accorge che non è certamente

nozione nuova. Nuova, clamorosamente nuova, è la sua traduzione in termini giuridicamente assai intensi.

Quello che preme sottolineare all'attenzione del non-canonista è che si tratta di una nozione squisitamente unificante, che tende ad accomunare all'insegna della stessa *fides* chierici e laici, e il can. 208 si gloria di mettere in evidenza una « vera ... quoad dignitatem et actionem aequalitas » nella edificazione della Chiesa come *corpus Christi*, sia pure « secundum propriam cuiusque condicionem et munus ».

È il crollo di una *societas inaequalis*, quale ci è rappresentata esemplarmente dal Codice del 1917, imperniata sul rigido discrimine fra chierici e laici? Una risposta affermativa sarebbe frettolosa ed indebita, sia perché « la diversità delle membra » nel corpo della Chiesa ⁽⁹⁾ è senza dubbio principio del diritto divino e come tale intangibile, sia perché lo stesso Codice giovanneo non autorizza una simile conclusione ⁽¹⁰⁾.

Un dato è invece evidente: si insiste più sulle identità e sulle comunanze che sulle diversità e si pone al centro della Chiesa, anche della Chiesa giuridica, della Chiesa istituzione, la colonna portante di questo generico cittadino della città sacra contrassegnato né dalla clericità né dalla laicità ma soltanto dalla fede nel Cristo e nella salvezza in grazia di Lui. Clericità e laicità vengono dopo. La Chiesa ha innanzitutto bisogno di questa fondazione unitaria — il popolo di Dio —, unitaria perché costruita sull'unicità della fede, sulla unicità dello strumento sacramentale del Battesimo. Poi, dall'unico tronco si renderanno necessarie diramazioni e diversificazioni, ma nasceranno da questa solida base unica, garanzia della unità di tutta la costruzione ecclesiale.

La nozione di *christifidelis* come concreta figura della soggettività giuridica, nozione giuridica essa stessa e perno della costruzione giuridica del *populus Dei*, sposta tutto l'equilibrio della codificazione dalla *inaequalitas* alla *aequalitas*. La Chiesa avrà al suo interno — e non potrà non avere — disuguaglianze anche marcate, ma non su queste si fonderà, la sua immagine più autentica; che è ormai, nel

⁽⁹⁾ *Discorso di Sua Santità Giovanni Paolo II*; cit., p. 35.

⁽¹⁰⁾ Si veda il fondamentale can. 274 § 1: « Soli clerici obtinere possunt officia ad quorum exercitium requiritur potestas ordinis aut potestas regiminis ecclesiastici ».

nuovo diritto sacro, consegnata a una piattaforma uguale senza gradini, rigorosamente uguale perché fondata sull'*una fides*.

Il rilievo di tutta questa operazione sta nell'aver fatto assurgere lo stato di *christifidelis* a posizione giuridica qualificatissima, di avere effettuato fino in fondo la sua traduzione sul terreno specifico del terreno. E le conseguenze si vedono: da esso discendono un numero folto e precisato di *iura*, che i canoni 211 e seguenti elencano minuziosamente, diritti fondamentali adeguatamente garantiti e tutelati che non si rifanno allo stato di chierico o di laico ma soltanto allo stato generico di membro del popolo di Dio. E circola del *christifidelis* — come, di lì a poco, della sua specificizzazione, il laico — una visione estremamente rispettosa e garantistica.

Un garantismo che potrebbe sembrare aver superato definitivamente la vecchia e insana disputa, che aveva tanto agitato i canonisti intorno agli anni Cinquanta, sulla esistenza di diritti soggettivi all'interno dell'ordinamento della Chiesa. Anche se i titoli II e III del libro II mostrano con evidenza l'imitazione servile delle pretese conquiste degli ordinamenti laici e recano una impronta marcatamente garantistica; anche se appare oggi difficilmente negabile l'esistenza nella Chiesa di situazioni del fedele munite ormai di piena, diretta, immediata tutela, noi crediamo che sia doveroso nel canonista cautela somma nell'adoperare all'interno di quell'*unicum* che è la Chiesa-istituzione strumenti tecnici propri degli ordinamenti laici, cautela non disgiunta da una consapevole diffidenza verso schemi interpretativi nati all'insegna dell'individualismo sette-ottocentesco. Del resto, una interpretazione, in chiave puramente individualistica degli *iura* del *christifidelis* sarebbe prontamente smentita dal can. 223 che chiude e suggella il titolo I 'de omnium christifidelium obligationibus al *bonum commune Ecclesiae* ⁽¹¹⁾. La vecchia impronta comunitaria, che, sotto l'impero del Codice del 1917 — che era l'impero della tradizione canonistica — aveva fatto parlare al Fedele del diritto canonico come di un diritto a dimen-

(11) Can. 223 § 1: « In iuribus suis exercendis christifideles tum singuli tum in consociationibus adunati rationem habere debent boni communis Ecclesiae necnon iurium aliorum atque suorum erga alios officiorum »; § 2: Ecclesiasticae auctoritatis competit, intuitu boni communis, exercitium iurium, quae christifidelibus sunt propria, moderari ».

sione essenzialmente pubblicistica, non è smentita — né potrebbe esserlo — da questo nuovo sistema legislativo, in cui pur affiorano evidenti affermazioni garantistiche e in cui si sottolinea la subordinazione al *bonum commune* del semplice *exercitium iuris*.

Una conclusione è però ferma: ieri si poteva paradossalmente insegnare che nella Chiesa di un solo diritto era in grado di vantarsi il fedele, quello alla salvezza eterna; ora, la sua vita nella comunità sociale è accompagnata da specifici *iura*, che il legislatore ha voluto accuratamente descrivere.

Novità sostanziali anche nella delineazione della figura del *christifidelis* laico. Il vecchio oggetto passivo delle cure e dell'impegno di un ceto sacerdotale si è visto proiettato a un diverso e più alto livello. Dietro il Concilio, il *Codex* ha giuridicamente registrato la sua promozione a un ruolo eminentemente attivo.

Anche se l'ordine temporale resta per il laico il territorio tipico allo sviluppo della sua vocazione, si sancisce esplicitamente la possibilità di assumere da parte sua uffici ecclesiastici ⁽¹²⁾, svolgere funzioni ausiliarie dei pastori come perito e consigliere ⁽¹³⁾; supplire alla deficienza di sacerdoti nel ministero della parola, nella guida delle preghiere liturgiche, nel conferimento del battesimo e nella distribuzione dell'Eucarestia ⁽¹⁴⁾.

Ciò che, prima, nel vecchio diritto, era consentito a titolo eccezionale, subisce una dilatazione, viene generalizzato. Quel che tuttavia più colpisce è la presenza dei laici nel cuore della Chiesa particolare, nel Consiglio pastorale ⁽¹⁵⁾, o addirittura la possibilità

⁽¹²⁾ Can. 228 § 1: « Laici qui idonei reperiantur, sunt habiles ut a sacris Pastoribus ad illa official ecclesiastica et munera assumantur, quibus ipsi secundum iuris praescripta fungi valeant ».

⁽¹³⁾ Can. 228 § 2: « Laici debita scientia, prudentia et honestate praestantes, habiles sunt tamquam periti aut consiliarii, etiam in consiliis, ad normam iuris, ad Ecclesia Pastoribus adiutorium praebendum ».

⁽¹⁴⁾ Can. 230 § 3: « Ubi Ecclesia necessitas id suadeat, deficientibus ministris, possunt etiam laici, etsi non sint lectores vel acolythi, quaedam eorum officia supplere, videlicet ministerium verbi exercere, precibus liturgicis praeesse, baptismum conferre atque sacram Communionem distribuere, iuxta iuris praescripta ».

⁽¹⁵⁾ Can. 512 § 1: « Consilium pastorale constat christifidelibus qui in plena communione sint cum Ecclesia catholica, tum clericis, tum membris institutorum vitae consecratae, tum praesertim laicis... ».

espressamente prevista dal can. 1112 di fungere, in assenza di sacerdoti e diaconi, quali testi qualificati nei matrimoni ⁽¹⁶⁾, o quella segnalata dal can. 1421 della assunzione di funzioni e responsabilità giudiziali nei tribunali diocesani ⁽¹⁷⁾.

Il salto fra passato e presente è qui particolarmente appariscente: nel 1983 si sono operate scelte impensabili per un sistema quale quello del 1917 fondato sul monopolio potestativo del ceto sacerdotale. Il Codice attuale tende alla realizzazione di un limitato pluralismo nella Chiesa: immagine convalidata dalla lettura spassionata di quei canoni che stimolano soprattutto i laici alla formazione di consociazioni spontanee e che mostrano di voler compiutamente valorizzare nell'organismo-Chiesa anche forze in qualche modo autonome da una rigida dipendenza dalla gerarchia ⁽¹⁸⁾. Questa crediamo possa essere anche una corretta chiave di lettura della nuova redazione del titolo 'de consuetudine' ⁽¹⁹⁾.

Ma una visione rinnovata investe la stessa figurazione della costituzione gerarchica. La *sacra hierarchia* della tradizione si proponeva come una piramide di soggetti investiti di potestà, soggetti il più possibile pensati nella loro solitudine, solitari perché detentori di un potere che li poneva al di sopra della Chiesa universale (come il Romano Pontefice), al di sopra della Chiesa particolare (come il Vescovo), al di sopra della comunità parrocchiale (come il Parroco). Era il primato del soggettivo, e il potere contribuiva ad esaltarlo.

Una visione maggiormente oggettiva del potere o, per meglio dire, una visione del potere come *munus* che ne scopre le venature di dovere e di responsabilità e lo concepisce necessariamente inserito nella comunità cui il potere è destinato come servizio, circola nel nuovo Codice. Ed è palese lo spostamento dell'attenzione del legislatore come or ora dicevamo, dal profilo meramente soggettivo a uno prevalentemente oggettivo. E giustamente più che sul Vescovo

⁽¹⁶⁾ Can. 1112 § 1: « Ubi desunt sacerdotes et diaconi, potest Episcopus dioecesanus, praeviso voto favorabili Episcoporum conferentiae et obtenta licentia Sanctae Sedis, delegare laicos, qui matrimoniis assistant ».

⁽¹⁷⁾ Can. 1421 § 2: « Episcoporum conferentia permittere potest ut etiam laici iudices constituantur, e quibus, suadente necessitate, unus assumi potest ad collegium efformandum ».

⁽¹⁸⁾ Vedi soprattutto il can. 321 e ss.

⁽¹⁹⁾ Vedi *liber I, titulus II*.

il discorso è incentrato sulla Chiesa particolare, più che sul parroco sulla parrocchia, mentre lo stesso Pontefice Romano — personalità per sua natura sovrastante e quindi solitaria — è sempre pensato intimamente connesso al Collegio episcopale.

Il potere e l'investito del potere sono impensabili astratti da quel contesto oggettivo, cioè comunitario, che funge ormai da giustificazione.

3. L'accento qui fatto invita al tema — fondamentale nell'età postconciliare — delle collegialità. Il Codice dell'83 è costruito su questa dimensione obiettiva: la grande *communio* cattolica, le specifiche *communiones* delle Chiese particolari. Se indiscusso è il primato pontificio ⁽²⁰⁾ — e non potrebbe non esserlo — tutto nel Codice parla di collegialità, e ha ragione Giovanni Paolo II, quando ripetutamente, forse anche con monotonia, accenna nella Costituzione promulgatrice al complesso legislativo come « *fructus collegialis cooperationis* » ⁽²¹⁾ dominato da una precisa « *nota collegialitatis* » ⁽²²⁾.

La comparazione fra le due costituzioni promulgatrici la 'Sacrae disciplinae leges' di Giovanni Paolo II e la 'Providentissima mater Ecclesia' di Benedetto XV è estremamente istruttiva: senza dubbio, nel momento della preparazione, vi fu anche allora un largo movimento istruttorio che coinvolse l'intera Chiesa universale, ma la codificazione rimase frutto geloso dell'autorità centrale, essendo stati i Vescovi chiamati soltanto a *consulere*, a esprimere *animadversiones* ⁽²³⁾.

Per la formazione della legge nuova i Vescovi hanno assunto una indiscussa pienezza collaborativa, e si riconosce oggettivamente una loro « *socia opera* », una « *collegialis sollicitudo* », una « *collegialis cooperatio* » ⁽²⁴⁾. È la nuova ecclesiologia a pretenderlo, e il Codice stesso si svela come una complessa realtà corale.

⁽²⁰⁾ Il can. 330, la cui dizione generica può anche risultare ambigua, va letto e interpretato alla luce dei canoni seguenti, che chiariscono i rapporti fra Romano Pontefice e Collegio episcopale secondo le linee della 'Lumen gentium'.

⁽²¹⁾ Cost. Apost. 'Sacrae disciplinae leges', cit., p. X.

⁽²²⁾ *Ibidem*, p. VIII.

⁽²³⁾ Sono i termini usati dalla stessa Cost. 'Providentissima mater Ecclesia'.

⁽²⁴⁾ Cost. Apost. 'Sacrae disciplinae leges', cit., p. IX e X.

L'organismo ecclesiale, anche nella sua traduzione giuridico-istituzionale, non è più edificio monolitico; è, al contrario, percorso da una vitalità diffusa che si incarna in entità specifiche dotate di autonomia: le « Ecclesia particulares in quibus et ex quibus una et unica Ecclesia catholica consistit »⁽²⁵⁾. E si parla correttamente di « corpus Ecclesiarum », di « communio Ecclesiarum », rivelando che una nuova visione dell'istituzione-Chiesa si è maturata e che, dapprima nell'attenzione della riflessione teologica e successivamente nella legislazione canonica, uno spostamento essenziale si è verificato. La Chiesa non appare più un organismo compatto privo di dialettica interna, ma una costruzione complessa percorsa da una perenne dialettica fra universale e particolare.

Questo rivolgimento ecclesiologico, che ha permesso il ritorno ai meccanismi pluralistici del primo Medioevo, si risolve, nell'economia del nuovo Codice, nel riconoscimento — all'interno di una affermata unità disciplinare — di ampie autonomie concesse agli episcopati nazionali e regionali. Il legislatore canonico, pago di tessere un'orditura generale, lucidamente restio a dedicarsi a colmare ogni vuoto, lascia ai Vescovi e alle Conferenze episcopali un largo spazio di azione. Ciò è proprio ad ogni 'legge-cornice' ciò tuttavia è particolarmente coerente alla politica che sorregge questo sistema normativo.

Più di ogni legislatore laico quello canonico è condizionato nelle sue scelte dalla natura peculiarissima della norma canonica. Regolatrice di rapporti sociali, essa non può mai deporre, a pena di essere una mostruosa aberrazione, il suo carattere strumentale, tesa a un fine assoluto metasociale e metagiuridico — la *salus animarum* — al quale interamente si piega; l'astrattezza tipica alla legge civile le ripugna sommamente. Regolatrice di un ordinamento a proiezione universale e perciò destinata a luoghi, costumi, situazioni le più diverse, essa soffre al massimo grado della rigidità. Due grosse e serie ragioni che ritardarono, nel secolo scorso, l'avvio a una codificazione canonica e che furono alla base delle perplessità e delle acri avversioni che sul progetto codificatorio si svilupparono.

Si scelse allora la strada della codificazione generale senza

(25) Vedi can. 368.

indulgenze per norme particolari a proiezione locale e senza rinvii ad autorità ecclesiastiche locali (i tempi non lo consentivano) e si restò paghi di quel principio costituzionale non scritto ma perenne e solidissimo della elasticità della norma canonica come strumento principe per il giudice e per il *superior* ecclesiastico onde garantire l'adesione della legge alle esigenze mutevoli del concreto. Il principio superiore della *aequitas* canonica, spinto al proprio estremo nell'istituto tutto canonico della *tolerantia* ⁽²⁶⁾, fu la grande legge non scritta del Codice del 1917 e fu ritenuta bastevole a salvaguardare l'esigenza di una sostanziale universalità e di una autentica giustizia.

Anche a una prima lettura del Codice nuovo risulta invece chiara la diversa politica legislativa. Su sollecitazione di una ecclesiologia valorizzatrice della Chiesa locale, si fa perno su di essa come fonte produttrice di autonome norme giuridiche entro il programma e le linee fissate dall'*ordo* unificatore del *Codex*; si risolvono con una normazione particolare le esigenze concrete di universalità e di giustizia.

Alla scelta sensatissima di una norma unica elasticamente variabile a seconda dei tempi e dei luoghi, dei soggetti e delle situazioni, che aveva ottanta anni fa suscitato la dichiarata ammirazione di Francesco Ruffini — scelta che il Codice non aveva sostanzialmente stravolto — se ne sostituisce oggi un'altra e di estremo rilievo per connotare la attuale politica del diritto della Chiesa cattolica: non più le variazioni sullo stesso tema, ma tanti vuoti nella norma unica copribili da interventi vari e diversi delle Chiese particolari.

È un'inversione di tendenza? O, peggio ancora, si tratta di un ripensamento culturale e tecnico sulla qualità stessa della norma canonica? Non sarebbe corretto affermarlo, dal momento che il principio dell'equità canonica appartiene al diritto divino, e non può non permeare di sé anche il nuovo Codice, ma è certamente corretto

⁽²⁶⁾ Soltanto per il non canonista precisiamo che il termine 'tolerantia' è assunto qui in una sua pregnanza squisitamente tecnico-giuridica e sta a indicare il comportamento elusivo di un superiore ecclesiastico di fronte a un illecito nella previsione di un eccessivo costo per l'ordinamento derivante dalla puntuale osservanza della norma. Esempio tipico di *relaxatio legis* in nome di un principio di elasticità conseguente al carattere tutto strumentale della legge canonica.

sostenere che il legislatore dell'83 ha preferito un formale — e non soltanto sostanziale — pluralismo, una pluralità formale di fonti come garanzia di effettiva universalità. A questo lo hanno spinto probabilmente la contemplazione di una universalità non più potenziale ma concreta e una articolazione ormai capillare della organizzazione ecclesiastica sempre più facente capo a valori, energie, culture locali.

Certo è che, anche su questo punto, la pagina è stata bruscamente voltata. Basti constatare la rilevanza anche sistematica che la *Ecclesia particularis* ha nell'economia della *pars II* del *liber II*. Basti far mente ai tanti rinvii che il Codice opera verso futuri interventi dei Vescovi e delle Conferenze episcopali. Nel solo campo matrimoniale — che prendiamo qui a mo' d'esempio — si segnalano almeno la delega del can. 1078 all'*ordinarius loci* per la dispensa da tutti gli impedimenti di diritto ecclesiastico (materia ieri riservata alla Sede Apostolica) ⁽²⁷⁾, il potere assegnato dal can. 1083 alle conferenze episcopali in ordine ad « aetatem superiorem ad licitam matrimonii celebrationem statuere » ⁽²⁸⁾, o il già ricordato esempio del can. 1112, che conferisce ai Vescovi, previo voto favorevole della conferenza episcopale, e dietro *licentia* della Santa Sede, il potere di delegare, in determinate circostanze, dei laici « qui matrimonii assistant » ⁽²⁹⁾.

Il lettore può rendersi conto già da quanto sommariamente accennato della distanza che separa il primo e il secondo Codice. Non si tratta di un aggiornamento, ma di un nuovo volto alla luce di profondi ripensamenti ecclesiologicali e pastorali. Se il tempo lo consentisse e se potessimo continuare in un esame analitico, vieppiù ce ne convinceremmo.

Abbiamo insistito più sulla discontinuità che sulla continuità, anche se non è sicuramente trascurabile il patrimonio della tradizio-

⁽²⁷⁾ Can. 1078 § 1: « Ordinarius loci proprios subditos ubique commorantes et omnes in proprio territorio actu degentes ab omnibus impedimentis iuris ecclesiastici dispensare potest, exceptis iis, quorum dispensatio Sedi Apostolicae reservatur ».

⁽²⁸⁾ Can. 1083 § 1: « Vir ante decimum sextum aetatis annum completum, mulier ante decimum quartum item completum matrimonium validum inire non possunt »; § 2: « Integrum est Episcoporum conferentiae aetatem superiorem ad licitam matrimonii celebrationem statuere ».

⁽²⁹⁾ Il canone è trascritto più sopra.

ne canonistica che il Codice accoglie. E l'abbiam fatto non per stravolgere una realtà senz'altro assai complessa, quanto per individuare il messaggio peculiare di questo atto normativo. Il vecchio e il nuovo in esso certamente si fondono, ma la qualità del nuovo è di tale rilevanza da porre in discussione molto del vecchio assetto strutturale del Codice piano-benedettino.

Sarebbe ingenuo credere che, per la prima volta nella sua storia, la Chiesa abbia scelto una strada di radicale innovazione e perciò di rottura con il passato. Un esame pacato del libro I 'de normis generalibus' confermerebbe esattamente il contrario, ma non è alle *normae generales* che viene affidato il volto caratterizzante del sistema. Questo volto contrassegnato da scelte 'politiche' e 'costituzionali' è consegnato nel libro II 'de populo Dei', sul quale abbiamo infatti creduto di attardarci trascurando settori e istituti anche di grandissimo rilievo tecnico-giuridico. E lì dove il *Codex* si manifesta come *lex fundamentalis* e dove può essere carpito e compreso il progetto giuridico della Chiesa cattolica in questo travagliato momento storico.

AEQUITAS CANONICA (*)

1. Equità canonica: esigenza, oggi, di un ripensamento. — 2. Diritto canonico e *salus aeterna animarum*: equità canonica e strumentalità delle regole giuridiche. — 3. Specificità e tipicità dell'*aequitas canonica* rispetto alle diverse manifestazioni equitative. — 4. Equità canonica, codice canonico e diritto divino. — 5. La triplice funzione della *aequitas canonica*. — 6. Il diritto canonico come esperienza e ordinamento.

1. *Equità canonica: esigenza, oggi, di un ripensamento.*

Il tema di questa relazione — l'equità canonica — non si deve a una proposta o a una scelta di chi vi parla; ma certamente di scelta felicissima si tratta.

Aggiungo: di scelta felicissima oggi, quando abbiamo già alle spalle un quindicennio di vita dell'attuale codice di diritto canonico e in cui ci si interroga sempre più pressantemente sul ruolo della giurisprudenza nell'ordinamento giuridico della Chiesa. Aggiungo ancora; oggi, quando, accanto a una crescita di consapevolezza scientifica, continuano tuttavia ad accumularsi equivoci e fraintendimenti, e anche luoghi comuni tralattivamente ricevuti e accettati, su un tema apicale ma delicatissimo, necessariamente plastico e per ciò stesso suscettibile di interpretazioni diverse.

Un invito autorevole a ripensare il problema è addirittura di questi giorni, e risale al 17 gennaio scorso, quando l'attuale Pontefice, nella sua allocuzione agli Officiali e agli Avvocati del Tribunale della Rota Romana, richiamava fermamente l'attenzione dei suoi ascoltatori « sulla necessità che nessuna norma processuale, mera-

(*) Relazione letta, il 7 maggio 1998, in occasione del *dies annualis* del Tribunale Ecclesiastico Regionale Etrusco. L'autore tiene a ringraziare l'amico prof. Carlo Fantappiè, dalla cui competenza nella storia del diritto canonico sono venuti aiuti e suggerimenti preziosi.

mente formale, debba rappresentare un ostacolo alla soluzione in carità ed equità », sottolineando — rivolto specificamente ai giudici — la condanna « di uno stato di inerzia intellettuale, per cui della persona oggetto dei vostri giudicati si abbia una concezione avulsa dalla realtà storica ed antropologica », richiamo sostanziale all'equità canonica — lo vedremo tra breve — anche se di essa non v'è espressa menzione ⁽¹⁾.

Una riflessione conclusiva non sarà pertanto inutile proprio in questa accreditatissima sede giudiziaria, anche perché qui io tenterò — da giurista qual sono — un recupero tutto giuridico della *aequitas canonica*, nello sforzo di superare quei moralismi e quei pietismi che hanno talvolta stemperato la sua enorme rilevanza al cuore stesso dell'ordinamento giuridico della Chiesa, facendone qualcosa di ambiguo fra diritto e morale e deformando in tal modo inevitabilmente il volto tipico di quello che non esito a ritenere il più cospicuo frutto storico dello *ius Ecclesiae* nel suo itinerario ormai pressoché bimilenario ⁽²⁾.

Ho detto: al cuore dell'ordinamento giuridico della Chiesa, ed è indubitatamente vero. Solo collocandola al centro del diritto canonico si rispetta la scelta di fondo che esso afferma e ci si pone sulla strada giusta per carpirne il « segreto », per comprenderne le irripetibili peculiarità. Solo con questa doverosa collocazione si può sottrarre il diritto canonico alle facili e ingenerose accuse che da

⁽¹⁾ Vedi il testo riportato nell'*Osservatore romano* dello stesso giorno.

⁽²⁾ La riflessione più puntuale, quella che maggiormente ha contribuito a disegnare su di un rigoroso piano scientifico i tratti salienti e distintivi della *aequitas canonica*, è merito rilevante di Pio Fedele, che, dal 1936, cioè dal primo saggio d'analisi del can. 20 del codice piano-benedettino, è ripetutamente tornato sull'argomento. Una sintesi del suo pensiero può rinvenirsi in: *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, Cedam, 1962, cap. terzo, nonché nella relazione *Aequitas canonica*, in *Atti del Colloquio romanistico-canonistico* (febbraio 1978), Roma, Pontif. Univ. Lateranense, 1979. Illuminanti considerazioni possono oggi reperirsi in: P. BELLINI, *Suprema lex Ecclesiae: salus animarum* (critical report), in *Incontro fra canonici d'oriente e d'occidente* - Atti del Congresso internazionale, Bari, Cacucci, 1994, mentre, in uno sforzo comparativo, arriva a stemperarne troppo le peculiarità, negli « atti » dello stesso convegno, H. MÜLLER, *Oikonomia und Aequitas canonica*. Un utilissimo rendiconto dei dibattiti più e meno recenti sul tema è reperibile in F.J. URRUTIA, *Aequitas canonica*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, LXXIII (1984). Utile anche la messa a punto di M.E. POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, in *Studi sul primo libro del Codex iuris canonici*, Padova, Cedam, 1993.

tanti detrattori, nel corso dei secoli, soprattutto per ignoranza crassa (quando non per accanimento tendenzioso), sono state pronunciate. Ciò vide con lucida chiarezza un pontefice dalla forte educazione e preparazione giuridica, Pio XII ⁽³⁾, quando, il 22 aprile 1952, ai convegnisti arrivati da tutto il mondo per celebrare l'ottavo centenario della *Concordia* graziana, inseriva nella sua allocuzione questa puntualizzazione efficacissima: « iam ab initio iuri canonico proprius inductus est color et, quasi sigillum cera impressum, applicata est aequitas christiana, quae brevi in aequitatis canonicae formam transivit » ⁽⁴⁾.

Quasi sigillum cera impressum: come dire che il *proprius color*, il marchio di originalità, il carattere più riposto di questo singolare e conchiuso pianeta giuridico è da rinvenirsi lì soltanto, in una precisa scelta equitativa, ma non scelta generica a favore di una equità vaga ed anonima, anzi — al contrario — specificissima, tanto specifica da dar vita a quel risultato inconfondibile nel quale l'impalpabile equità dei moralisti è diventata il sigillo giuridico della equità canonica e unicamente canonica.

2. *Diritto canonico e salus aeterna animarum: equità canonica e strumentalità delle regole giuridiche.*

Perché il nostro tentativo di piena comprensione abbia una possibilità concreta, non sarà inutile prender le mosse da una constatazione prima e fondamentale, che dovrebbe essere largamente scontata ma che è invece troppo spesso dimenticata o almeno trascurata; essa verte sul ruolo e sul valore che il diritto assume in seno alla Chiesa Romana, sul significato assunto in questa Chiesa dalla scelta per il diritto, che accompagna tutta la sua vita storica con una intatta continuità dall'età precostantiniana all'attuale momento ravvivato dalle sollecitazioni del concilio Vaticano Secondo.

Qualche decennio fa era frequente udire la voce di frettolosi e

⁽³⁾ Eugenio Pacelli, com'è noto, insegna in diverse sedi il diritto canonico e collabora con Gasparri alla preparazione del primo *Codex*; è, poi, autore di un ampio studio storico-giuridico su « La personalità e la territorialità delle leggi specialmente nel diritto canonico ».

⁽⁴⁾ *Acta Apostolicae Sedis*, XXXIV - ser. II - vol. XIX (1952), p. 376.

incolti novatori che puntavano il dito accusatore contro quella scelta e condannavano senza appello la costruzione che la Chiesa aveva voluto compiere di un proprio diritto, appunto il diritto canonico, e la intelaiatura giuridica di cui la società sacra aveva preteso di fornirsi; ed echeggiarono frasi sdegnose contro questa *captivitas babylonica* rinnovando idealmente quel rogo cui parecchi secoli prima su una piazza di Wittenberg era stato sottoposto il *Corpus iuris canonici*. La Chiesa veniva proposta come apparato di potere e l'ordine giuridico era gabellato come suo fine primario.

Nessuno vuol cedere a tentazioni apologetiche e nascondere i tradimenti e gli sviamenti di cui la storia ecclesiastica è costellata, ma si sarebbe evitato una falsante condanna generale, se ci si fosse calati con umiltà nel lungo sentiero della storia giuridica e si fossero saggiate le profonde ragioni del nascere, del divenire, del consolidarsi di uno *ius canonicum*.

Sarebbe emersa limpidissima quella dicotomia basilare che già il vescovo Ivo — alla fine del primo millennio — fissa e sistema nel prologo al suo *Decretum* ⁽⁵⁾ fra un ristretto nòvero di regole supreme necessarie per la salvezza dei fedeli e che trovano nella Divinità stessa la propria fonte (regole per loro intrinseca natura equissime e pertanto eterne ed universali), e un'ampia congerie di norme di produzione umana certamente utili al fedele ma sulle quali poteva e doveva incidere la varietà e ricchezza delle diverse situazioni storiche.

Il messaggio canonico di sempre — di ieri, di oggi, di domani — è impregnato e dominato dalla intrinseca storicità dello *ius humanum*, precisa conseguenza della sua strumentalità; ed è su questa convinta, indefettibile strumentalità che i frettolosi detrattori dovrebbero sostare per una provvidenziale riflessione. A differenza del diritto divino, *ius aequissimum*, che si compenetra col fine dell'or-

(5) IVO DI CHARTRES [IVO CARNOTENSIS EPISCOPUS], *Prologus in Decretum*, in MIGNE, *Patrologia latina*, vol. CLXI, col. 50 A: « Praeceptiones itaque et prohibitiones, aliae sunt mobiles, aliae immobiles. Praeceptiones immobiles sunt, quae lex aeterna sanxit: quae observatae salutem conferunt, non observatae eamdem auferunt... Mobiles vero sunt, quas lex aeterna non sanxit sed posteriorum diligentia ratione utilitatis invenit non ad salutem principaliter obtinendam, sed ad eam tutius muniendam ».

dinamento fino a identificárvisi ⁽⁶⁾, il diritto umano è strumento, strumento prezioso per condurre più speditamente il fedele con tutto il suo carico di fragilità sulla strada della salvezza — giacché, come coglie col suo linguaggio profetico la *Lumen gentium*, « fino a che non vi saranno nuovi cieli e terra nuova, nei quali la giustizia ha la sua dimora, la Chiesa peregrinante, nei suoi sacramenti e nelle sue istituzioni che appartengono all'età presente, porta la figura fugace di questo mondo » ⁽⁷⁾ —, ma strumento e soltanto strumento.

Per lo Stato l'ordine giuridico può anche essere identificato come il fine od uno dei fini, ma questo mai può avvenire nella Chiesa, il cui fine trascende la storia umana, è tutto consegnato in una dimensione metastorica e metafisica, e non può non identificarsi con la *salus aeterna animarum*. A questo fine assoluto della società sacra il diritto umano si colloca in posizione squisitamente strumentale e si condiziona. Se la legge della comunità statale, come insegniamo nelle Università italiane, è contrassegnata dai caratteri dell'astrattezza, della generalità, della rigidità, deve cioè prescindere nella sua previsione da motivazioni particolari, non è fatta per singoli né rivolta a singoli e si applica non tenendo conto di situazioni particolari, tutto il contrario non può non avvenire per la norma canonica a causa della sua essenziale strumentalità: per raggiungere il fine di cui si pone come strumento, essa non può non connotarsi di una disponibile plasticità. Quanto la legge dello Stato è costruita e pensata astratta, generale e rigida, tanto la regola giuridica della Chiesa e nella Chiesa ha da essere elastica. L'elasticità è il suo carattere intrinseco ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Sulla posizione del diritto divino, con una analisi della riflessione teologica nelle varie scuole post-conciliari, si veda S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa - Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino, Giappichelli, 1991, soprattutto p. 38 ss.

⁽⁷⁾ « Donec tamen fuerint novi caeli et nova terra, in quibus iustitia habitat, Ecclesia peregrinans in suis sacramentis et institutionibus, quae ad hoc aevum pertinent, portat figuram huius saeculi, quae praeterit » (*Constitutio dogmatica de Ecclesia*, cap. VII - *De indole eschatologica Ecclesiae peregrinantis eiusque unione cum Ecclesia coelesti*, § 48, n. 417).

⁽⁸⁾ Questo fu colto bene, nel momento di rifondazione scientifica del diritto canonico — che è merito indiscutibile della canonistica italiana degli anni Trenta e Quaranta di questo secolo — da P.A. D'AVACK già nei suoi « corsi » fiorentini dei tardi

Stato e Chiesa: due pianeti giuridici contraddistinti da fondazioni e, conseguentemente, da concezioni e articolazioni opposte. Almeno nello Stato moderno ormai secolarizzato è il dominio delle garanzie formali, e vengono affermati con decisione, quasi come conquiste ultime, principii come la stretta legalità, la certezza del diritto, l'uguaglianza giuridica, la divisione dei poteri. Quasi rovesciato è il paesaggio giuridico all'interno della società sacra, che non può appagarsi di garanzie formali, che ignora il vizio tutto moderno del positivismo giuridico, che è invece disposta — con apparente disinvoltura — a sacrificare rigore, coerenza logica, sistematicità, eleganze formali, nella sua tensione a raggiungere ad ogni costo il fine oltremondano che il divino Fondatore e Legislatore le ha assegnato e segnato.

Là il monopolio della produzione giuridica da parte del legislatore, il primato indiscutibile della legge e un giudice necessariamente *servus legis*, qua un giudice (e, più latamente, qualsiasi superiore ecclesiastico) che, essendo chiamato ad applicare la norma generale, cioè a scriverla sulla pelle delle singole creature che ha di fronte, si trova inevitabilmente investito di un ruolo primario, fattivo.

Pio XII, il pontefice di cui abbiamo più sopra segnalato la forte preparazione canonistica, in una memorabile allocuzione dell'ottobre 1947 per l'inaugurazione dell'anno giudiziario della Rota Romana, dopo aver messo nel dovuto rilievo l'impronta tutta peculiare della potestà giudiziaria nella Chiesa, precisava con ferma consapevolezza: « poiché questa impronta deriva dal fine ultraterreno della Chiesa, la potestà giudiziaria ecclesiastica non cadrà mai nella rigidità e nella immobilità, a cui istituti puramente terreni, per timore della responsabilità, o per indolenza, od anche per una malintesa cura di tutelare il bene, certamente alto, della sicurezza del diritto, vanno facilmente soggetti »⁽⁹⁾; dove il raffronto — o, meglio, la contrapposizione — è proprio con gli ordinamenti laici,

anni Trenta di indole e destinazione squisitamente didattiche, e poi in *Considerazioni su alcune peculiarità dell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, V (1943), nonché nella sistemazione definitiva del *Corso di diritto canonico - I - Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 201 ss.

⁽⁹⁾ *Acta Apostolicae Sedis*, XXXIX - ser. II - vol. XIV (1947), p. 495.

ed è còlta nel diverso rapporto tra « forma » e « sostanza » ⁽¹⁰⁾, nel problema dell'adeguamento della prima alla seconda e nella diversa soluzione che vi si fornisce.

È per rispondere a questo problema, è sulla base di un diritto strumentale e pertanto elastico che si fa spazio una presenza viva nell'ordine giuridico ecclesiale, l'*aequitas canonica* per l'appunto. Chiarito il terreno da cui questa nasce, in cui si colloca e in cui si legittima, tentiamo di disegnarne senza fumosità il volto tipico.

3. *Specificità e tipicità dell'aequitas canonica rispetto alle diverse manifestazioni equitative.*

Articolato nella perenne dialettica fra una norma suprema, il diritto divino, stabilito dalla generosa sapienza d'Iddio per la salvezza di ogni *homo viator*, e una multiformità di norme situate a un livello inferiore, il diritto umano, l'ordine canonico è tutto percorso dalla tensione che avvicina questo a quello, ponendosi come traguardo massimo la corrispondenza perfetta, la più perfetta possibile, di questo a quello. Mentre per il diritto divino si può ipotizzare soltanto una interpretazione-comprensione del magistero che arrivi — grazie all'arricchirsi delle conoscenze — a una più profonda penetrazione della *mens Legislatoris*, il diritto umano è contrassegnato dalla elasticità della regola giuridica, elasticità che è da considerarsi unicamente come sforzo di rendere concreta una siffatta corrispondenza. Qui è la collocazione primaria dell'equità canonica, ma anche la cifra semplicissima per afferrarne il suo tratto distintivo.

Queste prime precisazioni sono intanto sufficienti per segnare e fissare una demarcazione netta. L'equità canonica è un risultato inconfondibile e irripetibile: sfuggente a un osservatore superficiale, diventa chiarissima all'occhio che sappia metterla a fuoco; formalmente designata dallo stesso sostantivo che esprime l'equità naturale, quella romana, quella civile, se ne distanzia nella sua essenza per

⁽¹⁰⁾ « Forma » e « sostanza » nella accezione usata in un saggio notissimo di O. GIACCHI, *Sostanza e forma nel diritto della Chiesa* (1940), ora in Id., *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica* (1933-1980) - I - *La Chiesa e il suo diritto - Religione e società*, Milano, Giuffrè, 1981.

quell'aggettivo che la accompagna e che ha una apparenza tutta banale ed innocua.

Ma la sua sostanza è inequivoca, ed è tale da scavare un solco rispetto alle altre manifestazioni equitative che la storia giuridica ci testimonia. Per questo restiamo sconcertati quando vediamo — anche in tempi recenti e recentissimi — canonisti che comparano « l'équité dans les droits canonique et français contemporains »⁽¹¹⁾ o insistono su una sua visione generica e accomunante priva di consapevolezza storico-giuridica⁽¹²⁾, o continuano a proporsi il problema sterile delle possibili origini romane⁽¹³⁾. Non dico che si tratti di indagini proibite; dico che si tratta di indagini rischiose, rischiose perché falsanti per quella idea che recano in sé di una possibile comparabilità nella diversità, ingenerando in qualche lettore non provveduto la conclusione fuorviante di un sostanziale tessuto comune di fondo.

Vale la pena di essere più precisi: l'equità canonica è un prodotto incomparabile dello *ius Ecclesiae*, che lo identifica per proprii fini, autonomamente, con originalità di materia e con una assoluta esclusività di forze costruttive. Certo, decretisti e decretalisti risentirono — e non poco — delle approfondite ricerche in tema di equità e della tensione ansiosa verso l'*aequum* che segna in maniera così esemplare l'età dei Glossatori⁽¹⁴⁾. Certo, i canonisti hanno sempre fatto largo uso delle manifestazioni più varie di equità. Certo, una piattaforma comune c'è, ed è quella sottesa ad ogni manifestazione equitativa, ed è l'attenzione al particolare, la prevalenza del particolare sul generale, il primato del caso concreto sulla astrattezza della regola. Ma si deve precisare subito che su quella piattaforma decretisti e decretalisti erigono un edificio che risponde a disegni specifici e realizza istanze e finalità totalmente ignote all'equità romana, a quella civile, alla stessa equità naturale.

(11) L. DE NAUROIS, *L'équité dans les droits canonique et français contemporains*, in *L'année canonique*, XXVI (1982).

(12) Per esempio, nella farraginoso e, tutto sommato, inconsapevole « voce » redatta da un grande conoscitore delle fonti giuridiche medievali C. LEFEBVRE, *Equité*, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. V, Paris, Letouzey, 1953.

(13) Vedi la documentazione offerta da URRUTIA, *Aequitas canonica*, cit.

(14) Sia consentito di rinviare a quanto abbiamo rilevato in una nostra trattazione sintetica (cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995).

Se mai, c'è da aggiungere una doverosa integrazione sul piano storico: che, dopo il momento altamente creativo e altamente originale del diritto canonico classico, durante l'età moderna, l'influsso notevole della secolarizzazione e quel risultato fuorviante che furono la visione secolarizzante della legge canonica e l'imitazione di forme giuridiche secolarizzate portarono ad uno stemperarsi — nel solco di una scienza canonistica sempre più esegetica, sempre più piatta, sempre più recettiva — dei caratteri specifici segnati limpidamente nell'età del medioevo sapienziale ⁽¹⁵⁾, caratteri che è merito indubbio del Fedele di avere riscoperto e riacquisito nell'ambito della grande ridefinizione scientifica del diritto canonico operata soprattutto dalla dottrina italiana degli anni Trenta ⁽¹⁶⁾. In base a questa riacquisizione, la qualificazione *canonica* apposta alla nostra *aequitas* non è semplicemente definitoria, o integrativa, o anche migliorativa; è invece separativa, perché non si tratta di una qualificazione dall'esterno che rimane esterna, ma serve a cogliere l'essenza del fenomeno scindendolo storicamente e concettualmente da ogni manifestazione consimile.

Scendiamo più a fondo: con l'*aequitas canonica* siamo ben oltre, in un territorio più riposto e più specifico di quello indicato dalla *naturalis aequitas* di cui parlano il can. 271 § 3 e il can. 1148 § 3, o dalla *aequitas et charitas* del can. 686 § 3 e del can. 702 § 2; siamo ben oltre a quei generici richiami così ripetuti nelle fonti canoniche di sempre alla *mansuetudo*, alla *miserecordia* alla *humanitas*, alla *benignitas* quali atteggiamenti da opporre al *rigor iuris* e al freddo ossequio delle forme giuridiche.

La cifra autentica dell'equità canonica, almeno dai tempi della incisiva riflessione dell'Ostiense ⁽¹⁷⁾, il pensatore dotato della intuizione più penetrante, ossia dalla seconda metà del Dugento, sta

⁽¹⁵⁾ È una ipotesi interpretativa, che meriterebbe di essere meglio documentata da una apposita analisi storico-giuridica che scavasse nelle fonti letterarie e giurisprudenziali canoniche dal sec. XVI al sec. XIX.

⁽¹⁶⁾ Sulla penetrante — e pienamente condivisibile — riflessione del Fedele, cfr., fra le tante pagine che l'esimio Autore dedica al tema, soprattutto *Lo spirito del diritto canonico*, cit.

⁽¹⁷⁾ Si vedano i ripetuti saggi di C. LEFEBVRE, *La doctrine de l'Hostiensis sur la préférence à assurer en droit canonique les intérêts spirituels*, in *Ephemerides iuris canonici*, 8 (1952); *Aequitas canonica et periculum animae dans la doctrine de l'Hostiensis*, *ibidem*;

tutta nel nesso inscindibile fra caso concreto e *periculum animae*, sta tutta nella necessità assoluta di dar prevalenza al caso concreto quando sia in gioco il bene supremo della *ratio peccati vitandi*.

È il valore irripetibile di quell'*unicum* che è la singola persona umana a prevalere, quella singola persona umana alla cui salvezza eterna è chiamata tutta la Santa Chiesa, tutta la Sacra Gerarchia, tutta la ammirevole maestà dell'ordine giuridico. Ai piedi di quell'*unicum* la Chiesa depone la sua logica giuridica e il suo rigore sistematico; per lui è disposta a sacrificare l'architettura del magnifico edificio giuridico costruito da una sapienza bimillenaria, in un émpito di pastoraltà⁽¹⁸⁾ che è tutta ed esclusivamente canonica e che fa della nostra *aequitas* una creatura insulare, soltanto in una fallace apparenza assimilabile ad altre manifestazioni equitative.

4. *Equità canonica, codice canonico e diritto divino.*

L'equità canonica non è un istituto costringibile in pochi o molti canoni di un codice; è piuttosto un principio, un criterio, un atteggiamento; certo, non è una norma, né tanto meno può essere fissata in una norma. Rappresenta nell'ordine giuridico la perfetta trasposizione di quel personalismo, che è il tratto più tipico della filosofia cristiana. È giusto che il *Codex* taccia su di essa; sarebbe infatti ridicolo pensare al titolo di un libro, magari delle stesse *normae generales* che gli fosse dedicato⁽¹⁹⁾.

Si tratta di una presenza complessa, sfuggente e al tempo stesso stringente, ignorata dalla sistematica del *Codex* come il più insignificante degli istituti eppure presente e incombente anche se in modo quasi sempre inespresso al di sotto di ogni canone, di ogni norma quasi a sorreggerla, a fondarla e ad affondarla nel grembo di una norma suprema. Né è senza significato che emerga in luoghi vitali

Rigueur et équité chez Innocent IV et Hostiensis, ibidem, 17 (1961); *Hostiensis, maître de l'équité canonique, ibidem*, 28 (1972).

⁽¹⁸⁾ Considerazioni significative in BELLINI, *Suprema lex Ecclesiae: salus animarum*, cit., pp. 330 e 345.

⁽¹⁹⁾ Forse, si motiva proprio in questo quasi-silenzo del *Codex* l'indifferenza e diffidenza insieme, nonché la sostanziale elusione di un tema tanto vitale da parte della esegesi della canonistica curiale.

della articolazione del *Codex*: nel can. 19 canone basilare della teoria delle fonti, riprodotto alla lettera — su questo punto — il dettato del can. 20 del codice piano-benedettino, dove all'equità canonica si affida il ruolo di adeguare alle esigenze spirituali dei singoli fedeli i principii generali del diritto, da intendersi come principii generali della legislazione canonica positiva ⁽²⁰⁾; nel can. 1752, ultimo canone del codice vigente, dove si affida all'equità canonica di proporsi quale suggello di tutta la normazione ecclesiastica e dove appare limpido il suo legame funzionale con la *salus animarum*, legge suprema della Chiesa ⁽²¹⁾.

Se lo *ius vetus* nella sua naturale plasticità l'ha sempre serbata come trama nascosta in seno al proprio divenire, tanto più la si deve percepire soggiacente a un tipo di normazione come il codice, per sua natura irrigidito in regole fisse e che proprio per la sua ineliminabile rigidità appare assai tardi come modo d'essere delle fonti canoniche ed appare dopo pesantissime e motivatissime discussioni polemiche sulla sua opportunità. Proprio perché norma fissata una volta per tutte e destinata a permanere stabilmente, l'equità canonica non può non essere il suo substrato sostanziale: è infatti lo strumento che impedisce al diritto codificato di degenerare in chiusura, in sordità, in una deformazione profonda della sua veste ordinante.

Essa è per il codice una sorta di valvola respiratoria, un salvataggio, che permette il collegamento continuo fra regole codificate e il grande e vivificante polmone del diritto divino. L'equità canonica, infatti, non solo non è scissa dal mistero della salvezza, ma vi è anzi completamente immersa, essendo quello — per eccellenza — *mysterium salutis*, legato cioè con vincolo di necessità alla salvezza di ciascun fedele.

⁽²⁰⁾ Non ci sembra condivisibile la conclusione che il Pompèdda fa, dietro il Fedele e il Lefebvre: « i *generalia iuris principia* del canone (20; 19) non possono significare altro, nell'ordinamento canonico, che *ius naturale* » (POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, cit., p. 23). Se, come lo stesso Pompèdda riconosce, « l'equità deve intervenire quando fosse in gioco il diritto naturale » (p. 17), l'intervento previsto nel can. 19 non avrebbe senso.

⁽²¹⁾ Recita il can. 1752: « In causis translationis applicentur praescripta canonis 1747 [che si preoccupa della necessità di lasciar libera la canonica da parte del parroco rimosso], servata aequitate canonica et prae oculis habita salute animarum, quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet ».

L'equità canonica non può non cogliersi che come espressione della norma suprema che sta alla base della Chiesa ⁽²²⁾, garantisce l'osservanza di quella norma in ogni momento, in ogni luogo in ogni vicenda umana concreta, è lo strumento che realizza l'adeguamento perfetto della forma alla sostanza impedendo lo scandalo di una separazione di quella da questa; sostanza che non può non rinvenirsi nella norma suprema; cioè nel diritto divino positivo e naturale.

Questo avevano bene intuito i maestri del diritto classico, decretisti e decretalisti, elaboratori originali del principio, quando ripetevano una equazione a tutta prima sconcertante: « nihil aliud est aequitas quam Deus » ⁽²³⁾. Sotto questo profilo l'*aequitas canonica* è esattamente l'opposto dell'arbitrio e dell'incertezza; è invece il colmo della legalità e il colmo della certezza.

È una conclusione che, a chi vi guarda con occhi esclusivamente laici, può sembrare paradossale, o artificiosamente apologetica. Se si tiene invece conto dei due livelli in cui si articola tutto l'ordine giuridico della Chiesa, di un diritto umano che non può non essere realizzazione compiuta della *lex aeterna*, appare proporre una verità indiscutibile. Possiamo anche definire l'equità canonica come giustizia del caso concreto, ma — come si diceva più sopra — in una accezione affatto particolare e peculiare: qui si guarda al singolo peccatore, all'esigenza insopprimibile di evitare il disordine del peccato, alla sua salvezza eterna. In questa operazione di salvezza del singolo è coinvolta tutta la società sacra: il frammento e il tutto, il singolo fedele e la Santa Chiesa, ricompresi nel corpo mistico del Cristo, non sono entità scindibili ma anzi indissolubilmente legate dallo e nello stesso *mysterium salutis*: che è salvezza mia, tua, sua, cioè salvezza di persone singole viventi una individua avventura umana ma sempre nell'ambito della società salvifica e con ripercussioni in tutta quanta la comunità, giacché il peccato del singolo è violazione dell'intero ordine pubblico della Chiesa; dove interesse

⁽²²⁾ Non è dimenticabile una suggestiva pagina di G. CAPOGRASSI, *Prefazione* a « La certezza del diritto » di Flavio Lopez de Oñate, ora in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 1959, p. 111.

⁽²³⁾ Pio Fedele vi ha opportunamente insistito: *Nihil aliud est aequitas quam Deus*, in *Ephemerides iuris canonici*, 20 (1946); *Nihil aliud est aequitas quam Deus*, in *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, I.

individuale e interesse collettivo tendono a coincidere e dove si dimostrano insoddisfacenti e inutilizzabili le categorie tradizionali che, per esempio, distinguono il diritto dello Stato in pubblico e privato (24).

È ovvio che nella Chiesa non soltanto sia bandita ogni diffidenza verso l'equità canonica, ma la si reclami come principio fondamentale alla base di tutto il diritto, garanzia ultima di legalità e di certezza; ed appaiono decisamente miopi i sospetti e gli intenti restrittivi che emergono dopo l'emanazione del codice piano-benedettino in alcuni canonisti di curia (25). Affermarla e incentivarla non significa sottoporre le saldezze dell'ordinamento alla volontà meramente potestativa di un giudice o di un superiore ecclesiastico, ma realizzare appieno il mandato del Legislatore e Fondatore supremo.

È lo Stato moderno che diffida dell'equità e cerca di espellerla fuori dell'ordinamento giuridico o, se non altro, di minimizzarla; e non senza ragione in un sistema di garanzie formali: c'è diffidenza per quel cumulo di fatti — sociali, economici, culturali — che il caso singolo fa affiorare inquinando il rigore del sistema normativo formale. Equità qui significa eterointegrazione, una pericolosa breccia aperta verso l'esterno nelle mura della cittadella giuridica. Nell'ordine canonico è tutto il contrario: l'equità canonica realizza una perfetta autointegrazione (26), rendendo concreta la corrispondenza fra i due livelli in cui si scandisce il pianeta giuridico della Chiesa.

(24) Per questo non è condivisibile l'opinione di chi, pur con grande acutezza e dottrina, ha individuato la « natura pubblica del diritto canonico » (come il Fedele, di cui si possono vedere le conclusioni riassuntive in: FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit., cap. X), o di chi (come G. LESAGE, *La nature du droit canonique*, Ottawa, 1960, p. 178) sostiene che « la presque totalité du Codex iuris canonici est de droit privé ». Una messa a punto della annosa disputa è ora in: G. LO CASTRO, « Pubblico » e « privato » nel diritto canonico, in *Il diritto ecclesiastico*, CVI (1995), p. 110. Oggi il canonista provveduto avverte tutta l'ingenuità delle vecchie unilaterali posizioni difese tanto strenuamente e tanto bellicosamente. La nuova ecclesiologia e, più ancora, la nuova antropologia religiosa fondata sulla nozione di *communio* rappresenta la via sicura per superare i vecchi e invecchiati accanimenti.

(25) V. le documentate pagine di URRUTIA, *Aequitas canonica*, cit., p. 50 ss. Miopia che è presente anche in qualche giudicato rotale. L'esempio più clamoroso è la nota sentenza coram Morano del 1936.

(26) FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit., p. 204.

Qualche autore insegna, con affermazione non bastantemente meditata (così: per esempio, anche quell'acuto e attentissimo studioso che è stato ed è Pio Fedele) che, nel porre in essere un giudicato fondato sull'equità canonica, il giudice ecclesiastico si fa legislatore ⁽²⁷⁾ alla stessa stregua del giudice d'equità negli ordinamenti laici. Ciò può essere anche accoglibile per quest'ultimo, ma è senz'altro respingibile per il primo: infatti, quando egli ricorre all'equità, non si rivolge a un mondo di fatti extragiuridici che vengono inseriti entro i confini del diritto come dei corpi estranei; il suo è ricorso a quel legislatore supremo che è Dio stesso e a quella norma suprema « quae in Lege et Evangelio continentur ». Non si tratta di un ricorso a fatti estranei e inquinanti ma è piuttosto il conclamato riconoscimento di una legge di qualità superiore e assolutamente indefettibile rispetto alle tante manifestazioni della legge umana, rispettabilissima ma elastica e per sua natura defettibile.

Il giudice canonico non crea la norma, la scopre, la dichiara, la applica. È sul sostegno di queste considerazioni che non ci sembrano ugualmente condivisibili alcune autorevoli affermazioni secondo le quali « In nessun ordinamento si pone così nettamente come in quello canonico l'antitesi *ius-aequitas* ⁽²⁸⁾, essa [l'equità canonica] si oppone direttamente al diritto positivo » e incarna un « principio superiore al diritto stesso » ⁽²⁹⁾. Come si è detto più sopra, l'*aequitas canonica* è meccanismo di autointegrazione, è lo strumento prezioso che mantiene sempre aperto e libero e sgombrato il canale di scorrimento fra i due livelli dell'ordine giuridico, fra la norma superiore situata nel livello più alto e la miriade delle norme collocate in basso, fra sostanza e forma, fra diritto divino e diritto umano. Ma col diritto divino non siamo all'esterno dell'ordine giuridico ⁽³⁰⁾, ma all'interno; il diritto divino non è un insieme di vaghi precetti morali, ma di precise prescrizioni anche giuridiche situate in quelli che un grande

⁽²⁷⁾ FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit., p. 236.

⁽²⁸⁾ FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit., p. 203.

⁽²⁹⁾ POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, cit., rispettivamente p. 16 e p. 14.

⁽³⁰⁾ Eccellenti le puntualizzazioni offerte in un lontano (e antesignano) saggio di P. BELLINI, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, LXVIII (1957), I.

teorico tedesco del diritto chiamava « die obersten Grundsätze des Rechts »⁽³¹⁾.

L'equità canonica non si oppone al diritto e nemmeno al diritto positivo: si oppone al *rigor iuris*, al culto formale della norma; essa respinge i due vizi mortali del moderno giurista dello Stato, cioè formalismo e positivismo giuridici, ma la elasticità su cui si fonda non significa mai allentare le maglie della rete giuridica per consentire l'ingresso a forze estranee, bensì — ripetiamolo ancora una volta, perché è un punto che deve restare fermo — consentire che la norma suprema non sia vanificata dalla rigidità delle norme inferiori, e, in quanto rigide, inadeguate a realizzarla nel caso concreto che il giudice e il superiore ecclesiastico hanno di fronte.

5. *La triplice funzione della aequitas canonica.*

Poche parole sulla funzione dell'*aequitas canonica*, sulla sua triplice funzione: interpretativa della norma scritta, suppletiva della norma mancante, sostitutiva della norma inadeguata. Certamente anche suppletiva, cioè integrativa delle lacune della legislazione positiva « *secundum quod personas et causas, loca et tempora videris postulare* »⁽³²⁾, come si esprime una decretale arcinota di Onorio III risalente ai primi anni del Dugento. Certamente anche sostitutiva. Ove il giudice veda profilarsi un *periculum animae*, ha il dovere ineludibile di disapplicare la norma astratta nella concretezza del caso. In ogni sua manifestazione l'equità canonica è, comunque, un fecondo strumento adeguativo dell'ordinamento, come dimostra limpidamente l'operosità incisiva della giurisprudenza (soprattutto di quella rotale).

L'osservatore non-canonista può pensare a un grimaldello che sgretola tutta la costruzione giuridica, al regno del meramente subbietivo e dell'assolutamente incerto che prendono il posto dell'obbiettività e della certezza, vanto e privilegio di un sistema di norme rigide e astratte.

⁽³¹⁾ H. COING, *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts*, Heidelberg, Schneider, 1947.

⁽³²⁾ *Decretales*, I, 36, 11.

Ribadiamolo ancora una volta chiudendo questa relazione: equità canonica è affermazione di legalità, di una legalità superiore, è pienezza di legalità, ed è certezza, una certezza di qualità superiore, certezza come obbiettività, secondo certe lontane notazioni del Capograssi che restano, dopo cinquanta anni, fra le interpretazioni più acute e puntuali in proposito ⁽³³⁾.

Equità è lettura obbiettiva delle cose, cioè della situazione concreta in cui una singola persona umana, il singolo *homo viator*, con il suo carico di fragilità si dibatte e combatte la propria vicenda terrena, situazione al di sopra e al di fuori della quale non ci sarebbe giustizia ⁽³⁴⁾. Qui non v'è spazio per l'arbitrario e, se il giudice o il superiore ecclesiastico — per sua umana debolezza — cedesse alla tentazione del meramente potestativo, cioè dell'arbitrario, avremmo lasciato di parecchio il campo dell'equità per inoltrarci in quello della pura e semplice iniquità.

Equità canonica come obbiettività, non subbiettività: qui non si tratta di cedere a istanze metagiuridiche come quel « bon juge Magnaud », il giudice mite e disinvolto che rese famosa nella Francia di fine Ottocento la giurisprudenza del Tribunale di Château-Thierry per i suoi giudicati in cui si violavano le leggi dello Stato francese in nome di un sentimento sincero ma incontrollato di giustizia sociale e di solidarietà per le classi meno abbienti; qui, quando si èvoca ed invoca l'equità, non ci si richiama a fatti che stanno fuori dell'ordinamento positivo, non si indica la disinvoltura soggettiva del giudice applicatore, non si sottolinea il suo potere discrezionale legato alla sua volontà soggettiva, alla sua sensibilità soggettiva, a un qualcosa di mutevole che può essere presente in questo giudice e assente in quello, che può essere accettabile e laudabile secondo una certa visione ideologica e respingibile secondo una diversa od opposta. Qui siamo di fronte a un giudice che ha,

⁽³³⁾ G. CAPOGRASSI, *Prefazione* a « La certezza del diritto » di Flavio Lopez de Oñate, ora in *Opere*, V, cit., soprattutto p. 111.

⁽³⁴⁾ Il che assume un significato ben diverso da quello di « sauvegarder le plus possible la personnalité, voire même l'individualisme, dans le souci d'assurer le respect des manifestations de volonté », come pretenderebbe il LEFEBVRE, voce *Equité*, cit., col. 409: visione dell'equità canonica assolutamente viziata e adulterata da impensabili venature individualistiche.

per così dire, le mani legate, che adempie un dovere preciso piuttosto che esercitare un potere.

Ecco perché abbiamo insistito parecchie volte per separare l'equità canonica da generiche manifestazioni di umanità e di benevolenza che poco hanno da spartire con essa.

6. *Il diritto canonico come esperienza e ordinamento.*

Il discorso sin qui fatto consente di trarre una conclusione generale che travalica lo stesso tema dell'equità canonica, anche se trova in esso la sua motivazione e il suo fondamento; una conclusione che investe lo stesso approccio metodologico dell'odierno canonista.

Non v'è dubbio che oggi il canonista, rispetto a quello di ieri, è assai meno formalista, ritrovando — pur nella distinzione dei piani diversi — profondo e inconfondibile nesso con le matrici teologiche e separandosi senza rimpianti da atteggiamenti tipici del moderno giurista dello Stato, che talvolta furono — in un recente passato — imitati servilmente e inconsapevolmente: viene a mente, per esempio, in Italia almeno la fertile riflessione del Corecco ⁽³⁵⁾.

Io penso che, sotto altro profilo, l'odierno canonista dovrebbe distaccarsi da una scelta — imperante, diffusa e tuttora vincente in mezzo a una generale ubriacatura kelsenista —, la quale è propria dell'attuale giurista « laico » e a lui graditissima: quella normativista, ossia l'identificazione del diritto in un complesso di comandi; scelta che mi pare indiscussa, anche se ciò può a prima vista apparire paradossale, nella canonistica curiale. Proprio quanto abbiám detto in tema di equità canonica dovrebbe, invece, portare a riscoprire il diritto canonico più come esperienza e come ordinamento.

L'aspetto normativo e sanzionatorio — normale e vistosa dimensione della giuridicità — dovrebbe essere còlta come la superficie emergente di una realtà complessa che nasce dalla vita,

⁽³⁵⁾ Esempare — anche se non condivisibile in molte conclusioni — per il suo carattere altamente programmatico la Relazione al 3° Congresso Internazionale di diritto canonico, in Pamplona, nel 1976 (cfr. E. CORECCO, *Valore dell'atto « contra legem »*, in *La norma en el derecho canónico*. Actas del III Congreso internacional de Derecho Canónico, Pamplona, Univ. de Navarra, 1979, p. 839 ss.).

si intesse della vita e tenta di ordinarla. La dimensione pastoralizzante del nuovo clima post-conciliare e del nuovo codice giovanneo questo richiede. Non è dimenticabile l'insegnamento, proprio negli anni immediatamente dopo il Vaticano Secondo, di un rinnovatore della riflessione canonistica in Spagna, Pedro Lombardía, fondatore della brillante scuola pamplonense; già nel 1976 egli disegnava un itinerario che conduceva a « un vigoroso *rencuentro* con la *aequitas canonica* », con la conseguenza di porre la giurisprudenza sempre più al centro dell'ordinamento e di percepire « la importancia de potenciar su papel en el derecho canónico »⁽³⁶⁾. Lombardía aggiungeva però, nel senso preciso delle nostre righe precedenti: « es necesario... que tengamos conciencia de que la norma no es el derecho... cada día me persuado más de que para profundizar en la estructura jurídica de la Iglesia hay que superar la noción de ordenamiento jurídico como conjunto de normas »⁽³⁷⁾.

È la natura stessa del diritto canonico, è il mistero grande della giuridicità nella Chiesa come *mysterium salutis* a pretenderlo: un diritto canonico sorpreso come *aequitas*, come strumento che può e deve superare rigidità di forme e di comandi (che pur ci sono, che pur ci debbono essere ma che non esauriscono il fenomeno giuridico) per salvaguardare la salvezza dei fedeli. È rispetto a questa funzione complessa che una intelaiatura unicamente normativistica sa di forzatura, anzi di tradimento.

⁽³⁶⁾ P. LOMBARDÍA, *Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia*, in *Ius canonicum*, XVI (1976), p. 79.

⁽³⁷⁾ LOMBARDÍA, *Norma y ordenamiento*, cit., p. 80.

DIRITTO CANONICO E CULTURA GIURIDICA (*)

1. Un recupero per il diritto canonico. — 2. L'esilio moderno del diritto canonico. — 3. Il diritto canonico come mentalità giuridica. — 4. I tratti distintivi della mentalità canonistica. — 5. Il diritto canonico come mentalità e la sua rilevanza storico-giuridica: alle radici del *common law*. — 6. Il diritto canonico come mentalità giuridica e il suo messaggio metodologico: un contrappunto comparativo per il giurista di *civil law*.

1. *Un recupero per il diritto canonico.*

Perché questo problema? Che cosa pretende sul piano culturale questo diritto canonico? Un diritto che parla di eucaristia, di battesimo, di penitenza, un diritto da preti; un diritto, per giunta, che non riguarda la società civile come società plurale, e soprattutto ideologicamente plurale. Ma, principalmente, perché continuiamo a parlare di diritto canonico in una Facoltà universitaria, che dovrebbe esprimere i valori della intiera società civile, come questa nostra di Urbino, come la mia di Firenze? Non si incide anche sulla libertà religiosa degli studenti? Non è una forma di unilateralità eccessiva?

Io mi sono segnato qui il punto centrale di una illuminante pronuncia della Corte Costituzionale spagnola, del 'Tribunal Constitucional', di qualche anno fa. Una studentessa universitaria (in Spagna era obbligatoria la disciplina 'diritto canonico') aveva protestato sostenendo che una siffatta imposizione violava le regole più elementari della libertà religiosa, non avendo per lei (forse atea, forse agnostica, o appartenente a religione diversa dalla cattolica) alcun

(*) Pubblico qui, con il consenso dell'organizzatore, Prof. Carlo Fantappiè, il testo della lezione tenuta presso l'Università di Urbino [il 28 maggio 2003] nell'ambito di un ciclo di appuntamenti con gli studenti, ciclo che — nella sua interezza — sarà testimoniato dal volume "Itinerari culturali del diritto canonico nel Novecento" di prossima pubblicazione presso l'editore Giappichelli.

interesse lo studio del diritto della Chiesa Romana quale diritto proprio e tipico di una specifica confessione religiosa.

Vi leggo, tradotto in italiano, il punto centrale della motivazione, in base alla quale il ricorso fu respinto dalla Corte Costituzionale spagnola: « La conoscenza del diritto canonico per gli studenti delle Facoltà di Giurisprudenza è imprescindibile in rapporto all'evoluzione storica delle istituzioni giuridiche, alcune delle quali non si capiscono facilmente senza di esso. Il diritto canonico, in quanto materia basata sull'informazione ed interpretazione di un *corpus iuris* come quello del Codice di diritto canonico, non è per sua stessa natura una materia di contenuto ideologico, indipendentemente dal fatto che si basa su un *substratum* ideologico o confessionale... In effetti, molte discipline giuridiche si fondano sullo studio di testi legali e di teorie giuridiche il cui sostrato ideologico è identificabile » ⁽¹⁾.

In altre parole, la Corte Costituzionale spagnola sollevava il diritto canonico dal ristretto cono d'ombra di una semplice ideologia religiosa, cioè da una sua stringente particolarizzazione, e lo immetteva nel paesaggio apertissimo della storia della cultura giuridica occidentale. Recupero sacrosanto, perché recupero obbiettivo, corrispondente alla stessa realtà storica dell'Occidente nel suo bimillenario divenire; ma anche recupero tardivo e coraggioso, a fronte di un diffuso atteggiamento plurisecolare che aveva inflitto al diritto canonico, o una condanna senza appello, o l'esilio del silenzio, o la relegazione nel cantuccio più oscuro.

Lo storico, e in guisa peculiare lo storico del diritto, può individuare le ragioni profonde che, attraverso tutta l'età moderna, hanno pesato su un simile atteggiamento. Certamente, dal Cinquecento in poi, sono avvenuti grossi fatti storici, che ci hanno impedito di cogliere il diritto canonico per quello che veramente è stato, cioè al centro di una civiltà giuridica, con creatore di una civiltà giuridica.

2. *L'esilio moderno del diritto canonico.*

Che cosa è successo, dunque, di tanto incisivo?

⁽¹⁾ Il testo è riportato da R. NAVARRO VALLS, *Diritto canonico e cultura giuridica spagnola*, in *Scienza giuridica e diritto canonico*, a cura di R. BERTOLINO, Torino, Giappichelli, 1991, p. 91.

Intanto, un grosso fatto all'interno della Chiesa, ed è la Contro-riforma: nel suo tentativo di autodifesa rispetto alla vincente protesta religiosa, ha insinuato un sentimento di paura nell'ambito della società ecclesiale, con il conseguente innalzamento di una infinità di barriere e di chiusure. La Chiesa si è rinserrata in una struttura severamente disciplinare, e il diritto canonico ha assunto la funzione di cemento primo di questa struttura. La Chiesa è divenuta una sorta di cittadella circondata e protetta da grandi muraglie, muraglie di chiusura verso l'esterno e soprattutto muraglie giuridiche: essa affida al suo esser *societas iuridica* la garanzia della propria sopravvivenza storica. Il diritto canonico è il tessuto legante di questo bozzolo conchiuso. Ecco un primo dato che, dal nostro angolo di osservazione, contraddistingue il moderno e che è meritevole di considerazione.

Ma 'moderno' significa anche secolarizzazione, e secolarizzazione vuol dire affrancazione da precedenti servaggi. La società medievale era una società fideistica, che aveva delle precise piattaforme ideologiche e, di più, metafisiche; contro di essa, dal Cinquecento in poi, c'è un grande movimento liberatorio (o preteso tale): la secolarizzazione. L'uomo è chiamato a fare i conti soltanto con i dati offerti dalla natura e dalla storia, insomma dall'immanenza, grazie a quella taumaturgica chiave omnivalente costituita, per l'età nuova, dalle scienze matematiche e naturali in progresso vistosissimo. La secolarizzazione non è soltanto affrancazione dal sacro immedesimatosi in una soffocante teologia, ma è comprensibile che assuma in primo luogo il significato storico di contraccolpo verso il sacro, di attacco acre verso il sacro a causa della sua incarnazione — durata troppi secoli — nella incombente Chiesa Romana, realtà che per la società secolarizzata sei-settecentesca costituisce ancora una rappresentazione tentacolare e minacciosa.

E poi, lo statalismo. Il protagonista del 'moderno' è lo Stato. E Stato vuol dire monismo giuridico, vuol dire che il vecchio pluralismo giuridico medievale e postmedievale viene eliminato, mentre si consolida una idea forte e sempre più dominante, che prende quasi l'aspetto di una articolazione sillogistica: il diritto deve essere espressione della volontà generale, e volontà generale è soltanto quella che ci viene offerta dalla legge, unica fonte di qualità superiore; ma poiché la legge è la volontà del soggetto detentore del potere

sovrano, il risultato è un rigido statalismo o, in termini culturali, un rigido monismo giuridico.

Questi tre fatti storici — controriforma, secolarizzazione, statalismo —, i tre fatti determinanti che inàugurano e contrasségnano il moderno, hanno causato una incomprensione totale verso il diritto canonico: un po' per responsabilità della Chiesa, che ne faceva un assetto interiore a carattere soprattutto disciplinare e cemento delle chiuse mura della società ecclesiale; un po' perché la società secolarizzata diffidava di un diritto maleodorante di preti, di sacristia, di vecchiume, di medioevo; e infine perché lo Stato, che si ergeva a produttore unico di diritto, volutamente lo ignorava.

Questo, dal Cinquecento in poi. Ed è bastato a creare una barriera di incomprensioni e di travisamenti fra noi moderni e il diritto canonico. Ci sono, come abbiám detto più sopra, responsabilità della Chiesa, responsabilità di una società civile ormai percorsa da mentalità tendenziosamente contrarie, ma indubbiamente una barriera c'è stata.

3. *Il diritto canonico come mentalità giuridica.*

Però — cari studenti — il secolo XVI arriva dopo millecinquecento anni di vita giuridica della Chiesa, e anche del diritto canonico, posto che la Chiesa Romana ha súbito creduto di doversi costituire e costruire fin dai suoi primordii quale ordinamento giuridico originario e pertanto primario. Se pensiamo che nel primo e nel secondo medioevo la Chiesa era al centro dell'intera società civile, se si pone mente a un dato tanto elementare quanto sottovalutato, e cioè che questo periodo storico copre assai più della durata di un millennio, si capisce facilmente che in questo periodo lunghissimo il diritto canonico sia stato un liévito per tutta la civiltà occidentale. E sarebbe agévole proseguire la mia lezione cercando di disegnare quali sono i contenuti sparsi che, nei varii settori, il diritto canonico ha fornito all'intera cultura giuridica incidendo a fondo sul suo itinerario e sul suo sviluppo futuro.

Potrei dirvi che l'attuale processo civile è per buona parte modellato sul processo canonico, facendo tesoro delle analisi dei canonisti e della prassi processuale canonica all'interno della Chiesa. Potrei dirvi che il diritto penale è per buona parte diritto canonico,

perché è soltanto grazie allo scavo che i canonisti hanno fatto nella psicologia del delinquente, alla ricerca delle graduazioni nella responsabilità morale del fatto illecito, che il penalista moderno si è trovato nelle mani un prezioso ordito di differenziazioni psicologiche quale conveniente basamento per l'edificazione di un appropriato sistema criminale. E, tacendo sulle materie ovviamente più sensibili come famiglia e matrimonio, si potrebbe, non senza ragione, parlare delle penetranti influenze sul diritto delle obbligazioni e dei contratti. Cioè si potrebbe andare a ricercare nella più gran parte degli istituti precise fibre desunte da tessuti canonici e canonistici, o addirittura le tante sagomazioni su modelli di là derivati, ma questo porterebbe la lezione a trasformarsi in una specie di inventario, una sorta di bilancio analitico che deluderebbe probabilmente gli amici studenti.

Io, viceversa, vorrei insistere su un altro punto, che mi sembra trascurato e che è invece storicamente relevantissimo: il diritto canonico come contributo cospicuo alla creazione di una mentalità giuridica. La proposizione centrale è la seguente: il diritto canonico non è solo un ammasso di regole e di canoni; è, innanzi tutto, una certa mentalità giuridica che, in quanto tipicissima e peculiarissima, in quanto provvedutamente costruita da scienza e prassi, in quanto capillarmente assorbita nella lunga durata, genera incisivi influssi proprio a livello di mentalità ben oltre i confini della comunità ecclesiale.

Cerchiamo di disegnare con tratto il più possibile preciso i lineamenti di questa mentalità.

4. *I tratti distintivi della mentalità canonistica.*

Non dimentichiamoci che il diritto canonico è l'ordine giuridico di una società sacra, di una società proiettata verso la meta-storia, sorretta e indirizzata da un unico fine pastorale secondo il mandato del suo divino Fondatore: la *salus aeterna animarum*. Una domanda preliminarmente si impone: rispetto a questo fine il diritto canonico è una forzatura? Cioè, la società sacra se lo inventa spregiudicatamente per suo comodo, per un esercizio più efficace dei suoi poteri? Lutero non èsita ad affermarlo con durezza: il diritto è il grande tradimento storico della Chiesa Romana; la scelta per il diritto dà

l'avvio a una vera e propria *captivitas babilonica* nell'abbraccio delle temporalità. Il giudizio dovrebbe, però, a mio avviso, essere più rispettoso della complessità delle forze storiche che quella scelta hanno motivato e generato; altrimenti, il rischio è la unilateralità.

Io direi che è una scelta intrisa di concretezza mediterranea. La Chiesa Romana sa che è nel mondo, nel vortice dei rapporti sociali, che il singolo fedele trova la sua salvezza o la sua condanna eterna. La scelta per il diritto è semplicemente la valorizzazione del 'temporale' quale terreno in cui la salvezza si gioca. Il 'temporale' è il mondo del peccato e delle umane caducità, ma è lì che la vicenda dei singoli fedeli si matura e si compie; si matura e si compie non all'interno di un microcosmo isolato, bensì di un intrecciarsi di rapporti sociali del singolo con gli altri, del singolo con la stessa *societas* sacra. È da questa puntuale consapevolezza di indole antropologica, oltre che da ovvie motivazioni potestative, che si origina una attenzione particolare della confessione religiosa Chiesa Romana, l'unica che ha sempre pervicacemente voluto, ininterrottamente dall'età primitiva agli ultimi decenni postconciliari, costruire un proprio diritto.

Ma lo fa non imitando interamente il diritto romano, grande modello di sapere tecnico, che alla Chiesa nascente offriva già consolidato il suo edificio classico; al contrario, pur approfittando largamente del sapere tecnico dei romani, costruisce lentamente, secolo dopo secolo, un diritto che ha delle caratteristiche peculiarissime, cioè congeniali all'essere la Chiesa Romana una società sacra, con un marchio fondamentale imprèssogli dal sottostante scopo pastorale. Il diritto canonico, o serve alla salvezza delle anime, o è una clamorosa aberrazione. E se deve contribuire a questa salvezza, è ovvio che il suo carattere centrale sarà uno soltanto, e cioè la strumentalità.

Spieghiamoci meglio, giacché si tratta di un punto meritevole di molta attenzione. La Chiesa, edificando il diritto canonico, non lo considera affatto il fine della comunità sacra, alla stessa stregua dello Stato che può annoverare tranquillamente fra i suoi fini il mantenimento della civile convivenza per il tramite del diritto. Il fine dell'ordinamento Chiesa è al di là della storia, è consegnato nelle altitudini metafisiche, è nell'eternità, è e resta indefettibilmente la salvezza dell'*homo viator*, del peccatore che, all'ésito della sua

vicenda terrena, si appresta a incontrare il Giudice supremo. La Chiesa è una ben strana società, che ha per suo confine il cielo. È per la conquista di questo cielo che il diritto, se vuole dimostrarsi efficace, deve essere fino in fondo strumento e mai assurgere al rango di fine.

Quindi, strumentalità a uno scopo essenziale, uno scopo trascendente. Ciò non è innocuo. Da questo fulcro centrale, che io vi sottolineo, scaturisce una mentalità tutta tipica del diritto canonico.

Strumentalità. È da essa e per essa che il diritto, nella Chiesa, si inaugura all'insegna di due diffidenze: la diffidenza verso la dimensione giuridica come pura orditura logica; la diffidenza verso il gusto delle costruzioni sistematiche, verso edificazioni giuridiche che si cristallizzano in un sistema. Quante volte noi ci innamoriamo dei nostri concetti giuridici come se fossero dei cristalli da lucidare e conservare intatti, quante volte ci innamoriamo delle costruzioni logiche con cui riusciamo a immobilizzare certi istituti del vivere quotidiano! Oppure, quando ci intestardiamo nel costruire dei sistemi (sistema vuol dire riduzione ad unità), dando una artificiosa compattezza a ciò che, viceversa, era, ed è e deve restare, plurale e frammentario.

Altra diffidenza: la diffidenza per il diritto come legge. I vostri docenti del primo anno vi hanno insegnato i caratteri della legge condensabili nella generalità, nella astrattezza, nella rigidità. Caratteri tutti che, di fronte a un diritto essenzialmente strumentale, rivelano la propria inadeguatezza (vedremo in qual senso). Ecco perché la Chiesa è la prima a diffidare del Codice, che è per noi moderni la legge generale, la legge madre di tutte le leggi. Non so se vi siate mai resi conto che, dei grandi ordinamenti giuridici protagonisti del 'moderno', la Chiesa Romana è l'ultima a codificare il proprio diritto e, se avessimo tempo, sarebbe interessante di segnare tutte le perplessità, tutte le opposizioni, tutti i moti di sfiducia affiorati dal 1870, da quando, in seno al Concilio Vaticano Primo, comincia ad emergere tra i Padri raccolti in Roma l'idea di una codificazione. Il *Codex* — voi lo sapete bene — sarà varato nel 1917, dopo quasi cinquanta anni di discussioni, di dubbii e anche di rifiuti.

Perché? Perché il Codice, legge fra le leggi, è innanzi tutto un sistema, un'opera armoniosamente logica. Ed urge un quesito: il Codice, la legge, la logica, il sistema tengono adeguato conto di quel

‘particolare’ che è il singolo fedele con il suo fardello irripetibile di umanità e che la società sacra ha il dovere assoluto di fronte a Dio di guidare verso la vita eterna?

Questo spiega anche perché la Chiesa Romana dà vita a un Codice ben strano, se comparato con i tanti modelli laici. Il *Codex* piano-benedettino del 1917, che altra volta io ho definito — non a torto — per parecchi versi tridentino ⁽²⁾, è codificazione singolarissima: ha delle aperture verso il passato, riconoscendo nel can. 6 l’insopprimibile valore di quanto si era fatto prima nel cosiddetto *ius vetus*; nel can. 20, per colmare le lacune della legge positiva, si apre non solo alle consuete forme di interpretazione estensiva ed analogica, ma addirittura ai principii generali, all’equità canonica, allo stile e alla prassi della Curia Romana, alla opinione comune dei maestri. Nella eventualità che l’applicatore verifichi delle lacune formali, quell’applicatore ha di fronte un Codice non sigillato nelle mura della sua cittadella testuale, ma anzi recante nel suo tessuto vistose breccie previste e volute.

Antinomia di una Chiesa, che costruisce un Codice ma che si premura di apportarvi finestre aperte verso l’esterno. La Chiesa codifica un po’ per imitazione di quanto hanno fatto e stanno tuttora facendo gli Stati, un po’ per quella esigenza di certezza e uniformità fatte valere nel 1870 da molti Padri conciliari provenienti da terre remote, ma resta ferma la coscienza dell’insufficienza della legge, della inadeguatezza della norma generale per i fini dell’ordinamento sacro.

La dialettica particolare/universale è fortissima nel diritto canonico, e fortissima la valorizzazione del particolare: il peccato non può non essere il singolo peccato del singolo soggetto, e il diritto non può non consistere nel rimedio efficiente volto a evitare, attenuare, sanzionare quello specifico peccato. Nel diritto della Chiesa, proprio per il suo carattere strumentale, non è il primato della norma generale che viene affermato, ma esattamente il contrario; la considerazione del particolare significa considerazione del reo/peccatore che cerca la propria salvezza e in questa ricerca va aiutato. Non ci si può arrestare al peccato/reato come fattispecie generale; quel che

⁽²⁾ Cfr. P. GROSSI, *Novità e tradizione nel diritto sacro*, in *Il Foro Italiano*, luglio-agosto 1983, V.

conta, in un'ottica pastorale, è il peccato/reato commesso da un determinato soggetto in determinate circostanze.

Il problema delle circostanze, cioè del contesto in cui un determinato atto viene compiuto, è sotteso alla mentalità teologico/canonica. Lo esprime molto bene quel corifeo della cultura medievale che è Tommaso d'Aquino. Nella 'Somma Teologica', dopo aver parlato della Divinità, trattando dell'uomo (*de homine*), nella *Quaestio* VI (l'opera è divisa in tante *quaestiones*), si occupa del volontario e dell'involontario, degli atti compiuti volitivamente e di quelli che non trovano un contributo nella volontà. Non basta! Nella *Quaestio* VII, ecco un titolo indicativo: *De circumstantiis humanorum actuum* ⁽³⁾; verte sulle circostanze degli atti umani, età, stato, ignoranza, povertà, luogo, tempo, gravità del danno, conseguenze dell'atto. In altre parole, non basta che cosa si è compiuto e con quale volontà; è rilevante indagare chi sia l'agente, come l'abbia compiuto, dove, quando, in quali circostanze. È quel contesto che il teologo/canonista deve approfondire, se si vuol conseguire pienamente l'ideale del giusto; che, in un ordinamento sacro, non è al di là del diritto, ma anzi vi si mescola e con esso si fonde.

Ecco perché al centro dell'ordinamento canonico v'è quel principio di equità che i canonisti chiamano canonica. *Aequitas canonica*: quasi per sottolineare una forma di equità che serve ai canonisti, di cui essi hanno bisogno, che hanno contribuito a creare. Leggiamo una delle sue molteplici definizioni dove si punta il dito proprio sul suo particolarismo: « iustitia pensatis omnibus circumstantiis particularibus dulcore misericordia temperata », quella giustizia che si riesce a raggiungere dopo aver soppesato minuziosamente tutte le circostanze, sempre tenendo conto di quel soggetto singolo carico di fragilità umane e quindi meritevole di misericordia in forza della sua debolezza.

E si profila una ulteriore diffidenza. Oltre che per la riduzione del giuridico in un castello logico o in un sistema, oltre che per il diritto innaturalmente immobilizzato in una legge generale, diffidenza per il formalismo. Noi giuristi laici siamo ancora oggi malati di formalismo. Certo, abbiamo bisogno di categorie formali perché il

⁽³⁾ *Summa Theologica*, Prima Secundae, q. 7, artt. 1 e 2.

sapere giuridico è scienza ordinante, ma non ci rendiamo sempre conto che talvolta queste tendono a separarci da una realtà che è mobilissima. La legge, la logica, il sistema, l'insieme delle forme talvolta tendono a distaccarsene. E allora si verifica tragicamente il declino del diritto, perché abbiamo una corteccia separata dalla sua sottostante linfa sociale economica culturale. Questo rischio il diritto canonico non lo può correre, perché sarebbe il totale discredito — e il collasso — dell'ordinamento della Chiesa: un ordinamento giuridico ridotto a una vera mostruosità storica. In questo caso l'accusa luterana avrebbe veramente un grosso senso.

Due parole conclusive su questa mentalità, cui prassi e riflessione canoniche danno vita. È una mentalità empirica, che privilegia il particolare, che privilegia le circostanze di un atto, le circostanze umane in primo luogo ma anche quelle contestuali; che, consequenzialmente, concepisce la regola giuridica come naturalmente elastica; che, concretandosi precisamente in un'analisi minuta di tante individualità, eleva a un ruolo centrale e propulsivo dell'ordinamento il giudice assai più del legislatore. Chi vi parla esercita la funzione di giudice canonico nel Tribunale Regionale Etrusco di Firenze e ha la possibilità di constatare quotidianamente nella esperienza pratica la centralità che il giudice ha ancora oggi nel diritto della Chiesa.

5. *Il diritto canonico come mentalità e la sua rilevanza storico-giuridica: alle radici del common law.*

È giunto però il momento di domandarci se questa mentalità, al di là delle influenze sui singoli istituti, ha avuto qualche riscontro sulla cultura giuridica generale.

Un influsso non smentibile è sulla formazione del *common law*.

Voi sapete che *common law* significa un pianeta giuridico che è dapprima inglese e poi anche nordamericano e di tante colonie inglesi. Ma è un pianeta che ha un suo percorso e una sua storia abbastanza separati da quelli dei paesi dell'Europa continentale e dell'America Latina.

Noi abbiamo vissuto una storia discontinua. Vi ho puntualizzato il Cinquecento come l'inizio di una frattura nella storia giuridica occidentale; da quel momento corre, per così dire, una seconda storia che non si pone in rapporto di continuità con l'esperienza

giuridica medievale, anzi in polemica, in rottura, nel disperato impegno a sbarazzarsi dei valori del medioevo giuridico come di una zavorra di pesi morti, di disvalori. Noi siamo gli eredi di quella frattura. In un paesaggio ormai secolarizzato, con le metafisiche medievali ridotte a favolette per infanti, ci siamo costruiti un regno di garanzie formali: divisione dei poteri, principio di stretta legalità, certezza del diritto, e così via. Grandi valori da rispettare sempre e comunque, ma di cui dobbiamo anche cogliere i limiti, derivanti dall'essere puramente formali.

Il mondo del *common law* ignora questa discontinuità, questo iato profondo che si è verificato nell'Europa continentale, nell'area che i comparatisti chiamano di *civil law*. Il fenomeno del *common law* ha una storia giuridica perfettamente continua dal medioevo all'età contemporanea, non smentendo in alcun modo le proprie origini medievali. Che sono origini forgiate soprattutto da ecclesiastici e necessariamente impregnate di diritto canonico. Ogni tanto, fra gli storici inglesi del diritto, si delinea una volontà di ripulsa o il tentativo di attenuare una simile ipotesi, rivendicando il tratto di fondo del *common law* a pretese valenze originarie del costume anglosassone; patriottismo comprensibile ma dalla ispirazione basamente sciovinistica. Se si esamina minuziosamente le trame degli istituti e del processo e tutto il progetto giuridico sottostante, come è stato anche recentissimamente fatto, l'ipotesi ne esce confermata e avvalorata (4).

La *Court of Chancery*, questo elemento evolutivo del *common law*, è un tribunale che, addirittura fino alla scissione di Enrico VIII, ossia fino al quarto decennio del secolo XVI, maneggia principii e nozioni di diritto canonico, è portatrice di una mentalità canonistica, esprimendola in regole precise. In forza dei trapianti che dall'Inghilterra si effettueranno nel Nordamerica, abbiamo un vastissimo universo giuridico il quale trova nel diritto canonico un marchio di costruzione e un preciso contributo di mentalità: concretezza, elasticità della regola, attenzione per il particolare, attenzione per le circostanze singole, individue, valorizzazione piena del giudice al

(4) Si veda, recentissimamente, J. MARTINEZ TORRON, *Anglo-american Law and Canon Law - Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1998.

centro dell'ordinamento come cognitore eccellente delle vicende particolari. Il diritto canonico medievale deve essere annoverato fra i geni della nuova creatura giuridica.

6. *Il diritto canonico come mentalità giuridica e il suo messaggio metodologico: un contrappunto comparativo per il giurista di civil law.*

Ecco già una prospettiva che io vi disegno: il diritto canonico ha un figlio insospettato, il *common law*. E in un momento in cui l'intero universo giuridico a livello mondiale subisce sempre di più il modello anglosassone, sia pure indirettamente attraverso questo canale, è la mentalità canonica e canonistica che, inaspettatamente, ha una qualche reviviscenza. Ma v'è ben di più: su un piano metodologico e di approccio generale, è una mentalità che sembra oggi meritevole di attenzione. Dal diritto canonico possiamo ricevere una benvenuta lezione di metodo. Il diritto canonico può oggi, culturalmente, fungere per noi giuristi di *civil law* da prezioso momento comparativo.

Dopo cinque secoli di statalismo giuridico, di culto della legge, di culto del Codice, di fiducia nelle virtù taumaturgiche del legislatore, tocchiamo con mano i difetti e i limiti enormi di una siffatta impostazione. E ci rendiamo conto che, acquisendo la convinzione della strumentalità del diritto — strumento prezioso, anzi necessario, ma strumento —, siamo sempre più insoddisfatti dei sistemi geometrici, siamo sempre più persuasi della inidoneità della legge a fungere da ordinatrice monocratica di una società socialmente economicamente tecnicamente assai complessa, arrivando a due risultati innovativi, l'uno in stretta correlazione con l'altro: la necessaria elasticità della regola giuridica, la valorizzazione dell'interprete/applicatore.

Prendiamo ad esempio un movimento che è tipico dell'oggi e ancor più lo sarà del domani: la cosiddetta globalizzazione. Se ne parla troppo e spesso a vuoto, e se ne parla soprattutto sotto il profilo politico ed economico, rispetto al quale scoppiano anche episodi di violenza e di ripulsa, trattandosi di fenomeno che tende a imporre a livello mondiale la supremazia di una superpotenza e di

grosse centrali economiche multinazionali a quella superpotenza legatissime.

Ma globalizzazione vuol dire anche, a livello giuridico, un'altra cosa: vuol dire il crollo dello statalismo giuridico e un mondo degli affari che ha preso strade sue, ha rifiutato il diritto degli Stati immobilizzato in un coacervo di leggi, ha rifiutato i Tribunali statali, le loro lentezze, i loro burocratismi e formalismi, ha cominciato a costruire al di là delle leggi, al di là dei Codici, un proprio diritto. Un proprio diritto all'insegna di un rifiuto netto del formalismo e di un altrettanto netto rifiuto di un rigido legalismo. Globalizzazione significa oggi anche riscoperta di un pluralismo giuridico. È il mondo della prassi economica che inventa figure appropriate alla realtà degli affari contemporanei, grezze fattuali plastiche, senza che abbia rilievo alcuno la loro assenza nel Codice civile o di Commercio, o nelle leggi speciali. Ormai, siamo di fronte a un diritto *extra legem*, che corre parallelo a quello ufficiale e legale, Un diritto elastico affidato alla scienza per quanto attiene al conio, affidato a giudici privati per quanto attiene alla sua applicazione ⁽⁵⁾.

Non facciamoci illusioni. Non è che l'odierno uomo di affari riscopra l'elasticità della regola giuridica assumendo a modello il diritto canonico. La riscopre perché gli giova o — se mai — perché scorre nelle sue vene il sangue dei giuristi empirici di *common law*. Ma è un fatto che la attuale globalizzazione significa crisi dei nostri vecchi modelli giuridici, urgenza di confezionarne di nuovi. In questo affaccendato laboratorio la metodologia canonica può essere utilmente riesumata dalla soffitta dove gli illuministi la gettarono. Il canonista osa dire che, in questo movimentato quadrivio degli odierni giuristi, può esserci posto anche per lui; il suo diritto può — ripetiàmolò ancora — fungere da prezioso momento comparativo.

Bisognerebbe, però, che ogni giurista — ed è, da parte mia, in tal senso una raccomandazione vivissima a voi studenti e quindi giuristi in formazione — avesse il coraggio di operare un benefico lavacro interiore. Il nostro laicismo di moderni ci insospettisce su

⁽⁵⁾ Chi avesse voglia di saperne di più può leggere il testo di una nostra conferenza che, essendo destinata a un pubblico colto ma eterogeneo, è facilmente comprensibile anche da studenti novizii: *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il Foro Italiano*, maggio 2002, V.

tutto ciò che porta l'emblema del sacro e, figli di ben duecento anni di sottile propaganda illuministica, diffidiamo di un fenomeno giuridico che sa di comunità clericale e parla e prescrive in tema di sacramenti, di poteri sacerdotali, di interdetti e di scomuniche. Cose, tutte queste, che a stento possono interessare il solo fideista e non il moderno cittadino definitivamente affrancato. Un simile atteggiamento, che è purtroppo comune, ottiene, da un punto di vista strettamente culturale, lo stesso risultato che recare perennemente sul proprio naso degli occhiali affumicati che alterano il paesaggio e non consentono di percepirlo nella sua obbiettività e multiformità. È infatti la multiformità del paesaggio offerta dal diritto della Chiesa che va recuperata; le tante incrostazioni teologico-liturgico-pastorali non devono impedirci di afferrare il suo vivace messaggio metodologico.

Il nostro è sicuramente un momento di crisi, momento in cui il giurista consapevole è percorso da un sentimento di disagio e non può non mettersi alla ricerca di nuove soluzioni. Io e la collega Chiara Tenella eravamo a Pisa, ai primi di marzo di quest'anno, per partecipare a un grande Congresso scientifico promosso con benemerita iniziativa dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo pisano. Tema: Il problema delle fonti del diritto. E vi è convenuto un folto numero di giuristi, soprattutto privatisti, che sentivano impellente il problema delle fonti, nella lucida persuasione che non lo si potesse più risolvere semplicisticamente trincerandosi nella finora dominante certezza legolatrice e rinviando i perplessi e gli scontenti al nostro sistema durissimo di legge vigenti e cogenti.

Amici studenti, noi dobbiamo tener conto — lo diceva nel Convegno pisano Stefano Rodotà — di un fenomeno sempre più diffuso e che sempre più si ingigantisce: la privatizzazione delle fonti, la loro moltiplicazione e frammentazione. Nessuno si sentirebbe — io credo — di esorcizzare i tanti problemi, e fondamentali, che gravano sulle spalle del giurista ripetendo spicciativamente 'dura lex sed lex'. Oggi si ripete più volentieri l'affermazione dell'antica sapienza che il diritto, tutto il diritto, è costituito *hominum causa*, ha una ineliminabile dimensione strumentale, è strumento per l'uomo e alle sue esigenze deve piegarsi ed elasticizzarsi. E ritorna l'atteggiamento metodico e il motivo di fondo caratteristici dello *ius Ecclesiae*.

Desidero chiudere la lezione leggendovi un testo che mi sono fotocopiato; proviene dalla penna di un grande canonista italiano moderno, Francesco Ruffini. Nei manuali di storia si ricorda Ruffini come il personaggio che studia egregiamente la libertà religiosa nei difficili anni Venti, come l'amico e il sodale di Piero Gobetti, come uno dei pochissimi professori universitarii che rifiutarono il giuramento al regime fascista mentre tanti docenti — anche futuri protagonisti della nostra sinistra parlamentare — non esitarono a giurare. Per noi giuristi è un agguerrito cultore del diritto costituzionale, ecclesiastico e canonico, nonché della storia del diritto, ed è a lui come scienziato che in questo momento io ricorro. Con una aggiunta di carattere ideologico, che ci sarà utile per valutare appieno il frammento ruffiniano: lo scrittore non è certo un apolo-gista cattolico, al contrario è un agnostico con un atteggiamento sostanzialmente laicista.

Il frammento è tratto da un saggio che Ruffini scrive nel 1905 sul problema allora scottante e discusso della codificazione del diritto canonico appena avviata, un saggio vecchio ma non invecchiato, che vi raccomando, sia per l'acutezza della diagnosi giuridica, sia per la comprensione che dimostra — lui laicista — verso il diritto della Chiesa Romana e, in primo luogo, verso quella mentalità di cui abbiamo tanto discorso nella nostra lezione e che a Ruffini appare degna di attenta considerazione ⁽⁶⁾.

Lasciamo a lui la parola: « Stretta fra la rigidità medievale delle sue linee direttive e l'incalzare e il premere dei tempi sempre mutabili e delle genti più diverse che mai ordinamento umano abbia in sé raccolte, essa [la Chiesa Romana] ha saputo fin qui uscirne in un modo in cui si è addimostrata tutta la virtuosità del versatile spirito romano. Noi saremmo anche disposti a parlare addirittura alla romana di virtù, perché è stato certo un grande esperimento di abilità e di forza. Dove il protestantesimo ha provveduto ai mutabili indirizzi dei tempi e ai diversi umori degli uomini con la infinità delle sue variazioni, il cattolicesimo ha posto l'infinita varietà dei suoi provvedimenti od anche dei suoi espedienti. La Curia Romana ha portato ad un'eccellenza insuperabile l'arte di dire e di non dire, di

⁽⁶⁾ F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, ora in *Scritti giuridici minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1936.

proibire insieme e di concedere, di badare a tutti e di dissimulare *temporum ratione habita* [tenuto conto dei singoli momenti in cui l'azione viene concepita od attuata]. Che capolavoro di adattabilità pratica non è l'istituto delle dispense, una creazione tutta quanta ecclesiastica che consente alla Chiesa di tener ferma la legge unica di fronte al cozzo dei casi diametralmente opposti, di lasciar scritta la legge arcaica mentre la disciplina vigente la contraddice in tutto. E che portento di diplomazia giuridica quel più moderno accorgimento del *tolerari posse* [cioè la tolleranza di un illecito per evitare un illecito maggiore], che è venuto anch'esso assumendo, poco alla volta, consistenza di vero istituto di diritto canonico e che ha permesso che la Chiesa potesse ad un tempo scomunicare come invasori dei suoi beni i sovrani del Piemonte e sciogliere i soldati che militarono in quell'impresa, fulminare le leggi sul divorzio e togliere gli scrupoli ai giudici cattolici francesi che lo pronunciano, imporre l'istruzione religiosa nelle scuole e approvare le scuole miste aconfessionistiche di Svizzera e di America, lasciare che al di là delle Alpi si tratti in ogni occorrenza con gli eretici e condannare in Roma, come favoreggiatori dell'eresia, i tipografi che stampassero biglietti di invito per le adunanze evangeliche » (7).

Alla domanda, che Ruffini si pone e che è chiaramente retorica dopo un siffatto elogio, e cioè se veramente la codificazione possa, per un ordinamento giuridico come la Chiesa, essere il mezzo idoneo a disciplinare la plasticità naturale e irrinunciabile della *regula iuris* canonica, sappiamo che la Sacra Gerarchia rispose attuando il Codice, anche se — come è noto — di Codice singolarissimo si tratta. Resta — ed è quel che qui ci preme — la cifra identificata con acutezza dal grande giureconsulto piemontese in un testo che è splendida testimonianza di comprensione storico-giuridica. In quella cifra, lo si voglia o non, si codifichi o si mantenga il pluralismo di fonti dello *ius vetus*, sta, per così dire, il 'segreto' del diritto canonico, la sua mentalità specifica; la quale è connaturata a un diritto squisitamente strumentale.

Anche oggi che il legislatore del Codice giovanneo vigente del 1983 sembra aver preferito una folta previsione di norme locali, e

(7) F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, cit., p. 94.

quindi sotto molti aspetti un mosaico normativo, l'idea di una norma generale, che può e deve piegarsi ad esigenze particolari quando lo richiedano i due imperativi in stretta congiunzione della *ratio peccati vitandi* e della *salus aeterna animarum*, rappresenta un principio che laicamente mi sentirei di qualificare come costituzionale, inerente cioè alla istituzione divina e alla costituzione intima della Chiesa. Un principio che, anche se non dichiarato, è da leggersi scritto a inchiostro simpatico al di sotto di ogni canone.

Lì sta il 'segreto' del diritto canonico, da lì deriva a questo ordinamento giuridico di potersi erigere e trasformarsi in mentalità giuridica, da lì discende anche il nostro odierno interesse culturale di giuristi (qualunque sia la nostra scelta sul piano religioso).

VALORE E LIMITI DELLA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO

(CON QUALCHE ANNOTAZIONE SULLA
SCELTA CODICISTICA DEL LEGISLATORE CANONICO)

1. Genesi e motivazioni d'una relazione. — 2. La scelta codicistica di Pietro Gasparri: un Codice come tutti gli altri? — 3. Codice. I rischi di una nozione polisemica. — 4. Codice: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica - Codice e illuminismo giuridico. — 5. Codice: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica - Codice e Rivoluzione francese. — 6. Codice e assolutismo giuridico moderno. — 7. La codificazione del diritto canonico e l'apporto critico della cultura giuridica canonistica.

1. *Genesi e motivazioni d'una relazione.*

Mi sia consentito, all'inizio di questa relazione, esprimere un duplice sincero sentimento di gratitudine agli organizzatori del Convegno: per avermi invitato a prender parte come relatore a questa felice iniziativa, che è la testimonianza della vivacità culturale del giovane ma già fecondo « Istituto di diritto canonico San Pio X »; per aver generosamente elevato la mia relazione a prolusione del *dies annualis* dello « Studium Generale Marcianum », dandomi il privilegio di parlarvi in questa splendida Basilica-Santuario che è, uno dei simboli più alti della splendida Venezia.

Due parole sulla intitolazione (e sul conseguente contenuto) della mia relazione: « Valore e limiti della codificazione del diritto », cui — in questa redazione scritta — ho aggiunto un sotto-titolo precisatore e chiarificatore sul ruolo e sulle finalità di essa. Di primo acchito, può sembrare un fuor d'opera, se comparata con la specificità del Convegno dedicato, nella prima giornata, a Giuseppe Sarto vescovo e patriarca, nella seconda, alle riforme giuridiche di Pio X.

All'origine di un titolo siffatto sta un colloquio telefonico, nel quale il collega ed amico carissimo Giorgio Feliciani mi partecipava un primo invito e mi segnalava un possibile titolo, nella esigenza che, in un Convegno dedicato per buona parte alla scelta codificatoria di

Papa Sarto (e di Gasparri), fosse ben chiaro agli odierni canonisti l'autentico significato storico-giuridico della forma « Codice ».

Aderii con piacere alla proposta di Feliciani. Una relazione generale così impostata avrebbe avuto un duplice risultato: sul piano storico, di motivare e capire meglio i dubbi, gli sgomenti, le opposizioni anche aspre che il progetto codificatorio suscitò ripetutamente nel trentennio che va dal primo manifesto emergere del problema in seno al Concilio Ecumenico Vaticano Primo al motu proprio del 1904 con l'avvio concreto dell'operazione formativa del *Codex* (1); sul piano tecnico-giuridico, di invitare a riflettere sulla fonte-Codice e sulla sua compatibilità con l'essenza del diritto canonico. È pur vero che la Chiesa Romana, nel corso del secolo passato, sia con il Codice piano-benedettino, sia con il Codice giovanneo, ha ribadito una precisa scelta, ma è forse una doverosa acquisizione culturale la problematizzazione del gran tema delle fonti, tema nodale sul modo di manifestarsi della giuridicità alla superficie di un ordinamento giuridico.

2. *La scelta codicistica di Pietro Gasparri: un Codice come tutti gli altri?*

Non v'è dubbio che pesarono gravemente sul primo *Codex* alcuni modelli assai condizionanti (mi veniva fatto di dire: soffocanti): un modello tecnico-culturale, quello romano, che costrinse Gasparri ad adottare la inadatta tripartizione gaiana in *personae, res, actiones*, tanto inadatta da obbligarlo a ingabbiare i sacramenti tra le « cose » con un sostanziale snaturamento della loro quiddità spirituale; un modello di manifestazione e redazione della disciplina normativa, il Codice appunto, che gli Stati moderni avevano generalmente adottato e al quale aveva ceduto dopo molte e fortunate

(1) Vi accenna, anche se con ironica sufficienza, lo stesso Gasparri nella eccessivamente apologetica *retractatio* fatta all'estremo della sua lunga vita, in occasione di un Congresso internazionale (cfr. P. GASPARRI, *Storia della codificazione del diritto canonico per la Chiesa latina*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis VII saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis, Romae 12-17 novembris 1934, Romae, Pontificium Institutum Utriusque Iuris, 1937, vol. IV, pp. 4-5*).

resistenze ⁽²⁾, proprio in quegli ultimi decenni dell'Ottocento, la grande realtà del *Reich* germanico.

Si trattava di un modello partorito da quella modernità giuridica, cui ha fatto cenno il Patriarca nel suo discorso introduttivo per il « *Dies Annularis* », modello congeniale e speculare allo Stato moderno, progettato dall'illuminismo e realizzato dalla Rivoluzione. Vi dedicheremo attenzione nel corso della relazione, ma vi accenniamo fin d'ora per sottolineare che la scelta codicistica rappresentò una svolta assai brusca rispetto all'assetto delle fonti giuridiche accolto e sempre rispettato nel bimillennio del distendersi dello *ius vetus*, incidendo a fondo su quel carattere di elasticità che era stata l'indiscussa e fertile peculiarità dello *ius ecclesiasticum*; assetto che non è smentito né dai progetti codificatori di Pio VII e di Gregorio XVI riguardanti lo Stato Pontificio, né da un nuovo stile ispirato a semplicità, brevità e chiarezza abbastanza riscontrabile durante il corso dell'Ottocento negli atti normativi dei Pontefici ⁽³⁾.

Queste novità — peraltro relative e parziali — ci disegnano piuttosto assai bene il prender campo di un atteggiamento imitatorio per quanto si è fatto e si sta facendo nelle potenze temporali, che sarà dominante nei sostenitori della codificazione, primo fra tutti in Pietro Gasparri ⁽⁴⁾. Sembra proprio che costoro siano assillati da una domanda inespresa ma incombente: perché non può e non deve fare la Chiesa, nella sua veste — ormai acquisita alle certezze del diritto canonico — di *societas iuridice perfecta* quanto hanno compiuto gli Stati, entità parimente qualificabili nel loro ambito come *societates iuridice perfectae*? Il Codice, cioè, si proponeva agli occhi dei sostenitori come la affermazione e la dimostrazione *coram omnibus* del raggiungimento riconosciuto di quella *perfectio*.

Ma v'è di più: in una Chiesa, che vede minacciata la sua stessa

⁽²⁾ Fortunate, perché le resistenze di SAVIGNY e dei giuristi facenti capo alla « Scuola Storica » permisero il protrarsi, in Germania, per tutto il secolo XIX, di una riflessione dottrinale e di una operosità giudiziale che, ancora investite del ruolo di fonti primarie dell'ordinamento, si segnalano per il timbro di un'alta creatività.

⁽³⁾ Si vedano le notazioni di C. FANTAPPIÉ, *Per la storia della codificazione canonica (a cento anni dal suo avvio)*, in « *Ius Ecclesiae* », 16 (2004), p. 46.

⁽⁴⁾ Si veda la documentazione offerta da G. FELICIANI, *Il cardinal Gasparri e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, I, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998, p. 577.

libertà con le erosioni dello Stato Pontificio cominciate nel 1859 in seguito alle invasioni subalpine, che si sente assediata e che pertanto è tutta protesa a rafforzare le mura della cittadella e a chiuderne le porte, lo strumento « Codice », fonte generale e connotata di rigidità (fatto salvo il principio della equità canonica operante *ex iure divino* al di sotto di ogni imperativo generale), appare (e, in realtà, è) un mezzo efficace di controllo e di centralizzazione di una giuridicità canonica consegnata il più delle volte, nello *ius vetus*, a dottori e a giudici, ossia a fonti poco controllabili, i primi perché immersi in scuole e correnti, i secondi perché immersi nell'atomismo di mille fattispecie particolari.

Si impone però una doverosa precisazione per non fare indebitamente torto a Pio X e a Gasparri. Pur in una marcata spinta imitatoria di quanto avveniva nella più gran parte degli Stati dell'Europa continentale, non mancò ai redattori del primo *Codex* la convinzione che il Codice non era un fine ma soltanto uno strumento per aiutare l'*homo viator* alla conquista della *salus aeterna*.

Basterebbe a certificarlo l'eloquente can. 2214, con cui si è voluto aprire la « pars secunda » del libro quinto « de delictis et poenis » dedicata alla irrogazione delle pene, ossia la porzione più « terribile » dell'ordinamento canonico e di ogni ordinamento giuridico. Il canone riproduce, com'è noto, un monito tratto dai *decreta* del Concilio di Trento, che è interamente un rifiuto del legalismo e del formalismo, di una visione potestativa e controllatrice del diritto, che è invece la conclamazione della pastoralità dello *ius canonicum* al servizio della *humana fragilitas* espressa in un frasario suggestivo appartenente alla retorica stilistica più alta ⁽⁵⁾.

(5) È singolare che il monito tridentino non sia stato riprodotto nella redazione codicistica del 1983. Volontà di separarsi da ogni aggancio con il Concilio della Controriforma cattolica? Pleonasticità del riferimento in un Codice che, da un punto di vista rigorosamente giuridico, soffre anche sotto il profilo formale di un eccesso di indulgenze pastorali?

Solo per il lettore non-canonista si riproduce qui di seguito il testo del can. 2214 § 2: « Prae oculis autem habeatur monitum Conc. Trid. sess. XIII, de ref., cap. 1: Meminerint Episcopi aliique Ordinarii se pastores non percussores esse, atque ita praesentibus sibi subditis oportere, ut non in eis dominantur, sed illos tanquam filios et fratres diligant elaborantque ut hortando et monendo ab illicitis deterreant, ne, ubi deliquerint, debitum eos poenis coercere cogantur; quos tamen si quid per humanam

Basterebbero, inoltre, a certificarlo le sostanziali deviazioni rispetto al modello di Codice applicato — sia pure con variazioni (6) — all'interno dei singoli Stati. Due ci sembrano rimarcabili.

In primo luogo, la valorizzazione dello *ius vetus* e pertanto della dimensione storica puntigliosamente precisata nel can. 6 (7), non rinnegando e cancellando la Chiesa l'operato della sua bimillennaria esistenza, a differenza del presuntuoso legislatore laico frettoloso nello sbarazzarsi (almeno formalmente) del gravame di un passato avvertito come cosa morta e assolutamente superata dal progresso incessante.

In secondo luogo, una soluzione aperta per il più grosso problema che ogni codificatore ha dinnanzi a sé, il problema delle lacune del sistema codificato, che il can. 20 affronta con un autentico respiro da *ius vetus* con i rimandi a fonti estranee a quel sistema (i « generalia iuris principia », la « praxis et stylus Curiae Romanae », la « communis et constans sententia doctorum »). Significativa e rimaricabile è la diffidenza tutta canonica verso soluzioni generali che possono non tenere sufficientemente conto di quella realtà unica che è il singolo *homo viator* da accompagnare nella sua specificità lungo il proprio itinerario terreno. Se si vuole misurare tutto con il metro di una logica astratta, abbiamo una indubbia incoerenza, all'interno di un testo raccoglitore di norme generali, in quella

fragilitatem peccare contigerit, illa Apostoli est ab eis servanda praeceptio ut illos arguant, obsecrent, increpent in omni bonitate et patientia, cum saepe plus erga corrigendos agat benevolentia quam austeritas, plus exhortatio quam comminatio, plus caritas quam potestas; sin autem ob delicti gravitatem virga opus erit, tunc cum mansuetudine rigor, cum misericordia iudicium, cum lenitate severitas adhibenda est... ».

(6) A differenza della codificazione napoleonica, che si ispira a un rigido positivismo giuridico, lo ABGB austriaco del 1811, Codice che ha un retroterra storico ben diverso da quello francese e dove continua a farsi sentire — accanto alle istanze illuministiche — il vecchio *ius commune* di marchio medievale e pos-medievale, nel paragrafo che imposta il problema delle lacune (il § 7), affida al giudice la verifica dei principi generali, quando afferma che « rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate » (si cita dalla traduzione ufficiale in lingua italiana per il Vicereame Lombardo-Veneto).

(7) Con un piglio deciso, che il legislatore canonico dell'83 ha abbastanza smorzato nell'attuale can. 6.

precisazione appunto del can. 20 che esige la verifica dei principi generali alla luce dell'equità canonica; verifica, però, salvante perché sempre l'equità canonica si porrà come richiamo al particolare, all'esperienza particolare di vita vissuta gremita di fatti e bisogni particolari; e l'incoerenza logica e sistematica viene ad inquadrarsi perfettamente nel progetto di un sacro ordinamento, che non deve mai dimenticarsi della sua sacralità.

3. *Codice. I rischi di una nozione polisemica.*

E vengo alla scelta codificatoria operata per ben due volte dal legislatore canonico, impegnando lo storico del diritto nella risposta a questa puntuale domanda: che cosa Pio X e Gasparri sceglievano, quando adottavano anche per il diritto della Chiesa Romana la forma-Codice quale fonte regolativa generale del suo ordinamento universale? Ci sarebbe una seconda domanda, e imbarazzante, che un colto canonista ha ben segnato in un pregevole saggio già più sopra ricordato: « quale grado di consapevolezza hanno avuto i redattori del Codice delle implicazioni ecclesiologiche e canonistiche dell'operazione culturale che intraprendevano? » (8).

Sì, perché scegliendo il Codice, non si faceva qualcosa di innocuo, di puramente formale, senza implicazioni ideologiche e culturali. Al contrario, si assumeva a suprema fonte canonica il prodotto tipico di un certo momento storico e — quel ch'è peggio — intriso delle ideologie in esso circolanti. Ma cerchiamo di chiarire meglio gli accenni qui fatti e di inoltrarci a operare quell'approfondimento richiestomi dall'amico Feliciani e dagli organizzatori di questo Convegno.

Ce n'è bisogno, perché il tema 'Codice', codificazione, può essere gremito di equivoci fuorvianti, a causa della polisemia che gli è intrinseca, cioè della molteplicità di contenuti e di significati (9).

(8) FANTAPPIÈ, *Per la storia della codificazione canonica*, cit., p. 44.

(9) Per chi volesse trovare una esposizione dettagliata dei tanti problemi, che per lo storico del diritto solleva il grosso tema della codificazione moderna del diritto nell'Europa continentale, esposizione cui si deve qui solo assai sinteticamente accennare in ragione dell'indole della presente relazione, possiamo rinviare a un nostro saggio recentissimo: P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, che

Termine e nozione possono, infatti, essere assunti nella accezione assolutamente generica tesa a indicare ogni attività fissatoria e sistematoria che viene operata del diritto. In questo vaghissimo campo di osservazione possono essere accomunate le tante codificazioni che costellano la storia occidentale dalla antichità classica ad oggi, accostando il « Codex Hermogenianus » redatto da un privato nel secolo IV d.C. al « Code Napoléon » del 1804 frutto della volontà di un investito del potere supremo, codici che sono semplici raccolte ordinate di norme del passato e veri sistemi organici unitari che con il passato intendono rompere.

È evidente che per lo storico del diritto una simile generica accezione è insoddisfacente, perché gli impedisce la messa a fuoco di quel « Codice » che ha un ruolo protagonista nella storia moderna dell'Europa continentale dal 1804 ad oggi, fino ad oggi quando si parla ancora fittamente di « Codice » magari per discuterlo o addirittura per rifiutarlo.

Il Codice della matura età moderna, dall'evento rivoluzionario parigino in poi, è qualcosa di qualitativamente diverso da una vaga attività fissatoria e sistematoria, qualcosa di profondamente diverso nella sua limpida tipicità storica, tanto da rendere respingibile ogni indebito accomunamento. Lo storico del diritto, se vuol tenere dietro con rigore al suo mestiere, se vuole offrire al giurista, a ogni giurista e pertanto anche al canonista, un utile strumento interpretativo, piuttosto che fare confusamente d'ogni erba un fascio, deve separare e distinguere per recuperare appieno le motivazioni e le funzioni, insomma la tipicità, di questa fonte nuova che il « moderno » costruisce a sua immagine e per proprie finalità.

4. *Codice: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica - Codice e illuminismo giuridico.*

Anticipando quella che sarà la nostra motivata conclusione — e solo allo scopo di far maggiore chiarezza —, si deve fermamente

costituisce la relazione al Convegno tenuto il 20 dicembre 2004 presso la Accademia Nazionale dei Lincei in occasione del bicentenario della codificazione civile napoleonica (la Relazione è in corso di stampa a cura della stessa Accademia negli « atti » della intera giornata congressuale).

premettere che il Codice non è la scelta occasionale di un legislatore più zelante. È, al contrario, un modo tutto nuovo di affrontare il problema delle fonti e di risolverlo, un modo che è essenzialmente vincolato all'immagine nuova che di società, di Stato, di diritto viene disegnata con geometrica precisione nel secolo XVIII consolidandosi poi nel XIX: prima di questa maturità moderna abbiamo codificazioni nel senso generico sopra precisato, ma non abbiamo quella fonte tipica e nuova che è il Codice.

Sottolineiamo il voluto uso di questo singolare, perché, prima ancora di esserci il codice francese, quello austriaco, quello canonico, e così via, v'è un progetto pensato e voluto che fa del « Codice » una soluzione nuova al problema della produzione giuridica, una novità sul piano delle fonti che non si era mai dato di registrare fino ad allora. La storia delle fonti ha un prima e un poi, solcata da un profondissimo fossato di discontinuità che corre esattamente negli anni in cui, tra fine Settecento e inizio Ottocento, si redige il primo Codice, e cioè il « Code civil » di Napoleone I. Questo primo Codice, promulgato nel 1804, ossia quindici anni dall'avvio della grande Rivoluzione, non poteva generarsi prima, giacché l'idea-Codice, la forma-Codice, il progetto-Codice insomma, presuppone due grossi eventi storici europei: l'illuminismo giuridico quale estrema derivazione dell'incisivo movimento giusnaturalistico e la Rivoluzione, la rivoluzione francese.

Dell'illuminismo giuridico preme, in questa sede, mettere in evidenza il suo modo di affrontare il problema delle fonti e di risolverlo. Risalta un atteggiamento di schietta fiducia: con gli occhi finalmente liberi da impacci metafisici, si è convinti di leggere la natura delle cose sociali allo stesso modo di come, dal Cinquecento in poi, le scienze fisiche e matematiche hanno decrittato la natura del cosmo; si è cioè capaci di leggersi principi e regole, che sono certi e chiari in grazia della loro razionalità e che, proprio perché tali, possono e debbono essere fissati una volta per tutte, ridotti a sistema, proiettati al di sopra dei limiti spaziali e temporali.

In questa persuasione, è evidente l'esigenza, quasi la necessità, di fissarli in un testo, perché hanno da essere rigidi nelle loro geometriche verità: la testualità, la testualità cartacea, garantisce

infatti il massimo della rigidità ⁽¹⁰⁾. Secondo il verbo delle scuole giusnaturalistiche, che l'illuminismo riprendeva e intensificava, il diritto che si andava disegnando si contrassegnava per una liberante astoricità: recupero di quella giuridicità autentica manifestatasi solo nella pre-storia e invece ampiamente contaminata dalle successive vicende storiche; un diritto razionale portatore delle virtù della universalità e della generalità, ma anche della astrattezza, cioè dello svincolo dalla prigionia della particolarità dei fatti economici e sociali.

Ho parlato più sopra di fiducia e di nuova capacità di lettura. Restano, dunque, inalterate le vecchie fonti che avevano assicurato fino al Settecento (sia pure assai stancamente) l'adeguamento del vecchio diritto medievale, e cioè dottori e giudici, giuristi insomma quali interpreti di un sottostante reticolato di consuetudini?

Come si affermava più sopra parlando delle istanze codificatorie in seno alla Sacra Gerarchia, (dottrina giurisprudenza consuetudini sono fonti assai poco controllabili) senza contare che sono immerse fino al collo nelle vicende e nei fatti (a cominciare dalla stessa dottrina, che ha sempre mantenuto — dai Glossatori al tardo diritto comune — un suo tratto tipizzante squisitamente casistico); senza contare che a quelle fonti — appunto, casistiche, fattuali — era da imputarsi nelle concordi requisitorie degli illuministi la incertezza e la caoticità di cui soffriva indubbiamente il vecchio diritto.

La scelta dell'illuminismo giuridico fu precisa: coerentemente a una forte idealizzazione della figura del Principe — personaggio al di sopra delle passioni, al di sopra dei fatti e delle vicende particolari, più un modello per ogni uomo che uomo egli stesso — si affidò a lui e alla sua Cancelleria di leggere la natura delle cose e di tradurla in regole.

La nuova civiltà secolarizzata si era dovuta privare di un lettore autorizzato e autorevole com'era stata per l'età di mezzo la Chiesa

⁽¹⁰⁾ L'esigenza della universalità e della rigidità del comando è bene espressa in questo testo di un intelligente illuminista lombardo del Settecento: « generalmente la legge non deve piegarsi dalla sua inesorabile universalità, ed essendo inesorabile, uopo è che sia dura talvolta. Ma questo è minor male che il cessare di essere universale »: A. VERRI, *Ragionamento sulle leggi civili*, pubblicato originariamente sul « Caffè » del 1776, ora in « Il Caffè », a cura di S. Romagnoli, Milano, Feltrinelli, 1960, p. 414.

Romana, l'unico lettore legittimato a identificare il diritto naturale, ad affermare la coerenza o meno d'una regola giuridica alla natura delle cose. Il vuoto fu colmato con un affidamento al Principe, ripetendo sul piano strettamente giuridico quanto le Chiese riformate avevano in precedenza attuato sul piano religioso.

Nell'illuminismo giuridico circola un sentimento deciso di fiducia nel potere politico, cui si contrappone la altrettanto decisa sfiducia nel « sociale ». È lo Stato con la sua volontà e i suoi progetti e non la società con i suoi mille volti e il suo ventre sfatto a garantire la riduzione del diritto a sistema, a sistema razionale non inquinato dai fatti, con figure astratte ma nette e rigide come quelle che il geometra traccia sulla sua pagina bianca.

Con questa scelta di fondo, l'illuminismo giuridico si faceva campione dello statalismo, alterando il messaggio genuino del giunaturalismo — messaggio universalistico — e riducendo il diritto nelle mani dei vari Sovrani nazionali.

5. *Codice: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica - Codice e Rivoluzione francese.*

Ma il Codice è figlio di un altro evento enorme della modernità, la Rivoluzione dell'89, che, nel suo momento più maturo, quello giacobino, arriva a cancellare il paesaggio giuridico dell'antico regime, sostituendovi un paesaggio completamente nuovo. Il vecchio regno di Francia, fino all'ultimo, si presentava come una società di società, come una realtà complessa e composita in forza di una originaria e mai smentita struttura cetuale e corporativa, in forza di una immemorabile fondazione consuetudinaria che nemmeno il Re avrebbe potuto impunemente violare ⁽¹¹⁾.

La Repubblica, uscita dal lavacro sanguinoso di cinque anni di Rivoluzione, è una entità politica semplice, straordinariamente semplice. Lo Stato, stretto in una compattissima unità, non tollera al suo interno formazioni politiche ma nemmeno economiche e sociali,

⁽¹¹⁾ Lo abbiamo puntualizzato in un nostro recente sguardo sintetico: P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato - Fra medioevo ed età moderna*, Napoli, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, 2003 (Lezioni Magistrali - Collana diretta da F. De Sanctis).

falciate tutte sin dal primo maturarsi del grande sommovimento. Lo Stato, unità perfetta, pretende di avere quali interlocutori soltanto individui fisici, tutti presi nella loro singolarità, tutti giuridicamente uguali, soggetti disincarnati della loro carnalità storica, soggetti astratti, segnati da un carattere essenziale: la assoluta laicità. Il potere statale non gradisce ingombri sociali e deve potersi proiettare in un territorio francese incondizionatamente uniforme ⁽¹²⁾.

Un siffatto progetto di Stato non può non avere delle precise ripercussioni a livello giuridico. Il pluralismo di fonti, che l'assolutismo regio aveva tollerato, non può essere ulteriormente sopportato. Solo un diritto esclusivamente legale può assicurare l'unità, un diritto che in uno Stato portatore di un proprio messaggio etico si fonderà su principi affermati e stabiliti dallo stesso potere statale.

È la svolta giacobina a disegnare compiutamente il nuovo modello di Stato rivoluzionario. La esprime bene Robespierre, acceso politico ma anche eccellente maneggiatore delle tecniche giuridiche apprese negli anni d'esercizio della professione di avvocato: « nous voulons substituer... les principes aux usages... l'empire de la raison à la tyrannie de la mode » ⁽¹³⁾. Non più consuetudini striscianti in basso e dal basso provenienti, pertanto relativamente controllabili nella loro fattualità, ma principi, portatori del progetto politico giacobino e improntati a quella dimensione etica — ovviamente, etica civile, laicissima — della quale quel progetto è intriso.

In astratto, può essere anche l'impero della ragione in luogo dell'arbitrio della storia mutevole, ma in concreto è una razionalità che trova nel supremo potere politico la sua fonte identificatrice e manifestatrice. Esce da questo momento terminale della fase rivoluzionaria uno statalismo rischiosamente inclinante a diventare statolatria e un legalismo parimente incline a trasformarsi in legolatria.

La serrata politica esige di essere accompagnata da una serrata

⁽¹²⁾ Ci sia consentito di rinviare a una nostra recentissima riflessione: P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la "carta di Nizza", il "progetto di Costituzione europea" e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in « Jus », L. (2003) e in « Rivista di storia del diritto italiano », LXXVI (2003).

⁽¹³⁾ M. ROBESPIERRE, *Discours sur les principes de la morale politique*, ora in *Discours et rapports à la Convention*, a cura di M. Bouloiseau, Paris, Union Gén. d'Éditions, 1965, p. 212.

giuridica: non più tante fonti plurali spesso disordinate e spesso provocanti incertezza grande, ma una sola fonte, la legge, proveniente dall'alto sicura nella sua ortodossia etico-politica, sicura nella sua testualità rigida, certa e chiara come avevano da parecchio tempo preteso i vati delle critiche illuministiche. Il potere, quello nuovo, cosiddetto democratico, esprime la volontà della nazione e solo la sua voce autorevole può esprimerla a livello giuridico. È l'incoronazione cosiddetta democratica della legge, posta al sommo di una gerarchia di fonti ma, in sostanza, unica fonte autenticamente normativa ⁽¹⁴⁾.

Nel lucido progetto politico-giuridico giacobino, il diritto è troppo rilevante per essere lasciato fuori della vigilanza del Sovrano; il pluralismo — una eredità che veniva da lontano e che la Monarchia aveva in buona parte accettato quale reliquia di un remoto patto non-scritto con il popolo — deve cedere a un severo monismo. Si inaugura in questi anni di fine Settecento quella esasperazione legalistica che ancora oggi appare perdurante.

6. *Codice e assolutismo giuridico moderno.*

Era una esasperazione che, come abbiamo tentato di esporre, aveva due fondamenti: la rimediazione illuministica del disegno giusnaturalistico e la politica del diritto di stampo giacobino. Aveva anche un figlio legittimo, e questo era il Codice.

Un figlio che, terminata la bufera rivoluzionaria, sarà prontamente adottato da chi deterrà saldamente in mano le redini del potere. La codificazione — codificazione in senso stretto — è congeniale a Napoleone, che la inserisce al centro del proprio progetto egemonico. Politico lucidissimo e lungimirante, egli comprende appieno, anche se non supportato da studi giuridici, il valore enorme del diritto quale cemento dell'edificio sociale, ne avverte la qualità preziosa di efficacissimo strumento di controllo, e dà vita, nel giro di pochi anni, a una colossale riduzione del diritto civile, commerciale, processuale e penale in una rigida testualità codificata.

Affiora limpidamente nei lavori preparatori del primo Codice,

⁽¹⁴⁾ Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

quello Civile del 1804, primo non solo cronologicamente ma modello in séguito universalmente imitato, la coscienza che non era in ballo soltanto una operazione di ristrutturazione delle fonti ma di costruzione di una delle vere colonne portanti dello Stato. Molte potrebbero essere le citazioni, ma una ci piace di addurre qui, perché viene da un giurista colto e dotatissimo, troppo spesso accreditato come campione di pluralismo per un suo « Discours préliminaire » dall'indole squisitamente filosofico-giuridica, intendiamo dire Portalis. Il legame, che egli coglie con puntualità, è tra Codice e ordine pubblico, tra Codice e stabilità dello Stato. Diamogli la parola, giacché si tratta di una testimonianza di rara eloquenza: « la seule existence d'un Code civil et uniforme est un monument qui atteste et garantit le retour permanent de la paix intérieure de l'État ». Ma di più: « les esprits ordinaires ne peuvent ne voir dans cette unité qu'une perfection de symétrie; l'homme instruit, l'homme d'État y découvre les plus solides fondements de l'empire » (15).

I codificatori, primo fra tutti, lui, il despota, onnipresente alle riunioni della Commissione redattrice, non stanno lavorando a disegnare illuministiche geometrie. Se, alla fine della lunga fatica, ci saranno, tanto meglio; ma lo scopo centrale è altro; ed è quello segnalato da Portalis. Il Codice sta diventando l'architrave dell'Impero napoleonico, cioè di uno Stato nazionale, che ha una maledetta volontà espansiva ma che è una realtà statuale. Gli universalismi vagheggiati dai candidi giusnaturalisti sono (e saranno) ormai immiseriti entro le frontiere dei singoli Stati. Il Codice — l'ho ripetuto spesso in questi ultimi anni — ha rappresentato la più grossa antinomia della storia del diritto moderno, realizzando con una rinnegazione totale delle premesse ideali il passaggio dal giusnaturalismo sei-settecentesco al positivismo giuridico del secolo successivo (16).

Napoleone si appropriava del Codice — della sua idea, della sua forma —, perché gli serve l'esperazione nomofiliaca di cui è espressione, gli serve l'occhiuto controllo che esso realizza della

(15) P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil* (1827), Osnabrück, Zeller, 1968, t. I p. CI.

(16) P. GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico* (1995), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè 1998.

dimensione giuridica. Più sotto, latente ma pressante, c'è un'altra percezione: il giuridico come controllo del « sociale ».

Non è compito di questa relazione entrare nei dettagli, cioè nell'esame particolare dei singoli Codici. Un riferimento concreto lo riteniamo, però, necessario per dare un minimo di documentazione alle nostre affermazioni. Il primo Codice — quello Civile — , che intende temerariamente disciplinare quel terreno della vita quotidiana dei privati riservato a una regolazione consuetudinaria e, quindi, ritenuto da sempre territorio estrastatuale, riceve una completa statalizzazione in un organico sistema dove, in 2281 articoli, si fissano le regole/cardine del diritto delle persone e della famiglia, della proprietà e dei diritti reali limitati, di contratti obbligazioni successioni per causa di morte.

Anche se si sa che il Codice non potrà non essere incompleto, si tenta di prevedere tutto, si tende alla autosufficienza, giacché accanto al Codice non si trovano fonti che possano ad esso sostituirsi. Il Codice, nato nell'età del liberalismo economico, è l'espressione più genuina di quello che ho chiamato e continuo a chiamare con un sintagma culturalmente corretto « assolutismo giuridico » (17).

Due ultime notazioni. Ho parlato or ora di « sistema »: è un termine che corrisponde alla qualità di questa fonte novissima, che assai poco ha da spartire con le precedenti consolidazioni. Il Codice è una unità, non è una somma di articoli ma una totalità pensata da cima a fondo quale organismo coerente.

Il Codice si impone per la sua novità, si pone cioè rispetto al passato quale segno di profonda discontinuità. Sia chiaro! Nella storia nulla nasce dal nulla, ed è facile reperire all'interno, per sempio del « Code Civil », regole ed istituti dell'antico regime. Ma non è questo che conta. Quel che conta è la psicologia del codificatore, concretantesi in un atteggiamento di irrisione verso il passato e di fiducia illimitata nel progresso umano di cui il Codice è tappa ultima. Portalis, quando qualifica come « la disposition la plus essentielle du projet » quella soppressiva delle vecchie fonti, aggiunge: « cette disposition nous rappelle ce que nous étions, et nous fait

(17) Può essere utile leggere le precisazioni, che ho creduto di offrire in P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)* in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005.

apprécier ce que nous sommes » (18). Un fossato divide presente e passato (19).

7. *La codificazione del diritto canonico e l'apporto critico della cultura giuridica canonistica.*

Ecco, amici canonisti, nella analisi dello storico del diritto, il nodo di problemi e di certezze sul tema del Codice, la fonte novissima coniata dai figli dell'illuminismo giuridico e della rivoluzione giacobina; soprattutto sul suo significato storico, che è, insieme, culturale e ideologico.

Non avete deliberazioni da prendere; avete sulle vostre spalle il compito tipico ed essenziale della scienza, di ogni scienza: riflettervi criticamente. È vero che il legislatore canonico ha fatto, e per ben due volte, la sua scelta, ma questo non deve impedire alla ricerca canonistica di capire le motivazioni di quelle scelte, coglierne le conseguenze positive e negative così come emergono — obbiettive e indiscutibili — nel grande crogiuolo decantatore dell'itinerario storico, misurarne la opportunità alla luce dei segni dei tempi (che sono mutevoli anche per lo *ius ecclesiasticum*), offrire all'attuale legislatore quella ricchezza per la costruzione del futuro che solo una meditazione solidamente e passionatamente critica può dare.

Se non altro, lo scienziato canonista può utilizzare appieno anche il sussidio della comparazione, ovviamente con le cautele che si impongono per i trapianti da ordinamenti laici a un ordinamento sacro — trapianti che, come ci ammoniva nei fertili anni Trenta/Quaranta, in dispute altissime costituenti ancor oggi la fondazione metodologica della scienza canonistica italiana, il compianto amico Pio Fedele — provocano facili e dannosi rigetti.

Ebbene, proprio su un piano comparativo, risalterebbe la odierna crisi nel sistema tradizionale delle fonti, che investe pressoché tutti gli Stati viventi secondo il modello di *civil law*, primo fra essi l'Italia. In anni di intensa esperienza trans-nazionale europea, con un protagonismo indubbio nella creazione giuridica di un sapiente

(18) FENET, *Recueil*, cit., t. I, p. XCII.

(19) Prima, l'ammasso stratificato delle fonti era « un dédale mystérieux »: FENET, *Recueil*, cit., t. I, p. CXIII.

organismo giudiziario, la Corte di Giustizia, e con la presenza nell'Unione di un Regno Unito ancorato al modello di *common law*; in anni di crescente globalizzazione giuridica, con un legislatore statale assolutamente incapace di seguire lo sviluppo economico/sociale e di ordinarlo, con una prassi sempre più intraprendente nella invenzione di nuovi congegni giuridici congeniali alla attuale fase di capitalismo maturo, è in crisi il vecchio legalismo dalle lontane ascendenze illuministico/giacobine, ma è in crisi principalmente la legge madre di tutte, il Codice (20).

E giustamente si discute sulla odierna validità storica del Codice, modo di imbrigliare e manifestare il diritto che parve ai nostri padri la vetta suprema della conoscenza giuridica e pertanto un traguardo non superabile. E giustamente si è assai perplessi da parte dei giuristi più consapevoli sul progetto di un possibile « Codice privato europeo », optando piuttosto per una soluzione tendente a stabilire dei « Principi », come — per la delicata materia dei contratti — eccellenti civilisti e commercialisti italiani ed europei hanno già fatto, a titolo privato ma con un gran successo e grande séguito.

Come storico del diritto, credo che una riflessione sulle fonti sia giovevole anche per il canonista, tenendo l'occhio — grazie a una osservazione complessa — su due dimensioni congiunte: la costanza della tradizione, il consolidarsi del mutamento.

Tornerei solo un momento, nella chiusura di questa relazione, al tema del nostro Convegno, alla scelta di Pio X e Gasparri, di cui ci parlerà specificamente tra poco con la sua ammirevole competenza Carlo Fantappiè, e riproporrei a me e a voi la perspicace domanda più sopra ricordata dello stesso Fantappiè sul grado di consapevolezza di quella scelta.

In un giurista sicuramente positivista (cioè saldamente fermo nel primato e nel rispetto assoluto della legge positiva) qual era Gasparri, in un giurista che percepiva, respirava e si compiaceva di respirare un clima che io — altra volta — non ho esitato a qualificare per molti

(20) Può essere utile rinviare a due mie recenti riflessioni in proposito: P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXX (2001), e *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXII (2003).

versi post-tridentino ⁽²¹⁾, il Codice, più che un servile atto imitatorio, fu una scelta ritenuta necessaria, fu l'armatura giuridica di cui la Chiesa Romana sembrava aver bisogno di fronte a tante incombenti minacce ⁽²²⁾.

Un grande canonista protestante, Ulrich Stutz, definì spicciatamente il « Codex » del 1917 « ein Klerikerrecht » ⁽²³⁾, giudizio malevolo e unilaterale ma con un fondo di verità: come risulta chiarissimo anche a una frettolosa scorsa della sua articolazione, è il Codice segnato da un sentimento di paura e da una necessità di difesa. Questa la si ottenne in un duplice modo: sotto il profilo dei contenuti, assommando tutti i poteri nella Sacra Gerarchia e confermando l'*ordo sacer* a pilastro fondante; sotto il profilo formale, affidandosi al Codice come alla fonte che — più d'ogni altra — era in grado di garantire il controllo su un edificio giuridico divenuto oramai non solo virtualmente ma effettivamente universale.

⁽²¹⁾ P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), pp. 594-595.

⁽²²⁾ Che un rigido positivismo giuridico fosse ritenuto appagante e tranquillizzante e che il clima culturale della Curia Romana fosse decisamente positivistico è chiaramente dimostrato da una prescrizione, dell'agosto del 1917, della S. Congregazione dei Seminari e Università degli Studi che imponeva ai docenti degli atenei pontifici l'esame de « il medesimo ordine del Codice e la serie dei titoli e dei capitoli » (vedi il testo messo bene in luce da C. FANTAPPIÈ, *Pietro Agostino D'Avack: dal confronto con la canonistica curiale all'autonomia scientifica del diritto canonico*, in *Il metodo di studio del diritto canonico in D'Avack, Gismondi, Lombardia, Corecco*, Città del Vaticano, 1999, p. 120). Il giurista, insomma, ha da essere esegeta senza alcuna libertà interpretativa riguardo a un testo legislativo ritenuto strettamente vincolante. Quanta distanza dal clima del diritto canonico classico, quando decretisti e decretalisti erano costruttori di un edificio giuridico non meno degli stessi Pontefici e del loro apparato di governo!

⁽²³⁾ U. STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici. Eine Einführung in das auf Geheiß Papst Pius X. verfasste und von Papst Benedikt XV. erlassene Gesetzbuch der Katholischen Kirche*, Stuttgart, Enke, 1918, p. 85.

STORICITÀ DEL DIRITTO

1. Motivazioni di una presenza. — 2. Il canonista di fronte a incombenti problemi di metodo. — 3. Sulla scelta codificatoria della Chiesa romana. — 4. Storicità del Diritto. — 5. Il Diritto tra potere e Ordinamento. — 6. La fonte 'Codice' oggi: problemi e rischi nella attuale crisi del vecchio sistema gerarchico delle fonti.

1. *Motivazioni di una presenza.*

Ho almeno due specifici ed eccellenti motivi per essere grato al Decano della Facoltà e a don Paolo Gherri dell'invito a tenere un intervento in questa "Giornata Canonistica Interdisciplinare".

Il primo, più tenue perché legato a una vicenda personale, è che questa presenza odierna assume ai miei occhi l'aspetto di un ritorno, riandando con la memoria al tempo ormai lontano quando fui docente in questa stessa Facoltà; esperimento didattico a me caro, ma che fui costretto a interrompere dopo soli due anni a causa della difficoltà di contemperare i corsi lateranensi con quelli fiorentini (allora impegnativi da novembre a maggio).

Assai più culturalmente corposo il secondo motivo, e concerne il progetto sotteso a tutto l'impianto congressuale, sollecitato e orientato dalla sentita esigenza di una più fondata — e arricchente — consapevolezza epistemologica del canonista. È profonda negli organizzatori la persuasione della « chiara necessità di confronto teorico *ad extra* », come è limpidamente enunciato fin dalle note che accompagnano il programma ufficiale, e non si può non consentire con pienezza di adesione a un tentativo così salutare e affrancatorio.

2. *Il canonista di fronte a incombenti problemi di metodo.*

Nessun giurista può rifugiarsi nel comodo ma modestissimo abito di esegeta fornito di buona logica e di buoni strumenti tecnici,

ma tanto meno il canonista, il quale, lavorando su un Diritto che è espressione di una società sacra e non di una semplice comunità politica, non può evitare di porsi domande fondamentali sulla propria identità, guardandosi attorno fuori delle mura del suo conchiuso Ordinamento, instaurando fertili raffronti comparativi e irrobustendo le proprie basi teoriche; tanto più che il Diritto canonico — come ho cercato di affermare e dimostrare in altra occasione ⁽¹⁾ — prima che un sistema di prescrizioni, è una mentalità giuridica, e mentalità contrassegnata da una assoluta tipicità in forza del suo carattere essenzialmente pastorale.

La Canonistica curiale, lavorando all'ombra incombente del Codice gasparriano, intimorita dalle inappellabili condanne modernistiche, remissiva alle catene gettatele addosso da inchiodanti disposizioni della Sacra Congregazione dei Seminari e Università degli Studi, si è limitata per decenni a una dimensione esegetica e ha eluso la funzione primaria della Scienza, che è interpretativa nel senso più alto del termine, ossia mediatrice fra testo normativo vecchio e società vivente il proprio cammino nella storia (sia pure una società sacra, per la quale 'storia' è innanzi tutto 'storia della salvezza'). Quella Canonistica di zelanti operai, così facendo, si dimenticava che il Diritto classico della Chiesa romana, esuberante di vitalità culturale dall'XI al XV secolo (da Ivo di Chartres al Panormitano, per segnare due prestigiosi cippi confinari), era solo assai parzialmente prodotto da norme e Decretali pontificie, trovando invece la propria carica propulsiva nella grande riflessione scientifica di decretisti e decretalisti tutta tesa alla costruzione di un edificio dalle robuste basamenta teoretiche.

Quando, alcuni anni fa, io redassi un volume tracciante l'itinerario della Scienza giuridica italiana dalla unità italiana al 1950 ⁽²⁾, non potei fare a meno di dedicare un intero paragrafo alla « fioritura canonistica » (così ritenni di chiamarla) degli anni Trenta ⁽³⁾. La valorizzazione era semplicemente dovuta, perché nasceva dalle cose,

⁽¹⁾ P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in C. FANTAPPIÈ (cur.), *Itinerari culturali del Diritto canonico nel Novecento*, Torino, 2003.

⁽²⁾ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1850/1950*, Milano, 2000.

⁽³⁾ Ivi, 266 ss.

e il riferimento era a canonisti come Pietro Agostino D'Avack, Pio Fedele, Orio Giacchi, che non si baloccarono sui Canoni del *Codex*, ma si posero inquietanti e sollecitanti interrogativi sulla propria difficile professionalità.

Emerse allora, subito, pressante un problema di metodo. Può lo studioso del Diritto della Chiesa utilizzare concetti e nozioni elaborati dalla e nella Scienza giuridica civile? Le grandi categorie fungenti da architrave della tradizionale sistematica scientifica — per esempio, la distinzione fra un Diritto pubblico e un Diritto privato, allora segnata più marcatamente che oggi — possono essere ricevute all'interno di un Diritto canonico che corre in un bimillenario canale tutto suo e che ha nutrito nel suo solco peculiarità assolutamente tipizzanti? Per rispondere, D'Avack, Fedele, Giacchi, e altri ancora, ritennero indispensabile uscire *extra moenia*, munirsi di strumenti filosofici e di teoria generale, immergersi nella storia del Diritto e nella comparazione, confrontarsi con altri settori dell'esperienza giuridica. E la dimostrazione è consegnata in una Rivista — Rivista dalla intitolazione banale e dalla vita brevissima ⁽⁴⁾ — , lo “Archivio di Diritto ecclesiastico”, fondata da D'Avack e Fedele, pensata quale laboratorio per le loro sperimentazioni e palestra per i giovani studiosi all'insegna della più schietta interdisciplinarietà.

Quel che a me, come storico, è apparso quale aspetto saliente di quella Canonistica laica fu di essere soprattutto Scienza di confronti, che sapeva di riuscire a raggiungere una propria maturità culturale e una propria sicurezza epistemologica soltanto con la dialettica del confronto; e mi apparve, all'opposto, la aridità e la povertà della Canonistica curiale, che si era rinserrata nel chiuso dell'Esegesi e ne era rimasta come soffocata.

3. *Sulla scelta codificatoria della Chiesa romana.*

Che una siffatta apertura sia ancora oggi non solo utile ma necessaria è certezza affiorante provvidamente in una recente iniziativa canonistica, nella quale ho avuto il privilegio di essere stato coinvolto. Nel maggio scorso, l'Istituto di Diritto canonico “San Pio

⁽⁴⁾ Edita da Cedam (Padova) dal 1939 al 1943.

X”, operante in seno allo ‘*Studium Generale Marcianum*’ di Venezia, organizzò un convegno sulla figura di Papa Sarto, con una parte rilevante dedicata al Pontefice codificatore e al primo *Codex* da lui voluto e guidato — insieme a Gasparri — per buona parte del lungo itinerario redazionale ⁽⁵⁾.

Mi interessa sottolineare qui la ragione prevalente per cui fu invitato uno storico del Diritto moderno a tenere la relazione introduttiva: per puntualizzare con sonora franchezza di fronte a uditori canonisti l’autentico significato storico-giuridico della codificazione del Diritto, forse l’evento più grandioso della modernità giuridica a livello di fonti ma filiazione diretta e coerente dell’illuminismo giuridico e della Rivoluzione francese; per sottolineare che quella scelta imitatoria delle codificazioni statuali, ripetuta per ben due volte dalla Chiesa romana nel secolo passato, prima e dopo il Concilio Vaticano II, era ed è gremita di rischi e che è giunta l’ora di ripensarla criticamente da parte del canonista ⁽⁶⁾.

Nel Convegno veneziano si è insistito sulla ossificazione inevitabilmente provocata da ogni Codice, anche da quello canonico che è pur provvisto di parecchie valvole respiratorie, e non si è potuto fare a meno di ricordare perplessità e aperte opposizioni all’iniziale progetto codificatorio, che appariva quale clamorosa smentita della elasticità riconosciuta da sempre come il carattere specifico almeno dello *Ius humanum*. A Venezia respirai un clima di sostanziale apertura culturale e in cui, senza dommatismi, senza insopportabili atteggiamenti apologetici, si guardava criticamente al più rilevante evento della moderna vita giuridica della Chiesa. È il clima che è doveroso e consolante constatare qui in questa ‘giornata’ lateranense. E torno a compiacermene con gli organizzatori.

4. *Storicità del Diritto.*

E veniamo all’oggetto del nostro intervento. Qual è il significato

⁽⁵⁾ Il riferimento è al Convegno su “L’eredità giuridica di Pio X”.

⁽⁶⁾ Cfr. P. GROSSI, *Valore e limiti della codificazione del Diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in A. CATTANEO (cur.), *L’eredità giuridica di San Pio X*, Venezia, 2006, 141-154; oppure anche in *Ius*, LII (2005), 345 ss.

della 'storicità' come carattere proprio del Diritto, come sua cifra essenziale? È presto detto. Il Diritto, come può invece apparire a un incolto, non si proietta dall'esterno, magari dall'alto, sulla storia usandole violenza o, comunque, imprigionandola, ma è esso stesso storia, storia vivente, sua dimensione imprescindibile.

È ovvio che, quando qui si parla di storia, ci si intende riferire a una società (e alla civiltà da quella creata) che *diviene* nel tempo, che — quindi — registra di un siffatto divenire le forze mutevoli — culturali, sociali, economiche, politiche — ma che trova nel Diritto il proprio salvataggio, giacché, soltanto organizzandosi e ordinandosi e osservando i principi organizzativi posti in essere, si impedisce la rissa tra le forze dirompenti e si garantisce la sopravvivenza della comunità.

Il Diritto — in altre parole — *non costringe* la società, la *esprime*; e ne è una dimensione necessaria realizzandola nella armonia salvante di un *ordine*. Ancora: il Diritto non è un'invenzione dei palazzi del potere, ma appartiene al livello basso ma vitale della esperienza quotidiana, anche se, esprimendone i valori più profondi, è realtà radicale, affiorante dagli strati più riposti.

Insomma, c'è un recupero indilazionabile per il Diritto, e consiste nella elementare acquisizione che esso è da reperirsi nella struttura stessa della società, appartiene alla sua più elementare fisiologia. In un mio fortunato libretto di iniziazione (7), alla cui lettura da parte di don Paolo Gherri debbo l'onorevole invito per oggi, io presi le mosse mettendomi dalla parte di un personaggio generalmente ignorato o, peggio, disprezzato, l'uomo della strada, l'uomo comune, e cercando di percepire il suo sentimento del Diritto; che è di timore e di tremore quando gli se ne parla, perché per l'uomo qualunque il Diritto si identifica in due soggetti, utilissimi ma certamente non gradevoli, il funzionario di polizia e il giudice.

Questa è una alterazione snaturante della reale essenza del Diritto; pienamente giustificata nel *quisquis de populo* che avverte la presenza del Diritto solo quando è violato, ma che dobbiamo con ogni forza respingere perché l'ordine giuridico viene trasformato in

(7) P. GROSSI, *Prima lezione di Diritto*, Roma-Bari 2006 (VI edizione).

un sistema di controllo sociale, in un sistema di sanzioni e di coazioni. Sanzioni e coazioni pertengono alla patologia del Diritto, cioè al momento in cui si manifesta con particolare vistosità, ma il Diritto esiste prima e oltre, esiste come assetto intimo, secreto, di cui non è facile accorgerci come non ci accorgiamo dell'ossigeno vitale fintantoché non saliamo in alta montagna e ci viene a mancare. E ogni soggetto ci vive immerso, purché esca dalle chiusure gelose del suo io interiore e si ponga in relazione con uno o più soggetti, si ponga in relazione con un altro.

Puntare sulla storicità significa, dunque, realizzare il recupero di cui si parlava poco sopra e cogliere nel Diritto una delle trame del tessuto complesso della nostra vita quotidiana. Giustamente, un originalissimo filosofo italiano del Diritto, scomparso esattamente cinquanta anni fa, Giuseppe Capograssi, insisteva sul Diritto come esperienza, non sovraordinato alla vita ma dimensione della vita e pertanto protagonista ineliminabile della nostra esistenza quotidiana ⁽⁸⁾.

5. *Il Diritto tra potere e Ordinamento.*

Storicità è la qualità che ha il merito di sottrarre il Diritto all'odiosa idea del controllo sociale, restituendogli la sua originaria funzione di assetto connaturale alla società. Ma si deve riconoscere che è un passo-innanzitutto difficile da compiere, giacché è difficile liberarsi da plagi e ipoteche che pesano ancora sulla coscienza collettiva, investendo tanto il candido uomo della strada (assolvibile per il suo candore) quanto il sapiente giurista (condannabile proprio perché sapiente e munito della provvedutezza culturale per giungere prontamente alla affrancazione).

Siamo, infatti, ancora intrisi di quella visione deformata del Diritto che, dall'Illuminismo giuridico, attraverso la fucina della Rivoluzione francese e la consolidazione del Gius-positivismo ottocentesco, si è immedesimata in noi stessi diventando quasi nostro patrimonio irrinunciabile: il Diritto inscindibilmente legato al potere, voce del potere che si manifesta in comandi, comandi che

⁽⁸⁾ Sul pensiero di Capograssi in proposito si vedano più sotto alcuni cenni più specifici.

piovono dall'alto, troppo spesso estranei alle esigenze obbiettive della società (che è chiamata a riceverli passivamente), troppo spesso legati ai progetti potestativi degli esercenti la sovranità.

La nostra è stata fino ad oggi una concezione esasperatamente soggettivistica del Diritto, bene espressa da quell'atteggiamento comune che, di fronte a un testo di Legge, ci ha portato a porci la sola assillante domanda su che cosa avesse voluto il Legislatore con quella prescrizione, anche se il Legislatore l'avesse prodotta parecchio tempo addietro e molta acqua fosse passata sotto i ponti dei fiumi europei. Assillo a ricostruire la volontà di quello Zeus sull'Olimpo che è il Legislatore, esaurendo la propria attenzione dai lavori preparatori al momento della promulgazione e ostentando, al contrario, una assoluta indifferenza per la successiva vita della Legge nel tempo, anche se si fosse trattato di un tempo disteso nella lunga durata. La volontà di questo demiurgo onnipotente, il 'Legislatore', ha costituito un incubo per generazioni di giuristi, che, identificando il Diritto nella voce del potere politico, veniva a identificarlo nell'apparato statale e in un insieme di pronunce autorevoli e autoritarie.

Il Positivismo giuridico, illuministico e post-illuministico, rivoluzionario e post-rivoluzionario, ossia la persuasione cui ora si è accennato, affermando un vincolo di necessità tra esercizio del potere supremo e produzione del Diritto, si è coerentemente tradotto in un esasperato Normativismo (talora edulcorato, come da chi ha creduto di poter distinguere fra comandi e regole), e sempre il Normativismo — per la soggettivizzazione del Diritto che provocava — provocava altresì una conseguenza nefasta: l'inevitabile distacco fra Diritto e società, fra Diritto e storia.

Chi Vi parla ritiene che sia stata di eccezionale fertilità per il Diritto e la sua Scienza la nuova visione che ce lo ha proposto più come *Ordinamento* che come *norma*, indubbiamente prima come *Ordinamento* che come *norma*.

Soltanto per il canonista che non abbia familiarità con gli svolgimenti della Teoria generale fra Modernità e post-Modernità, aggiungerò che la svolta si realizza appieno in alcune riflessioni italiane collocabili nei primi due decenni del secolo ventesimo, quelle di un grande cultore del Diritto pubblico, Santi Romano, e dell'originalissimo filosofo del Diritto più sopra menzionato, Giu-

seppe Capograssi. Tappe rilevanti dell'itinerario riflessivo del primo: alcuni saggi di Diritto costituzionale scritti fra Ottocento e Novecento ⁽⁹⁾, la lucida prelezione pisana del 1909 su "Lo Stato moderno e la sua crisi" ⁽¹⁰⁾, il libretto di indole squisitamente teoretica "L'ordinamento giuridico" del 1918 ⁽¹¹⁾; del secondo il "Saggio sullo Stato" ⁽¹²⁾, sintomaticamente scritto in quello stesso anno e da cui si svilupperà nei successivi anni Trenta la conclusione, apparentemente elementare ma fortemente innovativa, sul Diritto come vita, come esperienza ⁽¹³⁾.

Partendo da una impietosa diagnosi storicistica, e cioè che ai primi del secolo si stava maturando la crisi dell'elitarissimo edificio borghese — *'die Welt von Gestern'* avrebbe detto Stephan Zweig — e che, sia per l'irrompere di una società di massa, sia per i diffusi rivolgimenti sociali economici tecnici, ritornava ad essere complesso quell'ordine giuridico artificiosamente reso semplicissimo dalla borghesia sui due soli perni dello Stato e dell'individuo, si prendeva finalmente piena coscienza di questa complessità prima sepolta o abilmente rimossa, e se ne traeva l'unica conclusione legittima, sgradevole all'idea borghese del Diritto come controllo del 'sociale': il vero referente del Diritto è la società, anche se normalmente — in una civiltà giuridica assai complicata come la moderna — esso ci appare collegato con lo Stato o con entità sovrastatali.

Complessità del Diritto speculare alla sottostante complessità della società; con la riscoperta di tante forze latenti, sepolte o compresse, che ritrovavano la propria carica creativa e ritrovavano la loro funzione di fonti; con la riscoperta preziosa di quel pluralismo

⁽⁹⁾ Li abbiamo esaminati nel nostro volume sopra citato: P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, 109 ss.

⁽¹⁰⁾ Ora in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi - Saggi di Diritto costituzionale*, Milano, 1969.

⁽¹¹⁾ Da consultarsi nella seconda edizione: S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, arricchita da cospicue note, in cui lo stesso Autore discute le opinioni dei vari contraddittori nel giro di un trentennio.

⁽¹²⁾ Ora in G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, Milano, 1959, vol. I.

⁽¹³⁾ Con queste tappe salienti: G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, Roma, 1930; G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932; G. CAPOGRASSI, *Il problema della Scienza del Diritto*, Roma, 1937.

giuridico che la fiducia illuministica nel sovrano e nella legge, resa più solida nel nodo scorsoio della rivoluzione giacobina e della dittatura napoleonica, aveva cancellato in nome dell'ormai indiscutibile Monismo giuridico.

Una percezione sicura il 'terzo stato' protagonista della Rivoluzione aveva avuto, e aveva costituito a guida del proprio operare: che il Diritto rappresentava un cemento efficacissimo del potere, che bisognava controllarlo, e cioè produrlo, produrlo con una disciplina particolareggiata dell'intero ordine giuridico, fissarlo in dei testi cartacei dove si potesse leggerlo, averne limpida certezza, con il risultato finale di una ineludibile obbedienza da parte della comunità dei cittadini.

Io, da tempo, constato nell'edificio socio-politico-giuridico costruito a fine Settecento dietro un lucidissimo progetto un congiungersi e armonizzarsi di orientamenti indirizzati in opposte direzioni: un Liberalismo economico capace di soddisfare le esigenze della borghesia ormai egemone; un Assolutismo giuridico capace di fortificare quello Stato che si poneva ormai quale fedele garante delle conquistate libertà economiche ⁽¹⁴⁾.

Dunque, Monismo giuridico, e Monismo rigidissimo, che veniva rafforzato dalla sapiente orchestrazione di fondazioni mitologiche ⁽¹⁵⁾, credenze da accettare senza discutere: nel Settecento pre-rivoluzionario il despota illuminato al di sopra delle passioni e unico possibile realizzatore del bene comune, divenuto nel crogiuolo della Rivoluzione il Legislatore esprimente la volontà generale e pertanto l'unico a potersi ammantare di democraticità; l'assillo della legalità e la riduzione di tutto il Diritto in prescrizioni legali; l'assillo della divisione dei poteri, che, intesa con una assoluta rigidità, adempiva alla funzione 'costituzionale' di garantire il monopolio della produzione del Diritto nelle mani del potere politico.

L'esemplificazione potrebbe continuare, ma conviene arrestarsi qui. Vogliamo, però, sottolineare due conseguenze, indubbiamente pesanti da qualsiasi osservatorio ideologico le si voglia valutare.

⁽¹⁴⁾ Si veda lo sguardo sintetico offerto in: P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005.

⁽¹⁵⁾ Ho sviluppato questa problematica in: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005 (II edizione accresciuta).

Il Monismo giuridico riduceva la giuridicità nel solo cono d'ombra dello Stato, relegando nella irrilevanza giuridica tutto quanto non provenisse dal suo seno e con il suo avallo. Il risultato più incisivo e anche il più mistificatorio d'una grande realtà storica riguardò proprio la Chiesa romana. Costruttrice da sempre di un suo Ordinamento giuridico concorrente agli Stati e costruttrice di un proprio peculiarissimo Diritto, si trovò ridotta all'infimo rango di una delle tante associazioni viventi all'interno di uno Stato e sottoposta in tutto alla volontà normativa dello Stato, con il tradimento più completo d'una vicenda storica vecchia di quasi duemila anni. Estremamente significative sono, a questo proposito, le pagine di Francesco Scaduto, un cultore italiano del Diritto ecclesiastico ispirato a una tradizione meridionale rigidamente giurisdizionalista, che espresse con fedeltà e franchezza un simile atteggiamento dandogli una perfetta veste teoretica.

La seconda conseguenza fu la riduzione del Diritto in una sistemazione immobilizzante chiamata 'Codice', un testo tendente alla completezza e alla autosufficienza, dove le geometrie sociali e giuridiche individuate dall'ottimismo illuministico diventavano un corpo statico di regole generali, astratte e rigide, controllabili dal potere, certe e chiare e tali da dover essere obbedite senza elusioni.

Va ribadito qui quello che io già dissi a Venezia, ed era (ed è) precisazione tanto elementare quanto necessaria: il Codice, ogni Codice, è figlio legittimo dell'Illuminismo settecentesco e della Rivoluzione francese; in una certa misura — paradossalmente — anche quello di Gasparri.

6. *La fonte 'Codice' oggi: problemi e rischi nella attuale crisi del vecchio sistema gerarchico delle fonti.*

Si capisce bene perché oggi, proprio oggi, si discorra tanto di Codici e ci si ponga il problema della adeguatezza (o meno) al tempo attuale di una fonte (o, meglio, di un modo di concepire e risolvere il nodo delle fonti) così datata, così speculare a un certo momento storico, a una certa civiltà giuridica, a una certa (e specifica) ideologia giuridica.

Il tempo odierno si colloca, per il giurista, in una sorta di spartiacque segnato e anche turbato da correnti squassanti. Viviamo

una crisi profonda dello Stato, cui consegue una crisi profonda della legge. La complessità straripante e il rapidissimo mutamento sociale economico politico tecnico provocano una instabilità, che insidia le vecchie certezze, dissacra dogmi venerabili e venerati, ma dischiude anche scenari nuovi con nuovi protagonisti emergenti. E ne è scosso, innanzi tutto, il sacrario delle fonti, sacrario perché assolutamente intoccabile nel corso della monistica civiltà giuridica borghese.

L'invenzione strategica della gerarchia delle fonti, abile espediente per ridurre sostanzialmente le fonti a una sola, cede sotto l'incalzare di fonti nascenti dal basso, forti della virulenza propria dei fatti grezzamente sociali ed economici, munite di effettività anche se non rivestite di validità formale.

Le fonti, fino a ieri ordinate in rigida scansione gerarchica, stanno sempre più diventando una incontrollata realtà plurale, realtà che sempre più si separa dall'immagine di un edificio piramidale e sempre più si avvicina a quella novissima della rete, dove i nuovi giuristi — fruendo di precedenti intuizioni di sociologi e di politologi — trovano una perfetta corrispondenza con il nuovo tipo di relazioni fra le fonti che è di interconnessione e non di gerarchia.

E assistiamo al rinvigorimento di fonti conculcate dal bi-secolare assillo legalitario. Eccole.

Il giudice, l'applicatore per eccellenza, il personaggio immerso nella vita del Diritto, che torna a un suo ruolo primario nel momento in cui si è abbandonata la risibile dommatica legalistica tendente a rinserrare il Diritto nel chiuso itinerario dal progetto della Legge alla sua promulgazione, e si è ridato rilevanza al tempo successivo a questa quando la Legge si immerge nell'esperienza e diventa norma di vita.

Il maestro, lo scienziato, che, relegando in un passato dimenticabile la prigionia sterile dell'Esegesi, è chiamato a individuare e definire 'i principi' fonte duttile di cui la civiltà attuale ha gran bisogno e che lui solo è capace di disegnare in modo culturalmente e tecnicamente provveduto.

Il pratico, estendendo questa nozione fino a ricomprendervi il semplice uomo di affari, che è inventore di strumenti non suggeritigli da una conoscenza giuridica (che non ha), bensì dal suo buonsenso e dalla sua diagnosi acuta delle necessità dei traffici economici.

Non v'è dubbio che il paesaggio giuridico, da semplicissimo che era, si è fatto complesso, giacché è chiamato ad esprimere non la semplicità dell'apparato statale ma la complessità della società; la ricchezza di questa si trasmette all'Ordinamento giuridico, che non può più ridursi in geometrie e che non può non risentire della magmaticità dei fatti sociali ed economici.

Ma il rischio non è soltanto nella perdita o nella attenuazione del vecchio progetto borghese nei suoi pregi di semplicità, certezza, chiarezza. Infatti, se non va demonizzato l'attuale enorme rilievo delle forze economiche, se deve salutarsi come affermazione di pluralismo la tendenza del potere economico ad affiancarsi al potere politico nella produzione del Diritto (è il grosso movimento che siamo soliti chiamare imprecisamente globalizzazione giuridica), si deve però prender coscienza che, se fu arrogante lo Stato nel pretendere il monopolio del 'giuridico', di una arroganza non minore possono colorirsi quei potentati economici che vediamo oggi coniare istituti congeniali all'attuale stadio dello sviluppo congiunto economico e tecnico a livello globale, istituti che non serbano come loro finalità il rispetto della persona umana o la solidarietà fraterna ma il maggior profitto possibile o la migliore organizzazione possibile in ordine a quel profitto, prescindendo disinvoltamente dai costi sul piano etico e sociale.

Ai fini del nostro intervento basti un'osservazione finale che raccolga le puntualizzazioni sin qui fatte. Il Diritto sta ritrovando quella dimensione naturale della storicità, che le scelte strategiche della Modernità borghese avevano impietosamente sacrificato, riducendolo, grazie al mito della legalità più stretta, a strumento di controllo sociale. Lo storico guarda alla indubbia crisi che stiamo vivendo come a un momento fertile di futuro, che impone insieme vigilanza e coraggio, ma in cui il ruolo del giurista, di ogni giurista teorico e pratico, vigilante ma anche coraggioso, diviene insostituibile per impedire la rissa degli egoismi e una confusione dannosa all'ordinato maturarsi di una società rinnovata.

III. PRESENTAZIONI E RECENSIONI

RECENSIONE A:

G. DOSSETTI, *Grandezza e miseria del diritto della Chiesa*,
Bologna, 1996.

Segnalo volentieri questo volume ventitreesimo della collana 'Religione e società', diretta e curata da Francesco Margiotta Broglio per la Casa editrice 'Il Mulino' di Bologna, ma mi piace — innanzi tutto — segnalare ai nostri lettori, nel suo complesso, questa felice iniziativa editoriale, che è un modello di agguerrita e consapevole impresa culturale. Margiotta vi ospita contributi di storici e di giuristi, taluni già maestri provetti, taluni giovani promettenti alle prime armi, opere collettive su temi di grande rilievo, particolarmente — ed è il marchio peculiare della collana — ristampe di 'classici' del pensiero giuridico contemporaneo nell'ambito di quell'insieme disciplinare che, nel linguaggio usuale dell'organizzazione accademica italiana, suole chiamarsi 'diritto ecclesiastico e canonico'.

È un campo, questo, dove non si può attualmente non contemplare con rammarico un certo ristagno, ma dove si sono toccate, in Italia, vette alte della riflessione giuridica con testimonianze di un pensiero incisivo e duraturo: il ricordo si puntualizza soprattutto su quegli anni Trenta e Quaranta in cui si levarono nitide le voci di Jemolo, Magni, D'Avack, Giacchi, Fedele, per non parlar che dei maggiori. La collana di Margiotta ha il merito di riproporci alcune di quelle voci: si tratta di un 'classico' del momento di fondazione della scienza ecclesiasticistica in Italia come le 'Relazioni tra Stato e Chiesa' di Francesco Ruffini con cui si apre la serie, o del magnifico lavoro storico-giuridico di Jemolo sulla proprietà ecclesiastica che segue come secondo volume, della 'Introduzione' di Mario Falco al primo Codice di diritto canonico, e poi dei volumi di Magni sulla 'Teoria e interpretazione del diritto ecclesiastico civile', di D'Avack su 'Vaticano e Santa Sede', di Scavo Lombardo su 'La buona fede nel diritto canonico', mentre mi auguro che prossima sia la volta

della riproposizione del 'Discorso generale sull'ordinamento canonico' di un Pio Fedele precocissimo e penetrantissimo anche se discutibile e discusso e anche rifiutato.

Il libro che qui si segnala è la opportuna raccolta di scritti canonistici di una personalità davvero singolare, Giuseppe Dossetti, professore di diritto ecclesiastico e canonico nella Università di Modena dal 1943 al 1957. Il grande pubblico ricorda piuttosto Dossetti come fermento vivo e occhio lungimirante in un partito democratico-cristiano sempre più sclerotizzato in apparato di potere e in centro di corruzione, ed ha chiara di fronte a sé la sua azione coraggiosa in seno alla Assemblea Costituente e il suo contributo efficace alla redazione del testo della Costituzione; o in seno al Concilio Vaticano II come collaboratore del cardinal Lercaro e come 'perito' ⁽¹⁾; ricorda, poi, la sua presenza carismatica nella società ecclesiale, il Dossetti monaco, teologo, mistico ⁽²⁾.

C'è però un primo Dossetti, quello della sua formazione professionale: ed è il canonista, l'allievo di Jemolo e Magni a Bologna, e di Vincenzo Del Giudice alla Cattolica di Milano, un Dossetti troppo dimenticato ma non dimenticabile, e ha ragione Margiotta di puntualizzare che proprio i contributi del canonista possono offrire supporti rilevanti alla interpretazione di questa complessa e vigorosa personalità del nostro tempo.

Il titolo (« *Grandezza e miseria* » del diritto della Chiesa, Bologna, Soc. Ed. Il Mulino, 1996) è dossettiano, ed è — né più né meno — che la intitolazione che Dossetti volle dare alla sua prelezione del novembre 1951 per la inaugurazione dell'anno accademico nella Università di Modena, una riflessione generale che sarebbe prezioso avere ma che Margiotta ci informa essere perduta ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Si vedano, a questo proposito, le seguenti raccolte: G. DOSSETTI, *La ricerca costituente 1945-1952*, a cura di A. Melloni, Bologna, Il Mulino, 1994 (recensita su questa nostra Rivista da Paolo Barile, nel vol. XXIV, anno 1995); Id., *Il Vaticano II - Frammenti di una riflessione*, a cura di F. Margiotta Broglio, Bologna, Il Mulino, 1996.

⁽²⁾ G. DOSSETTI, *Con Dio e con la storia. Una vicenda di cristiano e di uomo*, a cura di A. e G. Alberigo, Genova, 1986.

⁽³⁾ Non posso che credere a Margiotta, storico provetto ed esperto di ricerche archivistiche, ma mi risulta stranissimo che non ve ne sia traccia negli archivi universitarii modenesi, trattandosi di un discorso ufficiale, tenuto in una sede formale quale l'inaugurazione di un anno accademico.

Il titolo è dossettiano perché l'autore lo volle per il suo discorso inaugurale, ma, come il lettore avveduto avrà già notato per suo conto, la sostanza è derivata da un frammento famoso di Pascal dove il pensatore francese medita sulla grandezza e miseria dell'uomo (4).

È un titolo che Margiotta ha fatto bene a scegliere; e non perché ha una indubbia efficacia attrattiva per il lettore ma perché coglie perfettamente la complessa coscienza critica del canonista Dossetti: un canonista né supino né passivo, che si rifiuta di lavorare da puro logico e da puro sistematico all'interno di quel grande mosaico che è l'ordinamento canonico (come, purtroppo, con scempio culturale, si è visto e si vede fare da tanti giuristi di curia); un canonista che è invece consapevole d'una verità complessa: che la dimensione giuridica è una necessità per la società ecclesiale, ma è anche una scommessa formidabile, e un rischio altrettanto formidabile.

Il diritto canonico, sol che si lasci per un momento il suo carattere strumentale, può diventare una 'miseria' di quella stessa società. Da qui il richiamo costante di Dossetti a costruirlo non con la sola preoccupazione di farne un sistema logicamente coerente ma a edificarlo con materiali tratti dal seno stesso della tradizione ecclesiale, necessariamente intriso di teologia, necessariamente impastato di storia, con una sua tipicità tanto esclusiva da rigettare apporti esterni non debitamente filtrati e accomodati. Il che, agli occhi di Dossetti, si è purtroppo verificato: e questo sia detto per i modelli romani e romanistici in ordine al diritto canonico classico dei secoli XII-XV, nonché per i modelli della dogmatica laica, soprattutto di quella civilistica, per il diritto canonico di ieri e di oggi. Il rischio si è forse allontanato oggi in presenza di un Codice dall'impianto esasperatamente pastorale e teologizzante, ma era vivo quando Dossetti scriveva, sotto l'impero di un *Codex* rigorosissimo nell'impianto, nell'ideario, nel linguaggio, ma tributario di una dommatica decrepita e, per molti aspetti, inadatta. L'esempio più macroscopico era offerto da quella riduzione dei sacramenti nel novero delle *res* in omaggio alla tripartizione gaiana (*personae, res, actiones*) assunta da Gasparri a intelaiatura portante del proprio sistema legislativo.

(4) È Dossetti stesso ad informarcene (cfr. DOSSETTI, *Con Dio e con la storia*, cit., pp. 24-25).

Alla consapevolezza che il giurista della Chiesa e nella Chiesa non può non procedere su un delicato e pericoloso filo di rasoio Dossetti, pur non rinunciando mai all'esercizio e al dominio di una tagliente logica giuridica, si ispirò con coerenza in tutta la sua non lunga stagione di giurista: nel suo *opus magnum* giuridico, il volume su 'La violenza nel matrimonio in diritto canonico' ⁽⁵⁾, rielaborazione compiuta, nel 1944, della dissertazione di laurea discussa a Bologna, dieci anni prima, con Cesare Magni, e in cui, prendendo le distanze dalle sordità del suo nuovo patrono Vincenzo Del Giudice per la dimensione storica, affermava reciso: « il dato storico qui fa parte integrante della trattazione sistematica e perciò vi si inserisce intimamente » ⁽⁶⁾; nei suoi saggi sparsi e perfino in quello su 'La formazione progressiva del negozio nel matrimonio canonico' ⁽⁷⁾, dove potrebbe liminalmente sorprendere la sapiente conoscenza e la massiccia onnipresente utilizzazione del travaglio dottrinale civilistico in tema di contratto preliminare, ma dove, a un esame più attento, si rileva l'uso squisitamente comparatistico che se ne fa con una perenne tensione più ad acuire le diversità o le opposizioni che ad assorbire supinamente una modellistica.

A noi giuristi la lettura di questi saggi canonistici dossettiani potrebbe provocare il rimpianto per una riflessione scientifica troppo presto arrestatasi e dalla quale sarebbe stato lecito sperare risultati di grosso rilievo culturale nel suo svilupparsi e maturarsi; ma sarebbe probabilmente una valutazione miope e limitata. E lo dimostra il dono delle successive riflessioni (ed azioni) sul piano politico e teologico con cui Dossetti ha arricchito la cultura italiana (e non soltanto italiana) contemporanea.

⁽⁵⁾ Milano, Vita e Pensiero, 1944.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, p. VIII.

⁽⁷⁾ È incluso nel volume che qui si segnala (v. p. 243 ss.).

RECENSIONE A:

B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta, 1997.

Questo volume, quinto della Collana 'Studies in Law and Religion' della Emory University, è la assai opportuna raccolta di saggi — taluni già apparsi in riviste e volumi collettanei — che Brian Tierney ci offre oggi su un tema tanto vitale e anche tanto discusso. L'Autore, professore emerito della Cornell University, è assai noto, ben al di fuori dei confini nordamericani, per ripetute approfondite ricerche che hanno avuto anche in Europa una vastissima circolazione (penso soprattutto a 'Foundations of the Conciliar Theory' e a 'Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought').

Come si diceva un rigo più sopra, la raccolta — unitaria ed organica per lo stretto vincolo che lega e collega i contributi — è opportuna innanzi tutto per il tema che essa affronta: un tema vitale, ma su cui si è troppo spesso esercitato un atteggiamento retorico e acriticamente sentimentale alimentato dai condimenti retorici con cui il tema dei diritti umani si è intriso nelle stesse carte costituzionali settecentesche. Una ricerca storica, solidamente basata su un ampio apparato di fonti, non può pertanto che essere la benvenuta: il terreno delle fonti storiche è infatti la piattaforma, che può permettere spietatamente il bando di artificiose falsazioni ed enfattizzazioni, e — ancor più — di vuoti esercizi retorici. E una prima cosa va detta a indubbio merito del volume qui recensito: Tierney utilizza la conoscenza diretta di una massa notevolissima di fonti, maneggiando in modo provetto anche le fonti canoniche e canonistiche, che sono — come ben sa ogni storico del diritto — di non facile accesso per chi manchi di alcuni specifici strumenti interpretativi. Aggiungo un altro merito: la conoscenza e la utilizzazione di una letteratura storiografica a largo raggio, tanto più meritevole in uno studioso che, avendo come lingua materna una sorta di attuale

esperanto, avrebbe potuto — come spesso si fa da tanti storici nordamericani — trascurare le pubblicazioni redatte in lingue diverse. Un compiacimento personale del recensore è, poi, la eccellente conoscenza di Tierney della letteratura redatta in italiano, lingua splendida ma oggi abbastanza appartata.

Raccolta opportuna anche per un secondo motivo. Tierney ha coscienza che il tema dei diritti umani non è stato soltanto il campo di esercizio per falsazioni retoriche, ma è stato anche un vago oggetto indefinito o, comunque, suscettibile di contenuti diversi, quasi un terreno di sabbie mobili. L'indagine storica, nella sua ineliminabile concretezza, può ristabilire confini certi e dare un grosso contributo anche al politologo e al giuspubblicista di oggi, che spesso mancano di una bussola sicura per il loro operare.

Mi piace sottolineare lo stato d'animo che è vivo nel libro di Tierney: l'atteggiamento, cioè, di colloquio con lo studioso e l'operatore odierno, nella convinzione che lo storico — avendo chiaro il tracciato di itinerari nascenti nel passato ma proiettati verso il futuro — è colui che può offrire fondazioni critiche a un presente ben spesso senza radici. L'ammirevole erudizione di Tierney non è fine a se stessa, ma trova nel colloquio sopradetto una ulteriore e rilevante valorizzazione. Mi permetto di esprimere, tuttavia, qui una riserva: proprio per la produttività che Tierney vuole instaurare, mi sembrerebbe da rivedere quella assoluta intercambiabilità e quindi quella pacifica identificazione accolta dall'Autore tra 'Human Rights' e 'Natural Rights', la quale è fuorviante se assunta come canone generale, mentre ha bisogno di adeguate verifiche nei diversi contesti storici.

Il volume è diviso in tre parti, la prima dedicata alle origini, la seconda a Ockham e ai francescani, la terza all'itinerario da Gerson a Grotius. Si copre così uno sviluppo che va dalla metà del secolo dodicesimo alla prima metà del Seicento, dal cuore del pianeta medievale al cuore del pianeta moderno. Il saggio più pregnante, quello anche metodologicamente più interessante e in cui si disvela perfettamente l'intendimento metodico dell'Autore, è il primo della prima parte in cui si discute di 'Villey, Ockham and the Origin of Individual Rights'. Più che riferire analiticamente le conclusioni dei vari saggi, credo che sia più utile per il lettore dialogare con Tierney sulle sue scelte fondamentali, dal momento che si tratta, fortunata-

mente, di un libro che non è una compilazione neutra (il che equivarrebbe a un non-libro), ma, al contrario, il messaggio personalissimo di uno studioso dalla forte caratterizzazione.

Di questo messaggio due mi sembrano i punti più fermi, anche i più originali e — insieme — anche i più discutibili e meritevoli di discussione: uno sviluppo dei diritti umani che prende l'avvio dal secolo XII e, quindi, uno sviluppo più segnato dalla continuità che dalla discontinuità e quindi un tardo medioevo che è da cogliersi quasi come un pre-moderno; la possibilità di una utilizzazione piena del diritto canonico e delle fonti canoniche per la storia dell'idea di diritti umani.

Sostiamo, per ora, sul primo punto. È chiara la posizione fortemente dialettica di Tierney verso le conclusioni di Michel Villey. Come è ben noto, la ricostruzione storica dello studioso francese è tutta incentrata su Ockham, proposto in modo esasperato come uno spartiacque nettissimo fra un prima e un poi. Dalle pagine di Villey, Ockham emerge quasi come un profeta, nella cui riflessione è contenuto tutto lo sviluppo futuro di una visione soggettivista dell'universo giuridico, dei diritti individuali e della stessa idea di diritto soggettivo. Si potrebbe scherzosamente dire che, per Villey, è già precisa in Ockham la nozione che leggiamo limpida in un passo del 'Lehrbuch' di Bernhard Windscheid. Ricostruzione, questa, che cede troppo all'entusiasmo del ricercatore, che appare unilaterale ed esagerata nel puntare il dito sulla personalità ockhamiana, ma che è anche portatrice di una intuizione storiografica profondamente condivisibile. Ockham deve infatti essere inteso come l'esponente di un secolo e di un movimento ideologico che stanno erodendo le basi dell'ordine speculativo del pianeta medievale. È la rivoluzione di un secolo profondamente nuovo, il Trecento, che deve essere sottolineata, che non può non essere sottolineata; una rivoluzione, un secolo, una realtà corale, di cui Ockham è la semplice immagine speculare.

Una rivoluzione che, ridotta all'osso, ci appare consistere in una sempre più fitta emersione di individualità e di individualismi, coinvolgente ogni piano, da quello speculativo a quello politico operativo. Ne sono un segno tangibile il nominalismo vincente nella disputa filosofica sugli universali, e la nascita dello Stato moderno (primo fra tutti il Regno di Francia) come rottura della 'tunica

inconsutilis' di bonifaciana memoria. È il primato dell'ordine, della corralità, della comunità, che cedono ormai al primato dell'individuo in ogni manifestazione della vita e della coscienza, giacché ormai l'individuo non è più la umile dimessa paziente formica del formicaio medievale ma è un soggetto nuovo, presuntuoso, imperioso, volitivo. E il vecchio razionalismo tomista, che cede il passo al volontarismo delle nuove scuole filosofiche (e dei francescani in primo luogo), ne è la traccia inconfondibile, tragicamente inconfondibile perché convalida tutta la crisi di un edificio storico. Al di là delle benefiche intemperanze di Villey, il Trecento mi sembra un secolo segnato da novità vistose, e mi sembra che con questo secolo di transizione il movimento si caratterizzi anche per una profonda discontinuità. È da qui che nasce la mia perplessità rispetto alla linea continuistica fatta propria dal Tierney.

Vengo al secondo punto più sopra segnalato, e cioè l'utilizzazione delle fonti canoniche, del linguaggio di queste fonti. Non sarò certo io a negare l'enorme rilevanza del diritto canonico nella storia (e non soltanto giuridica) dell'occidente europeo (e non soltanto europeo), io che ho sempre condannato le tante prevenzioni, spesso di carattere spiccatamente ideologico, nel fare ricorso al ricchissimo serbatoio canonistico. Il ricorso deve però avvenire nel rispetto di quella che è la cifra irripetibile, la singolarissima peculiarità dell'ordinamento giuridico della Chiesa Romana. Il vocabolario giuridico canonico e canonistico deve, insomma, essere interpretato e compreso alla luce del complesso e tipico ideario teologico-giuridico di cui è portatrice la Chiesa, con un messaggio che è sostanzialmente unitario dal medioevo al Concilio Vaticano Secondo. Se non si ha questa elementare cautela critica, si corre il rischio di incorrere in gravi equivoci, e soprattutto di mettere sulla bocca dei canonisti un discorso che essi non hanno nella sua sostanza assolutamente mai pronunciato. È l'errore, per esempio, di certa storiografia cattolica, di marca sicuramente apologetica, che, non preoccupandosi di operare la verifica di cui si parlava poco sopra, ha individuato, sulla scorta formale di un certo vocabolario, nel diritto canonico medievale anticipazioni di svolte moderne e modernissime. È l'errore di certa storiografia giuridica che, per esempio, dalla rilevanza data dal diritto canonico medievale ai semplici 'pacta nuda', ha disegnato i

canonisti medievali quali anticipatori del moderno consensualismo individualista.

Non è certamente questo il caso di Brian Tierney, ma ho ugualmente qualche perplessità sul suo uso del linguaggio canonistico medievale. Do un volto più precisato a queste perplessità: se v'è qualcosa di estraneo a tutta la tradizione canonica medievale e moderna, è proprio l'idea di diritti soggettivi in capo al fedele; un soggetto, questo, che è visto piuttosto come oggetto dello zelo e delle cure, e anche dei poteri, da parte della Sacra Gerarchia. Un solo diritto il fedele aveva, e questo sì perfettissimo, ma si trattava del diritto alla salvezza eterna, mentre non si ponevano altre situazioni che potessero far pensare a quelli che per noi sono oggi i diritti soggettivi. Di tali figure si può parlare unicamente in questi anni, quando, dopo la svolta teologica del Concilio Vaticano Secondo, si è affacciata una profonda revisione antropologica ed ecclesiologica nel patrimonio tradizionale del diritto canonico. Nel frutto di questa revisione, che è il secondo *Codex iuris canonici* del 1983, sono delineati, a imitazione di quanto si fa negli ordinamenti laici, *iura* nel senso moderno del termine, cioè veri e propri diritti soggettivi del fedele. La mia perplessità in questo si motiva e si fonda.

Tiriamo le fila del nostro dialogo con Tierney: un dialogo vivo, fecondo, che nasce da un libro ricco di sollecitazioni per il lettore. Anche quando le scelte metodiche dell'Autore non sembrano condivisibili, sono però sempre fonte di riflessione e invito ad approfondimenti ulteriori. E questo è il segno di un libro che, per il suo contenuto positivamente provocatorio, non si fa seppellire nell'ammasso della troppa e troppo spesso inutile carta stampata dei nostri tempi, ma che lo storico del diritto può leggere con sicuro profitto.

PRESENTAZIONE A:

S. VIOLI, *Il prologo di Ivo Chartres. Paradigmi e prospettive per la teologia e l'interpretazione del diritto canonico*, Lugano, 2006.

Io credo che oggi nessun canonista si sentirebbe di sottoscrivere le conclusioni rigidamente positivistiche e angustamente dommatiche che Vincenzo Del Giudice fece sue in una polemica di cinquanta anni fa con Francesco Calasso. Oggi, per il maturare e il consolidarsi di una visione culturale del diritto canonico, la dimensione storica è considerata una inabdicabile strumento nelle mani del canonista, o, per dir meglio, una dimensione della sua stessa consapevolezza epistemologica.

Ce ne dà una dimostrazione egregia don Stefano Violi con questa ampia tesi dottorale discussa presso la Facoltà Teologica di Lugano e dedicata a una esaustiva messa a punto circa quel momento fondamentale della storia della scienza canonistica costituito dal "Prologo" di Ivo di Chartres.

Innanzitutto, un primo merito, Don Violi è lucidamente cosciente di quella elementare ma salvante conquista metodologica che il diritto canonico non è un insieme di precetti e di sanzioni da considerare formalisticamente, ma è la stessa storia della Chiesa Romana, nel suo itinerario all'interno della storia della salvezza, che ha trovato nel diritto una manifestazione particolarmente intensa. È cosciente, cioè, che il diritto canonico, prima di essere precetto e sanzione, è una scelta antropologica, è una scelta pastorale. Certamente, il diritto canonico è anche una tecnica, e tecnica che duemila anni di scavi hanno reso raffinatissima, ma guai a quel canonista che volesse analizzare un istituto senza aprire il suo respiro a ciò che sta dietro i congegni tecnici e dà loro un preciso significato.

Il banco di lavoro di don Violi è appropriatamente complesso: ottimi (e indispensabili) strumenti tecnico-giuridici, eccellente conoscenza storico-teologica, eccellente conoscenza storico-culturale e

storico-istituzionale, buone fondazioni filologiche. È solo dall'uso congiunto di questo complesso strumentario che si avrà il risultato cui l'Autore tende: la compiuta storicizzazione di una pietra militare della consolidazione dello *ius Ecclesiae* nel suo bimillenario cammino.

Ivo nel suo tempo. Ecco un primo grosso merito, giacché, quando un investigatore ha di fronte a sé un personaggio che si staglia e si stacca dal grosso gregge, è forte la tentazione a coglierlo in una grandezza che diventa solitudine e, di conseguenza a isolarlo; con il rischio di farne una specie di creatura meta-storica condannata in un limbo di astrazione meta-temporale. È una tentazione a cui, senza esitazione, sfugge don Violi: Ivo viene interpretato per quel che è, l'espressione fedele di quel singolare tratto della storia ecclesiastica, che si suole chiamare — con qualificazione discussa ma comunemente ricevuta — “età gregoriana”, un tratto che, respingendo con fermezza le inaccettabili iperbolizzazioni di Berman, rappresenta però sicuramente una fertile maturità di tempi.

E che ha al suo centro un nodo intricatissimo, e un intreccio folto di motivazioni; che, pertanto, può rivelare il suo volto storico unicamente se il canonista si pone a un banco di lavoro complesso, utilizzando diversi mezzi di approccio, unicamente se il canonista si fa anche storico della teologia, della cultura, se posa il suo sguardo alla crisi istituzionale, se scende doverosamente anche a una necessaria piattaforma filologica e paleografica.

Nelle pagine di don Violi il contributo scientifico del vescovo di Chartres si ravviva. A fine del secolo undicesimo, quasi raccogliendo i molti messaggi di un intero millennio e formulandone un bilancio nelle sue concordanze e discordanze, Ivo costruisce una sorta di pietra confinaria, che funge però non da semplice inventario del passato ma, proprio perché espressione di un presente fertilissimo, è preparatoria di quel parimente fertile secolo dodicesimo, dove si avrà quel passo innanzi costituito dalla “Concordia” graziana, opera già pienamente “bolognese” in tutto il suo piglio innovatore e nel suo concreto patrimonio di innovazioni.

Segnalo quello che è un secondo indubbio merito del lavoro di don Violi. Non soltanto Ivo nella complessità del suo tempo, ma anche Ivo nella complessità della sua personalità: Ivo giurista, però anche teologo; Ivo scienziato e uomo di cultura, però anche pastore.

Il diritto canonico può anche elevarsi in altissimi pinnacoli teorici, ma è una scienza che non potrà mai ridursi a una architettura formale, se non a costo di tradire quelle carnalissime radici pastorali, omni-presenti come omni-presente ha da essere la considerazione dell'*homo viator* con tutto il suo fardello di fragilità. Ivo scienziato e Ivo pastore della chiesa di Chartres: è un contrappunto su cui l'Autore efficacemente insiste e che gli permette di giungere a puntualizzazioni originali e innovative.

In una letteratura storico-canonistica italiana, che ci appare abbastanza silente sia nella dottrina curiale sia in quella laica, la tesi di don Violi fa spicco. Ed è giusto salutarla con sincero e fondato compiacimento, aggiungendo l'augurio che il giovane Autore voglia ancora dedicarsi a esplorazioni fruttuose nel vasto campo del diritto canonico classico.

CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA

(A PROPOSITO DI UN'OPERA RECENTISSIMA DI CARLO FANTAPPIÈ) (*)

1. Per parecchi anni ho seguito da vicino il lavoro, silenzioso ma incessante, paziente e intelligente, di Carlo Fantappiè, e sono stato il testimone degli entusiasmi nello scavo storiografico, dei momenti di sconforto di fronte alla vastità pressoché indominabile del materiale in continuo accumulo, della ferma bussola metodologica assunta dallo scrittore a orientamento sicuro del proprio itinerario di ricerca.

Dopo tanta vicinanza solidale sono stato tra i primi a gioire per la pubblicazione dei due pesanti volumi, che costituiscono, allo stesso tempo, un grosso contributo — fondamentale, perché sostanzialmente nuovo e innovatore — alla storia del moderno diritto canonico e un vanto per la 'Biblioteca' del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' che acquisisce nel suo seno un'opera di notevolissimo rilievo culturale.

Per tutto questo, quando l'amico canonista pisano Paolo Moneta mi invitò ad essergli accanto nella presentazione da lui organizzata presso la Sapienza di Pisa, non esitai ad accettare prontamente; come non esito oggi ad accettare di redigere per iscritto quanto dissi allora sulla scorta di un ampio corredo di annotazioni.

È l'ulteriore occasione per testimoniare un sentimento di motivata stima verso un autore e verso la sua creatura intellettuale.

2. E cominciamo a guardare questo *opus magnum* nelle sue fibre più riposte.

Una prima osservazione concerne un carattere che non è facil-

(*) Il riferimento è a: C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica* - tomo primo: *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*; tomo secondo: *Il 'Codex iuris canonici'* (1917), Milano, Giuffrè, 2008.

mente reperibile in una stessa opera unitaria: al fondo, sta una massa documentaria ammirevole, puntigliosamente accumulata con monacale pazienza, che serve a Fantappiè per dare basi saldissime alla costruzione dello storico e del giurista; al di sopra, svetta però alta e vigorosa una costruzione, che non è soffocata da quella massa — come spesso accade, nello zelo candido e maldestro di mediocri ricercatori —, ma che trova in essa — questo sì — una probante legittimazione.

Si scorra, per un momento, il prolisso elenco delle sigle e abbreviazioni adottate, e si constaterà che, accanto alle più disparate fonti a stampa disseppellite anche da appartatissimi periodici, sono evidenti le esplorazioni archivistiche condotte — se necessario — in remoti e inusuali giacimenti documentari (1).

Ma quel che più conta è la costruzione, il progetto, che rende vitale la massa inerte delle carte. Un progetto che si è disegnato nitidamente nella testa dell'autore durante la faticosa ricerca preliminare, che egli non depone per un solo istante e che costituisce la chiara nervatura di tutto il tessuto dei due volumi. Vorrei aggiungere: ne costituisce il primo ed essenziale pregio.

Qual è la meta prefissa? Una comprensione piena, appagante sul piano storico-giuridico, di quel frutto estremo che è il *Codex* piano/benedettino. Un canonista disinvolto e frettoloso potrebbe immediatamente obiettare: ma che c'è da comprendere? Non è tutto chiaro fin da quando Ulrich Stutz in Germania nel 1918 e Mario Falco in Italia nel 1925, e dietro di loro tanti altri canonisti laici e di curia, lo hanno approfonditamente esaminato sviscerandone il *Geist* (2)? Direi che si è fatto qualcosa, forse molto, ma non abbastanza, almeno da un punto di vista rigorosamente storico-giuridico, che è — per l'appunto — quello di Fantappiè.

Si potrebbe paradossalmente dire che al *Codex* ha nuociuto la

(1) Si veda il velato rimprovero che Fantappiè fa a Onorato Bucci, che, indagando sullo 'Studium Romanae Curiae Lateranense', aveva mancato di utilizzare il cospicuo fondo archivistico della Accademia di conferenze storico-giuridiche (cfr. a p. 233, nota 136).

(2) La parola tedesca, come sa ogni canonista, non è uno sfoggio, ma solo un preciso riferimento al libro di U. STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici*, Stuttgart, Enke, 1918.

sua vigenza; il che ha focalizzato l'attenzione degli interpreti sul sistema codiciale, sulla interna composizione, sull'orditura di comandi e proibizioni posti in essere, guardando oltre solamente per prendere atto dei *Fontes* fatti raccogliere da Gasparri, o per esaminare i *Tractatus* redatti dal padre codificatore durante il suo insegnamento parigino.

Fantappiè, che è portatore di una schietta insoddisfazione culturale, ha una mira più ambiziosa. Il *Codex* è, nel 1917, all'estremo di un profondissimo imbuto storico, che va ben oltre i lavori preparatorii e le sistemazioni scientifiche gasparriane e che arriva, nei suoi lembi apicali, addirittura al secolo XVI. L'attenzione va spostata con decisione dal *testo* normativo, autorevole e autoritario, e che si incarna nei canoni del *Codex*, verso il suo *contesto*, ma non contentandosi delle radici superficiali tardo-ottocentesche e primonovecentesche e risalendo, invece, alle sue radici più remote.

Il *Codex* è stato culturalmente sacrificato da chi l'ha considerato nel suo aspetto di norma vigente, innanzi tutto dalla canonistica curiale perennemente ispirata da scopi grezzamente pratici senza alcuna capacità di elevarsi di una sola spanna sul sistema dei canoni, ma anche da quella intelligente — e ben più aperta — canonistica laica che negli anni venti, trenta, quaranta del secolo scorso, in Italia, in Austria e in Germania, ha rifondato il diritto canonico su un piano scientifico.

Ho detto che la mira di Fantappiè è più ambiziosa, e ho detto bene, perché si tratta innanzi tutto per lui di conseguire quello sguardo compiuto e complesso che solo una impostazione metodologicamente rigorosa può rendere agevole. Il vero problema, che quest'opera imponente si propone, e si propone di risolvere, è di indole metodologica; infatti, tutti e due i volumi intendono recuperare un sentiero metodologicamente corretto, evitando di ripercorrere ancora una volta istradamenti errati, con il risultato di ripetere aridi luoghi comuni.

Il peccato mortale commesso dalla comune storiografia sul *Codex* è stato, come sopra si è accennato, la astrazione di un testo dal suo naturale contesto storico, o, tutt'almeno, di avere ridotto il contesto a delle premesse immediate che non erano assolutamente in grado di esprimere l'alto grado di storicità della prima codificazione canonica.

Il rischio che si vuole evitare è quella *Isolierung*, che contrae e inaridisce la ricchezza di un messaggio storico. La meta da raggiungere è « conquistare il codice canonico al dominio della storia »⁽³⁾, « recuperare la dimensione storico-spaziale del diritto della chiesa cattolica »⁽⁴⁾, rifiutando ciò che — malauguratamente — il *Codex* è sempre stato, ossia « la riserva di caccia dei canonisti esegeti »⁽⁵⁾, come afferma Fantappiè nella prima pagina della introduzione con frase demolitoria che sento di condividere *in toto* ma che sarà suonata assai male agli orecchi di tanti.

Il problema viene aggredito frontalmente e subito, come per affrettarsi a togliere un impaccio al cammino: è avvenuto, nei secoli della piena modernità che vanno dal Cinquecento ai primi del Novecento, l'incontro/scontro fra la Chiesa Romana e, appunto, la modernità con le sue scelte novatrici, le sue invenzioni politico-giuridiche, il suo statalismo, il suo legalismo. Non c'è niente di nuovo in questa precisazione, che è un dato acquisito da sempre. Ma Fantappiè va oltre con la sua analisi: al di sotto dello scontro — che è appariscente e che è violento — v'è un processo storico — che è, invece, sotterraneo, che non è vistoso, che è però sottilmente pervasivo — di assorbimento delle impostazioni moderne all'interno dell'ordinamento giuridico canonico, con il risultato di alterare parecchio il tradizionale modo di concepire il diritto entro i confini della Chiesa Romana.

Durante il lungo svolgersi del tempo medievale, il diritto canonico aveva avuto germinazioni, manifestazioni, consolidazioni schiettamente pluralistiche. C'era, al fondo, soprattutto un ricco patrimonio consuetudinario su cui si sedimentava la doviziosa fioritura di norme conciliari e papali, di costruzioni dottrinali, di pronunzie giudiziali. La maggior parte degli stessi interventi del *caput totius Ecclesiae* erano provocati da richieste provenienti dal basso dell'esperienza pastorale che sollecitavano la voce autorevole del pastore supremo su concreti casi incontrati nella prassi quotidiana, voce che si incarnava in una strabocchevole profluvio di

⁽³⁾ Cfr. p. XXVI (i numeri delle pagine segnati in questa nota e nelle note seguenti fanno riferimento alle pagine dei due tomi dell'opera recensita).

⁽⁴⁾ Cfr. p. XXVI.

⁽⁵⁾ Cfr. p. XXV.

epistolae decretales, tanto da far assumere allo stesso diritto canonico l'aspetto di uno *ius decretalium*.

Tutto ciò uscì abbastanza stravolto nella Chiesa moderna, almeno a far data dal Concilio tridentino. Il modello del diritto, che la laicità definiva ogni giorno di più, consisteva in talune soluzioni radicali: il rifiuto delle incontrollabili consuetudini; il rifugio in un testo scritto che appariva affidante nelle sue certezza e chiarezza cartacee e dove il comando chiaro e certo poteva pretendere una assoluta obbedienza; la riduzione del diritto a norma, a comando, rispetto al quale non si dà interpretazione (con un ruolo autonomo dell'interprete) ma soltanto esegesi (ossia spiegazione passiva, ancillare).

Orbene, un siffatto modello normativistico/legalistico penetrò nelle fibre del diritto canonico, sembrando alla sacra gerarchia che in quello si assommasse il rimedio principe per rinsaldare l'unità disciplinare messa a dura prova dalla Riforma. E il modello — che la Chiesa Romana soffriva sulla sua stessa pelle nello scontro ormai quotidiano all'interno dei forti Stati nazionali, e che ingenerava ferite, e che tendeva a vincolare in catene la *libertas Ecclesiae* — fu adottato all'interno delle mura ecclesiali perché ritenuto arma vincente.

E si dette vita a quella che Fantappiè qualifica acutamente come *relazione consustanziale* fra Stato moderno e Chiesa moderna: « una grande dialettica storica di equiparazione e di contesa, di imitazione e di contrasto, di trasferimenti positivi e negativi, che hanno condotto i due maxi-soggetti ad una sorta di apprendimento osservativo, a capitalizzare le esperienze dell'altro in funzione innovativa, identitaria e legittimante » (6).

Meglio non si sarebbe potuto esprimere la dignità metodologica, che sta a fondamento dell'opera che qui si recensisce, che la rende *funditus* innovativa rispetto a tutto quel poco che si è scritto in proposito fino ad ora, che la rende rilevante proprio sul piano storico-giuridico, in ordine a una veramente compiuta storicizzazione.

L'insegna è: recuperare alla reale trama storica, storicizzare, rendere carnalmente vivo nel bene e nel male il lavoro secolare della sacra gerarchia e dei canonisti.

(6) *Introduzione*, p. XXXII.

Come si diceva: il *Codex* deve essere collocato all'estremo di un profondo imbuto storico. Non bastano più le domande, che i canonisti si sono ripetutamente posti, sul ruolo di Pio X e di Gasparri, su quale dei due ruoli sia stato quello determinante. Domande indubbiamente legittime, ma che — da sole — sono storicamente inappaganti, giacché non possono esaurire il problema storico del *Codex*.

A questo proposito, Fantappiè parla chiaro: o si arriva a cogliere le radici profonde del *Codex*, o esso rimane — come effettivamente è stato — una sorta di oggetto misterioso. E il nostro autore non si arresta alle dichiarazioni programmatiche, dandosi da fare nell'intento concreto di colmare un vuoto storiografico; risultato che l'opera riesce a raggiungere grazie alla utilizzazione di un enorme tessuto di fonti fino ad oggi ignorate o scarsamente utilizzate, grazie al salvante angolo di osservazione dal quale si affronta il problema e che è finalmente storicistico.

Guardandovi da questa angolatura — prima ignota — il *Codex* appare meritare una sola qualifica: tridentino, anche se i battenti del Concilio chiudono nel 1563 e anche se il *Codex* comincia il suo cammino concreto con l'impulso formale di Pio X nel 1904. Se si vuole veramente arrivare ai primi anelli di una continua catena di radicazioni, occorre cominciare da quella data apparentemente così remota; né sarò io a contestare questo approccio di Fantappiè, essendo da sempre convinto della sua validità, come scrivevo esplicitamente già in un saggio del lontano 1985 (7).

Nello stesso tempo, ha ragione Fantappiè che occorre anche non lasciarsi irretire da una rincorsa verso ulteriori arretramenti, tenendo dietro alla illusione di origini ancor più remote: queste origini rischierebbero di portarci oltre il reale itinerario storico, in una pre-istoria del *Codex* dove si giungerebbe ad anticipazioni pretestuose mescolando il debito con l'indebitato. Un esempio può essere offerto dalla proposta, fatta — al primo avvio del processo codificatorio, nel 1905 — da un dotto docente della Università di Tübingen, il Sägmüller, di assumere a modello il *Liber Sextus* di

(7) Cfr. P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 14 (1985).

Bonifacio VIII, ritenuto il primo esempio di Codice nella storia della Chiesa Romana. Anticipazione pretestuosa, essendo la compilazione bonifaziana frutto ben immerso in una cultura giuridica medievale e costituendo nulla più che una ben riuscita consolidazione.

Il Codice, la codificazione, nella sua rigorosa accezione storico-giuridica, è impensabile al di fuori dell'alveo della modernità, presupponendo le scelte fondamentali della riflessione filosofica moderna, che divengono atteggiamenti di fondo della stessa cultura giuridica moderna. Un Codice — ogni Codice — prima del giusnaturalismo e dell'illuminismo è nulla più di una insensata anticipazione; che Fantappiè — accortissimo — ovviamente rifiuta: cavalcare con non vigilati entusiasmi la tigre del divenire storico può paradossalmente portare al clamoroso fallimento proprio della auspicata storizzazione.

3. Dunque, il *Codex* ben immerso nella nicchia della modernità giuridica. Di più: il diritto canonico dell'età moderna che, lungi dal perseverare sui binari tracciati e sperimentati nel millennio medievale, recepisce sostanzialmente la nuova visione del diritto, nella fiducia di munirsi di un formidabile contravveleno verso un mondo politico e culturale sempre più ostile e sempre più apertamente anti-papista e anti-cattolico.

Gli snodi di questo singolare percorso, che impegna i secoli dal Cinquecento al Settecento e che provoca una novazione profonda nel metodo e negli approcci tradizionali, possono essere così puntualizzati: un influsso deciso dell'umanesimo giuridico nella sua forte dimensione razionalistica; un influsso altrettanto deciso del razionalismo sistematorio austro-tedesco, che trova una fedele specularità in talune grandi scuole canonistiche, quelle gesuitiche di Dillingen e di Ingolstadt, quella francescana di Freising, quella benedettina di Salzburg.

C'è un movimento tendenziale, sempre crescente, che mira a disegnare quadri sintetici dello *universum ius canonicum*, che mira a ridurre a sistema le vecchie alluvionalità conservate dalla tradizionale visione casistica, che crede in un rigoroso procedimento di astrazione e purificazione quale strumento razionale e razionalizzante non solo necessario ma ottimale, che comincia a compiacersi nella redazione di 'parti generali'.

Quando, più tardi, dietro l'imperversare del metodo wolffiano, sarà la geometria a offrire gli schemi più convincenti e più inattaccabili dall'usura temporale, possiamo constatare quanto questo formalismo matematizzante serva alla scuola di Würzburg per cementare la creazione di una articolazione nuova, ottenuta separando lo *ius privatum* dallo *ius publicum ecclesiasticum*; e giustamente Fantappiè rileva che ciò è frutto di un «innesto del razionalismo illuministico»⁽⁸⁾: quello che sembra essere il più *politico* degli aspetti della giuridicità canonica viene tranquillamente ridotto in categorie di indole soprattutto logica, viene — per così dire — categorizzato.

Da qui in poi, il tracciato serba un carattere rigidamente unidirezionale, le cui tracce più evidenti saranno il *Syllabus*, il Concilio Vaticano Primo, l'intera opera scientifica di Pietro Gasparri con il volume emblematico delle *Institutiones iuris publici*, infine il *Codex gasparriano*. E il tratto è sempre lo stesso, segnato a fondo dalla osmosi tra scienza canonistica e sistema canonistico (da un lato) e (dall'altro) il razionalismo esasperato delle moderne correnti filosofiche spesso trionfalmente circolanti in ambiti protestanti.

C'è di più: cambia il sottostante modello antropologico-culturale e, conseguentemente, anche quello tecnico-giuridico. La razionalità elogiata — e assunta a caposaldo — dai filoni di pensiero umanistico non ha la stessa fisionomia che San Tommaso individuava a carattere essenziale del soggetto umano. L'umanesimo smentisce *in toto* la visione tomista: in quest'ultima l'uomo, creatura fra le creature all'interno del cosmo, è segnato dalla virtù dell'umiltà, e il suo strumento fondamentale — la conoscenza razionale —, proprio nella sua qualità di proiezione al di fuori dell'io verso l'esterno, verso il creato, intensifica la sua posizione di umiltà. La nuova visione umanista, al contrario, poggia su una incondizionata fiducia nell'uomo, il quale costruisce i suoi strumenti conoscitivi, rifiutando i

⁽⁸⁾ «La rifondazione del metodo del diritto canonico si attuò su due linee convergenti: mediante l'impiego del metodo deduttivo-sistematico e mediante il ricorso ai principi del diritto naturale e della filosofia morale di Christian Wolff. Ancora una volta, così com'era accaduto nel tardo Cinquecento, fu l'evoluzione della filosofia a fornire le premesse necessarie ai mutamenti sul terreno canonistico» (*Chiesa romana e modernità giuridica*, p. 57).

condizionamenti provenienti dall'oggetto e plasmandoli secondo le esigenze segnalate da un meccanismo introspettivo; e la razionalità umanistica si dimostra intrisa di pesanti aspetti volontaristici.

Una notazione di grosso rilievo culturale è il ruolo portante dei teologi-giuristi della Seconda Scolastica spagnola ed europea per le operazioni dei canonisti, come sarà dimostrato dalla costante attenzione da parte di Gasparri per il 'De legibus' di Suárez: ma quei formidabili *speculatores*, ben immersi nella modernità nascente, anche se si ponevano formalmente quali commentatori di San Tommaso, sostanzialmente lo rivivevano (e anche lo alteravano) umanisticamente in chiave volontaristica.

Insomma, il diritto canonico sposa la nuova visione moderna del diritto: se, per tutta la civiltà medievale, persiste la visione aristotelica — e, poi, romana — del diritto come *ars boni et aequi*, la moderna identificazione volontaristica di *ius* in *lex* conquista i canonisti. Con la corposa conseguenza della sostituzione del vecchio metodo casistico (il metodo principe dello *ius decretalium*) con quello logico-deduttivo proprio delle scienze novissime matematiche e fisiche.

4. Centrale nell'impianto di tutto il primo volume è l'ampio capitolo su "La formazione del paradigma sistematico", che l'autore distende in un percorso segnato da due date precise, il 1563 e il 1791.

Doppiamente significativo il 1563, per la storia generale della Chiesa quale anno finale del Concilio di Trento, per la storia della scienza canonistica quale anno della prima edizione di un fortuntissimo 'manuale' sistematorio, le *Institutiones iuris canonici* di Giovanni Paolo Lancellotti.

Opera certamente non collocabile all'interno del *mos gallicus*, è però figlia del secolo per certi suoi tratti caratterizzanti: il canonista intende compiere (e compie) una rielaborazione personale al di là delle consuete *auctoritates*, e, assumendo a ferrea intelaiatura lo schema tripartitico giustiniano (*personae, res, actiones*), offre un sistema unitario ed organico grazie alla sua articolazione in un tessuto logico strutturale scandito in principii, regole, distinzioni, eccezioni. Siamo di fronte ai primi germi di un processo di indole

razionalizzatrice, e nulla più. È, infatti, troppo presto pretendere a metà Cinquecento qualcosa di più di un avvio, di una germinazione.

La quale ha, però, il suo sviluppo, crescendo in astrazioni sempre più intense e con un gusto ormai spiccato verso le 'parti generali', in alcune nicchie sapienziali: nella scuola gesuitica di Ingolstadt si segnala il progetto di Paolo Laymann (1575-1635), ripreso e rafforzato dal suo discepolo Enrico Pirhing, « il miglior canonista del Seicento »⁽⁹⁾, continuato nella prima metà del Settecento dai gesuiti Schmalzgrüber e Pichler, e soprattutto da Anacleto Reiffenstuel, della scuola francescana di Freising.

È il Settecento il clima conveniente per definire un compiuto *systema iuris canonici*, perché è lì il clima maturo dove si attua « la rifondazione wolffiana del diritto canonico »⁽¹⁰⁾. Due sono le date da segnare: il 1731 e il 1791; e sono le date di apparizione di due emblematiche riflessioni dottrinali.

1731: le *Meditationes de studio iuris ordine atque metodo scientifica instituendo* di Johann Adam von Ickstatt, un discepolo di Wolff, che dal maestro riceve e assorbe una nozione di scienza dal matematizzante modello euclideo. Ickstatt, che dal 1731 è docente a Würzburg, contribuisce a fondare teoreticamente la separazione fra *ius privatum* e *ius publicum*, e soprattutto l'autonomia dello *ius publicum ecclesiasticum* (che, come abbiamo più sopra accennato, è uno dei risultati più incisivi della scuola würzburgiana). Sorretto da una ossatura rigorosa, che risente della piena adozione di schemi wolffiani — *status, iura, obligationes, officia* — consegue il risultato cui la canonistica moderna aspira: equiparazione teorica della Chiesa allo Stato, cristallizzazione gerarchica della società sacra, sua costruzione quale società rigidamente *inaequalis*.

Se il 1791 è l'anno dello scontro frontale fra Chiesa Romana e rivoluzione francese, per lo storico della scienza canonistica è anche il momento della pubblicazione dell'opera forse più speculare al suo tempo e di esso pienamente espressiva: il *Liber subsidiarius qui est isagogicus et principia ac fontes iuris ecclesiastici continet*. L'autore, un gesuita, Jacob Anton von Zallinger (1735-1813), centra almeno in tre punti il bersaglio della più colta e consapevole canonistica

⁽⁹⁾ Cfr. p. 41.

⁽¹⁰⁾ Cfr. p. 57.

settecentesca: opera, infatti, la reinterpretazione in senso cattolico dei postulati e metodi dell'ultima filosofia giusnaturalistica; edifica una completa teoria delle fonti del diritto canonico; realizza una compiuta affermazione del metodo sistematico nella scienza canonistica. Ha buone ragioni Fantappiè di affermare che « ancora una volta, così com'era accaduto nel tardo Cinquecento, fu l'evoluzione della filosofia a fornire le premesse necessarie ai mutamenti sul terreno canonistico » (11).

E qui si deve ripetere quanto si diceva all'inizio, e cioè che i due volumi recensiti, grazie ai meritorii scavi e grazie soprattutto alla cultura dello scrittore e al suo apertissimo ventaglio di conoscenze (che vanno ben oltre le tecniche canonistiche), arrivano a un esito novissimo e di grande significato storico-giuridico: finalmente il diritto canonico moderno — che in certe ricostruzioni di un passato anche recente è sembrato una nuvola galleggiante sulla storia e sulla cultura della civiltà moderna, o, se volete, una arida corteccia rinsecchita — riceve una adeguata, convincente storicizzazione.

5. Rispetto alla singolare ma intensa 'consustanzialità' (uso volentieri l'azzeccata connotazione di Fantappiè) tra la scienza canonistica sei-settecentesca e la grande riflessione filosofica laica o addirittura protestantica, con l'Ottocento si ha l'impressione di scendere in una convalle assai più smorta e scolorita.

È il momento di una sostanziale 'restaurazione', e non seguiremo l'autore nelle sue dottissime esplorazioni. Ciò che ormai conta è solo la riaffermazione di autorità e tradizione; mentre si spengono le — discutibili ma indubbie — fecondazioni filosofiche di conio giusnaturalistico, resta il modello imperioso di una costruzione sistematica, ma il sistema si riduce a un rigido strumento di controllo, e resta un sapere giuridico rigidamente deduttivo.

Esprime bene questo atteggiamento di chiusura e di difesa a oltranza un volume che riscuote una rara fortuna, le *Institutiones canonicae* di Giovanni Devoti — che è dal 1768 al 1783 professore alla Sapienza romana —, pubblicate nel 1785 e poi ripetutamente ristampate fino all'ultima del 1860, esemplari per chiarezza e per rigore logico. Vi si ribadivano le pietre angolari di una costruzione

(11) Cfr. p. 57.

giuridica ormai consolidata e da conservare gelosamente: carattere originario della organizzazione gerarchica della Chiesa, risalente al Cristo che la volle e la edificò come *societas inaequalis*; la Chiesa ormai identificata «*tanquam perfecta ac distincta res publica*»; energico ma opprimente rafforzamento dei poteri papali.

In un panorama scientifico meritevole di un pudico silenzio, un cenno va invece fatto alla scuola canonistica in seno alla gesuitica Università Gregoriana e alla presenza in essa di Camillo Tarquini, che ne è sostanzialmente il fondatore. Le sue *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, che dal 1862 al 1908 ricevono ben ventuno edizioni, rifacendosi alle acquisizioni metodologiche di Würzburg e adottando, quindi, canoni e modi argomentativi tipicamente wolffiani, inchiodano il neo-nato *ius publicum ecclesiasticum* nella immobilità di un ordine logico-assiomatico. La struttura giuridica della Chiesa Romana, fissata *more geometrico*, fa risaltare i due caratteri che più premono a questo canonista romano, il quale sembra raccogliere fedelmente (anche se, ormai, passivamente) le vecchie scelte sei-settecentesche che appaiono conquiste definitive ed estremo salvataggio: la Chiesa, verso l'esterno, quale *societas iuridice perfecta*, e, al suo interno, quale *societas inaequalis*.

Messaggio giuridico forte questo del Tarquini, ma si direbbe meglio modello tranquillizzante. Come tale fu pienamente ricevuto dalla successiva dottrina, subendo ulteriori rigorismi formali ma soprattutto una legittimazione radicata nell'indiscutibile piano teologico: è l'operazione realizzata da Felice Cavagnis (1841-1906) con le sue *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, dove il diritto divino diventa fonte essenziale, con il compito di trasfigurare e vieppiù legittimare tutto l'assetto giuspubblicistico della società ecclesiale.

Fantappiè, che è storico del diritto canonico ma che assume a suo canone metodologico fondamentale di non isolare e astrarre le regole e la scienza canoniche, e che le inserisce in un contesto più ampio per compiutamente storicizzarle, non manca di guardare con attenzione al di là delle mura della cittadella ecclesiale, soprattutto all'interno di quel *Reich* tedesco dove il diritto pubblico viene rigorizzato, scientificizzato, tecnicamente positivizzato nelle concettualizzazioni di Gerber e di Laband e dove la *Herrschaftsmacht* dello Stato viene definita in tutta la sua moderna assolutezza. Il raffronto comparativo riesce facile: «alla luce di queste dottrine giuridico-

politiche che tendevano a elevare la figura dello Stato a rappresentazione di un ordinamento giuridico totale, si capisce come l'elaborazione teorica di Tarquini costituisca una sorta di *contrapposto ideale* da parte cattolica e possedesse una valenza critica di vasta portata nei riguardi dell'assolutismo e positivismo statale » (12).

6. Già da tempo (13), il nostro autore, cominciando a dipanare sapientemente il suo filo conduttore e sottolineando giustamente la scelta giusnaturalista e poi addirittura wolffiana del diritto canonico sei-settecentesco, nella consapevolezza di quello che sarà l'èsito codicistico del 1917, si è posto come proposito e dovere primario verso il lettore di « spiegare il complesso itinerario che dal sistema di matrice giusnaturalista e razionalista porterà al ritorno all'architettura tripartita del diritto romano », quella architettura che è l'ossatura portante del *Codex* del '17.

La svolta, che condurrà all'abbandono dei rigidi geometrismi formalistici, si matura a fine Ottocento durante il lungo pontificato di Leone XIII. Papa Pecci ha un progetto in testa, che si rivela ben definito fin dai primi atti magisteriali, e che si articola in tre precise direzioni: restaurazione della filosofia tomista; costruzione di una dottrina sociale della Chiesa; potenziamento della dimensione giuridica della società sacra. Tre direzioni sorrette da « un'azione culturale organica, in cui i diversi ambiti storico, filosofico, giuridico e teologico risultano inquadrati in una superiore visione unitaria il cui cemento è dato dalla visione tomista della realtà » (14).

Perde di credito la teologia, mentre ne acquista il diritto canonico, con il risultato concreto di una concezione del mondo su base giuridica, nella quale spetta al diritto canonico il ruolo di fungere da « insostituibile cerniera tra il sapere e il potere sacro » (15).

V'è, cioè, un recupero di realismo rispetto alle concezioni mutate dal giusnaturalismo laico dei secoli precedenti e peccanti di astrattezza e di artificiosità. Tutto discende dalla scelta tomista operata dal Papa; intendo dire autenticamente tomista, perché il

(12) Cfr. p. 224.

(13) Cfr. p. 112.

(14) Cfr. p. 200.

(15) Cfr. p. 198.

neo-tomismo di Leone XIII è il ritorno pieno al genuino messaggio dell'Aquinate e non al fasullo neo-tomismo della Seconda Scolastica — e di Suárez, in particolare — tradito nella sua sostanza filosofica perché contaminato largamente dal volontarismo umanistico e post-umanistico. Soprattutto, riemerge dalle pagine delle grandi *Summae* dugentesche una nozione di diritto naturale anti-formalistica e anti-geometrica, un diritto naturale che fa i conti con la storia e con la società.

E si inquadra perfettamente, in questo clima di rifondazione culturale, l'appoggio papale alla fioritura di studi storico-giuridici e, più specificamente, romanistici. Tra poco, quando Gasparri comincerà la paziente tessitura della lunga tela della codificazione, sarà il diritto romano a vincerla sulle molteplici tentazioni storico-giuridiche, quel diritto romano che con le sue vocazioni sistematizzanti appagavano e tranquillizzavano il codificatore assetato di certezze e di saldezze.

Se ci si allontana definitivamente dalle — culturalmente inammissibili — geometrie wolffiane, resta il culto del sistema, della sua unità e organicità cementate da un rigorismo logico che è il vizio/virtù del giurista Gasparri. E quella tripartizione — *personae, res, actiones* — solletica Gasparri proprio per la *reductio ad unitatem* che lo schema romano è in grado di provocare; né lo turba un costo gravissimo da pagare, l'inserimento dei sacramenti tra le *res*, con un risultato nomenclativo che il futuro Codice giovanneo spazzerà via come una incuneazione sostanzialmente simoniaca.

7. Già quel che si è detto nei rigi precedenti dà anticipazioni assai utili per disegnare compiutamente la figura di Pietro Gasparri, che è certamente un protagonista nella storia della canonistica moderna, della prima codificazione canonica, della storia moderna della Chiesa Romana come Segretario di Stato di Benedetto XV e di Pio XI e demiurgo del Concordato Lateranense con il regno d'Italia. Uno dei tanti meriti dell'opera di Fantappiè è la storicizzazione di questa straordinaria personalità, con il fine di sottolineare un suo recupero autenticamente storiografico.

Che mancava. Dopo le edulcorazioni della biografia — scritta con stile elegante e suadente, ma smaccatamente encomiastica — di Francesco Maria Taliani, dopo i narcisistici contributi dello stesso

Gasparri documentati nelle 'Memorie' e nell'ultimo suo discorso pubblico pronunciato poco prima della morte nel 1934 ⁽¹⁶⁾, si sentiva il bisogno di una sua immersione nella complessa vicenda storica snodatasi negli ultimi decenni dell'Ottocento e nei primi del Novecento. A questo bisogno autenticamente scientifico Fantappiè è il primo a corrispondere esaustivamente almeno sul piano storico-giuridico con pagine che ci permettono il recupero or ora auspicato.

Tenendo dietro ad alcune felici intuizioni di don Giuseppe De Luca (come sempre, interprete criticamente puntuale della cultura cattolica del Novecento) e di Arturo Carlo Jemolo, il discorso si concentra su tre dimensioni altamente caratterizzanti del personaggio: « prete romano, canonista, uomo di curia » ⁽¹⁷⁾. Prete romano: Gasparri, nato ben all'interno dello Stato Pontificio nel 1852, è uno di quei preti sulla cui pelle la penetrante ferita della *debellatio* operata dai piemontesi con la breccia di Porta Pia non si è mai completamente risarcita e nei quali è rimasta viva la necessità di una proiezione temporale della Sede Apostolica. Canonista: la dimensione giuridica in lui *adhaeret ossibus*; egli è giurista fin nel profondo del suo essere. Uomo di curia: pur essendo — come studioso — anche un sistematore, il diritto canonico è per lui soprattutto prassi; egli crede fermamente nel primato della prassi.

È indubbiamente figlio del processo di rinnovamento della prelatura curiale avvenuta sotto Leone XIII. Assorbe, pertanto, sotto il profilo filosofico-teologico l'impronta neo-tomista imperante in quegli anni in Vaticano. Con questa precisazione, che riprende un accenno già fatto: più che alla *Summa Theologica* egli si ispira al 'De legibus' di Suárez, poiché gli è più congeniale il volontarismo normativistico cui il grande *speculator* si ispira nella cultura nuova circolante in Spagna e in Europa tra Cinquecento e Seicento. Una minuta ma illuminante notazione, fatta da Fantappiè, è che il 'De legibus' suareziano è l'unica opera di carattere dottrinale richiesta da

⁽¹⁶⁾ P. GASPARRI, *Storia della codificazione del diritto canonico per la Chiesa latina*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis VII saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis*, Romae, 12/17 novembris 1934, Romae, 1937, p. 3 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. p. 913.

Gasparri alle biblioteche ecclesiastiche romane quale sussidio indispensabile per il lavoro delle Commissioni codificatorie ⁽¹⁸⁾.

I lavori dottrinali gasparriani mostrano, infatti, un diritto canonico abbastanza inchiodato in schemi logico-dimostrativi, condito con una terminologia che è in buona parte suareziana. È tomista in questo: lo *ius canonicum* è visto strettamente connesso, assolutamente funzionale, con la azione pastorale della Chiesa. Anche a uno sguardo superficiale i suoi *Tractatus* denunciano la scoperta coscienza della terrestrità del diritto canonico, nobilitato unicamente dallo scopo pastorale. Si può arrivare prontamente a questa valutazione conclusiva: gli interessi che sorreggono lo scrittore non sono culturali, ma canonistico-pastorali; v'è una manifesta finalità giuridico-pratica, perché i problemi giuridici e le loro soluzioni debbono servire alla pratica ecclesiastica; v'è una grossa attenzione alla casistica giuridica e, necessariamente, alla giurisprudenza curiale. L'educazione tomista gli fa, però, acquisire un forte senso della autonomia del diritto canonico e un altrettanto forte senso della sua elasticità (almeno al livello dello *ius humanum*). Credo che non si possa non sottoscrivere l'affermazione conclusiva di Fantappiè, che « dietro il canonista Gasparri si può intravedere il futuro funzionario di curia e l'uomo della codificazione » ⁽¹⁹⁾.

Gasparri e il Codice. Ecco un soggetto e un oggetto legati da una intima sintonia. Ottimo tecnico, logico rigoroso, sicuro disegnatore di strutture sistematiche, dotato di non grande cultura e abbastanza immune al fascino della storia (e, quindi, al divenire, al movimento e al mutamento), il montanaro di Ussita ⁽²⁰⁾ doveva essere il giurista più convinto della positività dello strumento 'Codice' per la vita giuridica della Chiesa nel difficile momento seguito alla perdita del dominio temporale, il più convinto della esigenza di imitare gli Stati (l'ultimo, il grande *Reich* germanico che aveva codificato il suo diritto civile nel 1900) e di cristallizzare al più presto l'alluvionale, sedimentatissimo nei secoli, *ius decretalium* nelle trame salde e ferme di una codificazione. A Gasparri il Codice non poteva

⁽¹⁸⁾ Cfr. p. 811, nota 11.

⁽¹⁹⁾ Cfr. p. 426.

⁽²⁰⁾ Gasparri nasce a Ussita, nel cuore delle montagne marchigiane.

sembrare che un provvidenziale salvataggio per la Santa Romana Chiesa.

È questo anche il punto — e punto fondamentale — in cui si misura tutta la distanza metodologica e culturale dall'altro grande protagonista nella scienza canonistica fra i due secoli, il Wernz. Li separa soprattutto la consapevolezza della storicità del diritto: che è viva nel gesuita tedesco, tenace propugnatore di uno *ius decretalium*, di cui offre la ultima ammirevole sistemazione precisamente alle soglie della promulgazione del *Codex* ⁽²¹⁾; che è, invece, tenuissima nel loico Gasparri, irremovibile nella protezione offertagli dalla sua corazza di schemi razionali.

Il *modus laborandi* gasparriano è reso limpidamente manifesto nei suoi *Tractatus*, e particolarmente nel più rimarchevole sotto il profilo tecnico-giuridico, il *Tractatus canonicus de matrimonio*, la cui prima edizione risale al 1891-92: la prospettiva storica è assolutamente minimizzata, rispecchiando — in proposito — lo scetticismo del giurista formalista; nessun supporto viene chiesto a ricerche filologiche; lo stesso diritto romano è ridotto a un forziere di preziosi apparecchi tecnici ma è maneggiato come un corpo meta-storico che si pretende abbia il pregio (al seguito di una mitologia post-umanistica) di riflettere parecchie nevature della ragione naturale.

Anche di fronte a un prodotto giuridico così ridotto in — apparentemente asettiche — trame tecniche lo storicismo di Fantappiè riesce a darne una collocazione sicura e una sua altrettanto sicura cifra culturale: « il 'trattato' di Gasparri rappresenta il punto estremo della tendenza teologica a *ridurre* il sacramento del matrimonio nell'atto contrattuale e a *subordinare* l'elemento propriamente sacramentale all'elemento propriamente contrattuale » ⁽²²⁾.

Sottolineatura sconcertante ma storicamente veridica: la sacramentalità subordinata alla contrattualità, quasi un tributo inconsapevole a precise scelte della modernità giuridica. Ed è illuminante la citazione confermativa, che il nostro autore fa di un saggio di Knut Wolfgang Nörr — saggio storicamente assai penetrante, dove lo storico del diritto e canonista di Tübingen non ha mezzi termini nel

⁽²¹⁾ L'ultima edizione del suo *Ius decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris decretalium* esce, infatti, a Prato (Giachetti) fra il 1913 e il 1915.

⁽²²⁾ Cfr. pp. 445-46.

contrapporre la concezione medievale (nella quale il matrimonio rappresentava « un elemento del piano divino della salvezza ») alla concezione moderna (con la quale si giunge alla « sua secolarizzazione e profanazione » conseguenti alla « sua deistituzionalizzazione e contrattualizzazione »⁽²³⁾).

Gasparri mostrava qui la ambivalenza del suo tomismo: più che in San Tommaso, il mentore da lui assunto a guida è in Sanchez, personaggio appartenente alla Seconda Scolastica pseudo-tomista ed ormai espressiva di una coinè culturale moderna. E poiché Nörr parla icasticamente, secondo la citazione or ora fatta, di 'profanazione', non si possono dimenticare le sottili disquisizioni tecniche sulla configurazione giuridica della *unitas carnis* fra i coniugi (e della sua traduzione negli arnesi collaudati della tradizione romanistica) quale *ius in re* o *ius ad rem*, che non è certamente né solo moderna né solo gasparriana, ma che trova in Gasparri e in certa canonistica moderna un parossismo che mi verrebbe voglia di qualificare onanistico.

8. Non si può chiudere le nostre considerazioni senza accennare a un'altra storicizzazione compiuta che l'opera di Carlo Fantappiè realizza, e che si accentra sul ruolo di Pio X e sull'azione congiunta del Papa e di Gasparri.

Non siamo di fronte a un Codice di autore (come il narcisismo di Gasparri ha teso ad accreditare⁽²⁴⁾), ma — appunto — ad una azione congiunta, dove al montanaro di Ussita spetta certamente un ruolo notevole, giacché è lui il perno di tutto il complesso meccanismo organizzativo che egli ha diretto e coordinato con enorme efficienza per tutta la lunga — più che decennale — durata preparatoria.

C'è fra i due protagonisti una comunanza di fondo, che con acuta diagnosi Fantappiè pone a pilastro della sua interpretazione: « Pio X e Gasparri individuano concordemente nella modernità

⁽²³⁾ Cfr. p. 447. Il saggio di Nörr menzionato da Fantappiè è il seguente: *Il contributo del diritto canonico al diritto privato europeo: riflessioni dal punto di vista della identificazione del concetto di diritto*, in *Diritto canonico e comparazione*, a cura di R. Bertolino, S. Gherro, L. Musselli, Torino, Giappichelli, 1992 (la citazione è tratta da p. 22).

⁽²⁴⁾ Cfr. p. 911.

statuale il problema centrale con cui la Chiesa è chiamata a confrontarsi »⁽²⁵⁾; se, poi, a questa comunanza fra i due, si aggiunge una non minima differenziazione, questa deriva dalla loro diversissima fondazione, dall'essere sempre stato il primo soprattutto un pastore d'anime in una lunga vicenda che avrebbe portato il parroco veneto al soglio di Pietro, dall'essere sempre stato il secondo un giurista (sia come studioso, sia come docente e curiale).

Per Pio X, infatti, la Chiesa, quale *corpus mysticum*, non può non essere sovraordinata allo Stato; per Gasparri, la Chiesa, *societas iuridice perfecta*, se è posta su un piano assiologico superiore, lo è su un medesimo piano giuridico.

Secondo Fantappiè — ed è opinione condivisibile, perché fondata su una ricca e probante documentazione — il ruolo del Pontefice nella elaborazione del Codice non è minimizzabile. Forse, egli fu portatore di una visione un po' angusta della giuridicità, di uno *ius* scritto chiaramente in un testo, controllabile dall'alto, ben intelligibile e quindi obbedito. Un diritto canonico legale — e, dunque, anche il *Codex*, legge generale, madre e ispiratrice di tutte le leggi particolari — si inserisce perfettamente nella diffidenza di Giuseppe Sarto verso ogni relativismo modernistico. Ma non era, la stessa diffidenza, vivissima anche nell'animo del suo collaboratore primario (pur se più sfumata all'interno di una grossa preparazione giuridica)?

9. Si deve chiudere con una annotazione doverosa. Questa recensione scritta — così come la recensione orale di Pisa — serba in sé molti difetti verso il povero autore, che meritava uno sguardo di maggiore competenza, capace di instaurare un dialogo paritario con il portatore di tanta dottrina; ma il difetto più grave è che non si è riusciti — me ne rendo perfettamente conto — a informare il lettore della varietà e della vastità della tastiera che le dita sapienti di Fantappiè hanno toccato nel corso dei due tomi, assai spesso con ricchezza e acutezza di intuizioni, segnalando nuovi sentieri di ricerca e proponendo nuove interpretazioni; non si è riusciti a

(25) Cfr. p. 976.

informarlo dei preziosi strumenti ausiliarii provvedutamente approntati nella 'appendice' al secondo tomo ⁽²⁶⁾.

Sicuramente, il pregio essenziale dell'opera — e riprendo quanto dicevo all'inizio — è che l'autore non è caduto nel tranello culturale in cui sogliono cadere la più gran parte dei canonisti, i quali, avvezzi a maneggiare una *societas iuridice perfecta*, l'hanno isolata facendola galleggiare sulla storia, avulsa dalla storia. Fantappiè fa esattamente l'opposto: immerge, dilata lo sguardo, compara. E il paesaggio si fa necessariamente più ampio, più ricco, ma anche più complesso e più difficile da dominare.

L'autore ci riesce in grazia della sua cultura, il recensore assai meno. Il quale è, tuttavia, consapevole (e ne rende partecipe il lettore) di un risultato, senza alcun dubbio, straordinario: è forse la prima volta che, in un'opera di tanto respiro, il diritto canonico ritrova la sua carnalità storica, è misurato con la storia e nella storia. Sono molte le più di mille pagine in cui si distende l'*opus magnum* di Fantappiè, ma credo di poter sinceramente assicurare il lettore che vale la pena di compiere la fruttuosa fatica di leggerle.

⁽²⁶⁾ Dove, sotto questa insegna, "Gli uomini del Codex - Elementi prosopografici e statistici", si offre una miniera di utilissimi dati biografici e bibliografici.

INDICE

INTRODUZIONE

Carlo FANTAPPIÈ, <i>Paolo Grossi interprete del diritto canonico</i>	VII
--	-----

PAOLO GROSSI, SCRITTI CANONISTICI (1958-2013)

<i>Fonti</i>	3
------------------------	---

I. SCRITTI DI STORIA

<i>Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico</i>	7
<i>Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune</i>	115
<i>Natura e ruolo dello 'utrumque ius' nella società medievale</i>	155
<i>Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica</i>	167
<i>Fioritura canonistica</i>	183

II. SCRITTI DI TEORIA GENERALE

<i>Novità e tradizione nel diritto sacro (dall'uno all'altro Codice di diritto canonico)</i>	195
<i>Aequitas canonica</i>	211
<i>Diritto canonico e cultura giuridica</i>	229
<i>Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)</i>	247
<i>Storicità del diritto</i>	265

III. PRESENTAZIONE E RECENSIONI

Recensione a: G. DOSSETTI, <i>Grandezza e miseria del diritto della Chiesa</i>	279
--	-----

Recensione a: B. TIERNEY, <i>The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625</i>	283
Presentazione a: S. VIOLI, <i>Il Prologo di Ivo di Chartres. Paradigmi e prospettive per la teologia e l'interpretazione del diritto canonico</i>	289
<i>Chiesa romana e modernità giuridica (a proposito di un'opera recentissima di Carlo Fantappiè)</i>	293

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

Vol. 41 (2012), 8°, p. 940

Vol. 42 (2013), 8°, p. 804

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-CENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603

- 45 Luca Mannori, **IL SOVRANO TUTORE**
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, **TOMÁS Y VALIENTE**
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, **L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO**
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, **LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE**
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 **GIURISTI E LEGISLATORI**
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, **SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE**
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, **ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO**
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, **PRÆSUMITUR SEDUCTA**
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, **POTENZA E RAGIONE**
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, **LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO**
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, **LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO**
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, **IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO**
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502

- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTION
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzaella, NEL *SEGNO* DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI *PATRES*
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO
BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284

- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicità dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federico Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE
(2010), 8°, p. X-576

- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, **"L'OFFICINA DELLE COSE"**
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, **L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA**
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra otto e novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, **SCRITTI CANONISTICI**
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

€ 35,00
2400-46

