



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Chiara Minelli

RATIONABILITAS
E CODIFICAZIONE CANONICA

Alla ricerca di un linguaggio condiviso



G. Giappichelli Editore – Torino



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Nuova Serie – 1

Trascorsi venti anni dalla istituzione della Facoltà (ora Dipartimento) di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia, si inaugura con il presente volume – per i tipi dell'editore Giappichelli – la “Seconda Serie” della Collana di pubblicazioni.

Si tratta di una Collana nuova, ma con radici antiche. La prima serie, che vide la luce nei primi anni Novanta dello scorso secolo, fu fortemente voluta (e inizialmente magistralmente diretta) dal compianto Professor Vincenzo Allegri, primo Preside della Facoltà e suo fondatore e portata avanti dai suoi successori, nei rispettivi ruoli di Direttori del Dipartimento di Scienze Giuridiche e di Presidi della Facoltà di Giurisprudenza. Di quella serie, edita da Giuffrè, sono stati pubblicati ben 71 volumi.

Nasce, oggi, dunque – grazie alla preziosa disponibilità della Casa editrice Giappichelli di Torino – una “Seconda Serie” che riflette mutamenti significativi intervenuti non solo nella veste editoriale, ma anche nell'assetto istituzionale dell'Università.

Le recenti trasformazioni legislative hanno determinato, come ormai tutti sanno, la scomparsa di istituzioni tradizionali quali le Facoltà, sostituite dai Dipartimenti, ed hanno anche posto in rilievo nuove esigenze e diversi criteri nella valutazione delle opere scientifiche (i “prodotti della ricerca”, secondo un linguaggio esteticamente meno suggestivo, ma tecnicamente più puntuale e preciso). La nuova Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia ha l'ambizione di coniugare il futuro con il passato: essa, infatti, si adegua alle migliori pratiche della “revisione fra pari” e si colloca in un panorama scientifico di rilevanza nazionale e internazionale, ma mantiene anche uno stretto legame di continuità con una tradizione di studio e di ricerca in materia giuridica che ha sempre caratterizzato il nostro Ateneo.

SAVERIO F. REGASTO

Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Brescia

Brescia, 22 ottobre 2015

Chiara Minelli

RATIONABILITAS
E CODIFICAZIONE CANONICA

Alla ricerca di un linguaggio condiviso



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0177-7

La pubblicazione di questo volume è stata subordinata alla valutazione positiva espressa su di esso da due docenti esterni anonimi, scelti dal Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia (nella sua qualità di Coordinatore pro-tempore della Collana) secondo il modello della "revisione fra pari in doppio cieco".

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia (Fondi Locali della Ricerca).

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*A Teresa, Caterina, Lucia,
Maria, Margherita, Benedetta,
Giuseppe e Giovanni:
ciascuno di loro, in cuor suo, sa perché ...*

*In memoria di Maria Vismara:
anche lei, nel cuore di Dio, sa perché ...*

INDICE SOMMARIO

	<i>pag.</i>
INTRODUZIONE	
<i>RATIONABILITAS</i> E CODIFICAZIONE CANONICA	1
1. L'eredità della tradizione	1
2. L'esperienza della codificazione	13
CAPITOLO I	
LA CODIFICAZIONE PIOBENEDETTINA	23
1. Il Concilio Vaticano I e la riforma del diritto canonico: l'esigenza della «proporzione»	23
2. I canonisti e la ricerca di un sistema «razionale»	34
2.1. La riforma tra «diritto astratto» e «ordine reale»	34
2.2. «Prolegomena» e categorie fondamentali	46
3. Le <i>Normae Generales</i> verso «una legislazione pratica, oggettiva»	63
3.1. « <i>Omnis definitio periculosa est</i> »	65
3.2. I luoghi della <i>rationabilitas</i>	75
CAPITOLO II	
IL <i>CODEX IURIS CANONICI</i> DEL 1983	97
1. Le sfide della revisione postconciliare	97
2. Il problema del metodo e la crisi del diritto canonico	100
3. La riforma delle «norme generali»	120
3.1. « <i>Lex instituitur cum promulgatur</i> »	121
3.2. « <i>Quid sibi vult verbum "rationabilis"?</i> »	133
CAPITOLO III	
LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO DELLE CHIESE ORIENTALI	145
1. La « <i>prudentia</i> » orientale e le proposte di codificazione	145

	<i>pag.</i>
2. Verso la «tranquillitas ordinis»: i primi progetti del Codice Orientale	154
3. La codificazione postconciliare tra tradizione e innovazione	170
3.1. La ricerca delle parole comuni	170
3.2. Il «bonum spirituale fidelium» quale «iusta et rationabilis causa»	181
CONCLUSIONI	
<i>RATIONABILITAS. IL LINGUAGGIO CONDIVISO</i>	193
INDICE DEI NOMI	205

INTRODUZIONE

RATIONABILITAS E CODIFICAZIONE CANONICA

SOMMARIO: 1. L'eredità della tradizione. – 2. L'esperienza della codificazione.

1. *L'eredità della tradizione*

L'interesse al tema della *rationabilitas* si è destato in me nell'ambito di una più vasta riflessione, tesa a cogliere le possibilità di rapporto tra diritto canonico e cultura giuridica contemporanea, in un contesto quale l'attuale in cui «non è certo possibile pensare al diritto come ad un sistema statico, e neppure al diritto come ad un sistema costruito *more* geometrico»¹, se non altro per «il ritmo di cambiamenti» che lo investe di giorno in giorno con intensità crescente². Un contesto dunque, in linea generale, particolarmente stimolante per ripensare i dinamismi che fanno del «diritto una sostanza vivente»³, così come peraltro la Chiesa lo ha sempre sentito nella sua bimillenaria storia giuridica⁴.

In ambito strettamente canonistico, e nella prospettiva di un futuro più ampio dialogo a livello interdisciplinare, forse non vi è categoria più suggestiva per tale ripensamento che quella della *rationabilitas*. Infatti, da un lato, come osservava Pio Fedele, «questo è uno dei concetti in cui si rivelano quei motivi che concorrono a fare del diritto della Chiesa un ordinamento peculiare, inconfondibile, impostato su schemi assolutamente irre-

¹ G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 76.

² Cfr. in proposito P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

³ Così JEAN GUY HUGLO citato da G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., p. 76.

⁴ Valga per tutte l'immagine vivida di un corpo che finalmente respira a pieni polmoni, consegnata alla storia da Giovanni Paolo II all'atto della promulgazione del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, con la Costituzione Apostolica *Sacri Canones* del 18 ottobre 1990, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1990/2, p. 1037. V. *infra*, cap. III, § 3.

ducibili a quelli propri di qualsivoglia altro ordinamento giuridico»⁵. Dall'altro, all'origine di essa, vi è senza dubbio quel comune sentire il diritto, che è la matrice propria della cultura giuridica occidentale *tout court*: come ricordava Paolo VI, la Chiesa, ispirandosi al diritto di Roma, quando esso si imponeva «per sapienza, equilibrio e giusta stima delle cose umane», vi scopriva «più che l'arbitrio dell'abile legislatore, quella *recta ratio naturae congruens* (cfr. Cicerone, *De Rep.* III, 22), che conferisce alla legge il prestigio della razionalità giusta ed umana»⁶.

Tale prestigio diviene nell'ordinamento ecclesiale esigenza insopprimibile, in virtù della tensione profonda tra diritto umano e diritto divino che lo anima e della proporzione al fine ultimo della *salus aeterna animarum*, che qualifica ogni disposizione legislativa o consuetudinaria come vera norma canonica⁷. A questa esigenza fa riferimento la *rationabilitas*, nella molteplicità delle implicazioni via via dischiuse nel vivo dell'esperienza giuridica dalla riflessione canonistica classica, grazie soprattutto alla soli-

⁵ P. FEDELE, *Il problema dell'animus communitatis nella dottrina della consuetudine*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 116.

⁶ PAOLO VI, *Discorso alla Sacra Romana Rota, 28 gennaio 1971*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1971, p. 139. A questo comune sentire appartiene «un'idea fondamentale» profondamente radicata «nello svolgimento storico della civiltà giuridica medievale»: e cioè «il principio della valutazione intrinseca di carattere etico e razionale delle norme positive di origine legislativa e consuetudinaria», V. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, I, *Le premesse*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 17. Quanto al frutto maturo di quel contatto tra diritto romano e diritto canonico e cioè allo *Ius commune*, non va dimenticato che *Ius commune* «significa diritto comune a tutte le genti, perché ispirato alla razionalità che è sempre il nerbo segreto e la risorsa della scienza», P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Bari, 2007, p. 54. Per una valutazione storica del rapporto vitale tra diritto civile e diritto canonico, culminante nella «matura concezione dell'*utrumque ius*», la quale «non faceva che riflettere un processo di mutua alimentazione, di ricambio sostanziale e di integrazione reciproca fra i due diritti, effettivamente e spontaneamente in atto da secoli», v. per tutti A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Giuffrè, Milano, 1982, segnatamente pp. 78-94, e l'ampio corredo bibliografico di riferimento, *ivi*, pp. 625-628.

⁷ È ad Ivo di Chartres (1040-1115) che si deve tale «sistemazione risolutiva del diritto canonico, senza forzature ma anzi interpretandone puntualmente le intrinseche peculiarità». Egli «prende atto delle diversità e contraddizioni secolarmente accumulate (*discordantiae*), ma individua entro il materiale giuridico due livelli, che provocano una dicotomia imprescindibile». Imprescindibile proprio «perché legata alla natura pastorale del diritto canonico: il livello alto del diritto divino (*ius divinum*), che ha in Dio stesso la sua fonte, che è composto di poche regole essenziali (...) e che è perpetuo e universale, insomma immutabile perché è necessario alla creatura nel suo cammino verso la salvezza; il livello più basso del diritto umano (*ius humanum*), che ha la sua fonte nella sacra gerarchia, nei giuristi, nelle consuetudini, che costituisce la più gran parte delle regole canoniche e che è soltanto utile per la salvezza». E che, «proprio per essere soltanto utile, deve accomodarsi alle umane fragilità, tenendo accuratamente conto delle diversità dei luoghi, dei tempi, delle circostanze, delle motivazioni, degli atti», P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 34-35. Sull'opera canonistica di Ivo di Chartres cfr. P. ERDŐ, *Storia delle fonti del diritto canonico*, Marcianum Press, Venezia, 2008, pp. 98-101; J. WERCKMEISTER, *Le premier "Canoniste": Yves de Chartres*, in *Revue de droit canonique*, 1997, pp. 53-70; C. ROLKER, *Canon Law and the letters of Ivo di Chartres*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

dità dell'insegnamento di Tommaso d'Aquino, che a sua volta aveva alle spalle «la sistemazione del diritto canonico» dell'età gregoriana⁸ ed a portata di mano il *Decretum* di Graziano ed il *Liber Extra*⁹, con «la feconda attività esegetica» dei giureconsulti canonisti del suo tempo¹⁰.

Lo studio del pensiero classico e la ricostruzione dogmatica successiva esulano peraltro dai limiti di questa ricerca, che intende piuttosto valutare l'effettiva vitalità nella mentalità canonistica odierna dell'esigenza di *rationabilitas* ancora presente, sia pur in modo sporadico, nella legislazione in vigore dedicata alle fonti del diritto¹¹.

Tuttavia, senza la pretesa di addentrarsi nella profondità della dottrina tomista sulla «lex positiva» e della sua rilettura suareziana, che tanta parte avrà nel processo codificatorio¹², pare necessario, nella prospettiva dell'itinerario che ci si appresta a compiere, accennare almeno agli argomenti cruciali dai quali derivano i profili della *rationabilitas* così come è dato rintracciarli sino alle soglie della codificazione canonica.

Innanzitutto non si deve perdere di vista l'atteggiamento problematico dell'Aquinate, «che concepisce il diritto nella maniera dinamica che gli è propria, come movimento, come un'arte che tende verso un fine specifico e che è definita da quel fine»¹³. La stessa definizione di legge, divenuta af-

⁸ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 34, C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico e delle Istituzioni della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, pp. 80-101.

⁹ Cfr. G. BRUGNOTTO, *L'«aequitas canonica»*. *Studio ed analisi del concetto negli scritti di Enrico da Susa (Cardinal Ostiense)*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1999, p. 242.

¹⁰ V. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., p. 83.

¹¹ V. *infra*.

¹² V. *infra*, cap. I, § 3.1.

¹³ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano, 1985, p. 326. Cfr. SAN TOMMASO, *Summa theologiae*, IIa-IIae, q. 57, art. 1. Sul pensiero giuridico di Tommaso d'Aquino, si possono utilmente confrontare, tra gli altri, i saggi di F. OLGATI, *Il concetto di giuridicità e San Tommaso d'Aquino*, Vita e Pensiero, Milano, 1943; E. DI CARLO, *La filosofia politica e giuridica di San Tommaso d'Aquino*, Palumbo, Palermo, 1943; G. GRANERIS, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, Società editrice internazionale, Torino, 1949; M.D. CHENU, *Introduction à l'étude de Saint Thomas d'Aquin*, Vrin, Paris, 1950; J.M. AUBERT, *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, Vrin, Paris, 1955; S. COTTA, *Il concetto di legge nella «Summa Theologiae» di San Tommaso*, Giappichelli, Torino, 1955; M. VILLEY, *De la laïcité du droit selon Saint Thomas*, in ID., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 203 ss.; J. FINNIS, *Aquinas. Moral, political and legal theory*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1998; O. ROBLEDA, *La noción tomística de la Ley en relación con las ideas romanas*, in *Gregorianum*, 1967, pp. 284-301; O. DE BERTOLIS, *Il diritto in San Tommaso d'Aquino. Un'indagine filosofica*, Giappichelli, Torino, 2000; G. ABBA, «Lex et virtus». *Studi sull'evoluzione della dottrina morale di san Tommaso d'Aquino*, Fontana di Trevi Edizioni, Roma, 2010; A. VENDEMIATI, *San Tommaso e la legge naturale*, Urbaniana University Press, Roma, 2011. Per una riflessione sull'attualità di Tommaso, si vedano almeno F. VIOLA, *Tommaso tra i contemporanei. La presenza delle dottrine tomiste nella filosofia pratica contemporanea*, in *La libertà del bene*, a cura di C. VIGNA, Vita e Pensiero, Milano, 1998, pp. 229-264; R.P. GEORGE, *Il diritto naturale nell'età del pluralismo*, a cura di A. SIMONCINI, Lindau, Torino, 2011.

fatto tradizionale, proprio in relazione all'esigenza della *rationabilitas* – «lex nihil est aliud quam quaedam ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata»¹⁴ – non ha niente di dogmatico e si configura piuttosto come la sintesi di un processo in cui «da ogni questione e da ogni articolo» nasce «un problema nuovo»¹⁵.

Non si deve cioè mai dimenticare che nel pensiero di Tommaso le discussioni hanno la medesima importanza delle risposte e che, nella sua «concezione dell'uomo e del mondo», c'è una tensione insopprimibile «tra ciò che sono le cose, così come esistono, sono attualmente e ciò che esse possono essere; dunque tra l'esistenza e l'essenza, l'atto e la potenza, la realtà che le cose possiedono e la "natura" cui esse tendono e, nell'uomo in particolare, tra la volontà e la ragione e analogamente (...) tra il fatto e il valore, tra la legge positiva e il diritto»¹⁶.

L'Aquinate giunge a quella sintesi, quindi, dopo aver dimostrato «come la legge sia qualcosa che appartiene alla ragione»¹⁷, «come essa sia sempre ordinata al bene comune»¹⁸ e come «non basti la ragione di un privato per creare una legge»¹⁹. È soltanto dopo aver chiarito la corrispondenza tra legge e ragione in ordine al fine di essa, che egli affronta il problema tecnico della promulgazione. Alla domanda «se la promulgazione sia essenziale alla legge»²⁰, Tommaso risponde che «essa è necessaria perché la

¹⁴ *Ivi*, I-II, q. 90, art. 4.

¹⁵ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 321.

¹⁶ *Ivi*, p. 324.

¹⁷ In primo luogo, «essendo la legge una regola o misura dell'agire in quanto da essa uno viene spinto all'azione o ne viene allontanato», «la misura degli atti umani» è certamente «la ragione», poiché «è proprio della ragione ordinare al fine». Quindi «la legge è qualcosa che appartiene alla ragione», SAN TOMMASO, *Summa theologiae*, I-II, q. 90, art. 1.

¹⁸ In secondo luogo, «come la ragione è il principio degli atti umani», «così nella ragione stessa si trova qualcosa che è principio rispetto ad altri elementi». Ora, «nel campo operativo che interessa la ragion pratica», «il primo principio è il fine ultimo»; e «il fine ultimo della vita umana è la felicità o beatitudine». Perciò «la legge deve riguardare soprattutto l'ordine della beatitudine». Essendo però «ogni parte ordinata al tutto», «come ciò che è imperfetto alla sua perfezione», ed «essendo ogni uomo parte di una comunità perfetta», è necessario «che la legge riguardi propriamente l'ordine della felicità comune». Del resto, se non vi è dubbio che le azioni umane appartengano al «campo dei singoli», è altrettanto vero che «questi singoli possono essere riferiti al bene comune»; non però «per una comunanza di genere o di specie», ma «per una comunanza di causa finale», in quanto «il bene comune è un fine comune». Dunque «nulla è stabilito con fermezza secondo la ragione pratica se non mediante l'ordinamento al fine ultimo che è il bene comune». Pertanto, «ciò che la ragione stabilisce in questo modo ha natura di legge», *ivi*, I-II, q. 90, art. 2.

¹⁹ In terzo luogo, se «la legge in senso proprio, primario e principale implica l'ordine al bene comune» e «indirizzare una cosa al bene comune spetta a tutto il popolo o chi ne fa le veci», «fare le leggi spetta o all'intero popolo o alla persona pubblica che ha cura di esso», *ivi*, q. 90, art. 3.

²⁰ *Ivi*, I-II, q. 90, art. 4.

legge abbia il suo vigore»²¹: «perché una legge abbia la forza di obbligare, il che è la sua caratteristica, è necessario che venga applicata a coloro che devono regolarsi su di essa»²² e «tale conoscenza avviene (...) mediante la promulgazione»²³.

Riguardo poi alle caratteristiche della legge positiva, l'Aquinate non rifiuta l'autorità di Isidoro di Siviglia²⁴, che già qualificava la legge come «onesta, giusta, possibile secondo la natura e le consuetudini del paese, proporzionata ai luoghi e ai tempi, necessaria, utile, (...) chiara, escludendo qualsiasi inganno che l'oscurità può nascondere; (...) scritta non per qualche vantaggio privato, ma per la comune utilità dei cittadini»²⁵. Ma, argomentando a partire dalla lezione aristotelica che egli fa sua, discute i motivi razionali che ne impongono la credibilità: «la forma del mezzo che è ordinato al fine deve essere proporzionata al fine medesimo»²⁶ e così pure «qualsiasi cosa retta e misurata è necessario che abbia la sua forma in armonia con la sua regola o misura»²⁷. Nella legge umana si uniscono entrambi gli aspetti: essa è «un mezzo ordinato ad un fine» ed «è una regola o misura»²⁸, a sua volta «regolata o misurata da una certa misura superiore»²⁹, che è duplice, cioè «la legge divina e la legge naturale»³⁰. Ora se l'aggettivo «iusta» evoca il nesso con l'«ordine della ragione»³¹, la nota della «proporzionalità» ne descrive il dinamismo in rapporto alla condizione delle persone, del contesto sociale in cui sono inserite, ed alle debite circostanze di luogo e di tempo³².

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ È interessante l'impostazione del problema relativo: «se S. Isidoro abbia ben descritto le caratteristiche della legge». L'argomento contrario: «basta l'autorità di S. Isidoro», viene rigettato da Tommaso che discute problematicamente i motivi della sua sostanziale adesione, *Ivi*, I-II, q. 95, art. 3.

²⁵ ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etymologiarum sive originum libri XX*, lib. 5, cap. 2 e lib. 2, cap. 10. Per un riferimento essenziale a questa figura di vescovo giurista si veda A. VAN HOVE, *Prolegomena*, editio altera, H. Dessain, Mechliniae-Romae, pp. 413-414.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² Il punto di riferimento decisivo è «il fine della legge umana» che, come si è già visto, contempla «il bene utile dell'uomo». Su questa base, le qualità enumerate da Isidoro, possono ricondursi a queste tre: che sia «in armonia con la religione», in quanto cioè è «conforme alla legge divina»; che sia «a incremento della disciplina», in quanto è «conforme alla legge naturale»; che sia «a vantaggio della salute pubblica» in quanto è «adatta al bene dell'uomo». Ora, per Tommaso, «l'onestà si riferisce alla conformità con la religione». Mentre l'espressione «giusta, possibile secondo la natura e le consuetudini del paese, proporzionata

Anche la mutevolezza della legge dipende, per Tommaso, dal suo essere «ordinatio rationis» per un duplice motivo: il primo legato al graduale movimento della ragione «dalle cose imperfette a quelle perfette»³³; il secondo, determinato dal «variare delle condizioni degli uomini stessi che richiedono cose diverse secondo le diverse situazioni»³⁴.

Anche la consuetudine e la dispensa partecipano di questa dinamica. Per quanto riguarda la consuetudine, Tommaso chiarisce come «la ragione e la volontà dell'uomo si manifestino sia con le parole che con i fatti»³⁵. La legge può essere senz'altro mutata o spiegata con la parola, in quanto questa esprime i moti interiori e i concetti della ragione umana. Questi stessi moti e concetti possono però trovare espressione efficacissima anche negli atti esterni, la cui ripetizione – riflette a sua volta «un giudizio deliberato della ragione»³⁶. Ed è in base a tale giudizio, che la consuetudine cui essi danno vita, «ha vigore di legge, abolisce la legge e interpreta la legge»³⁷.

Per quanto riguarda la dispensa, Tommaso sottolinea la centralità dei motivi per dispensare da «un precetto ordinariamente vantaggioso al bene comune»³⁸, ma che non pare «adatto per una data persona o per un caso particolare»³⁹. Ora, «non vi è preferenza» se «non si osserva l'uguaglianza tra diseguali»⁴⁰. Pertanto «quando le condizioni di una persona richiedono ragionevolmente un trattamento speciale, non vi è parzialità se si concede ad essa una grazia particolare»⁴¹.

Nell'alveo di questo pensiero che, come si è affermato, «conserva le dimensioni della vita e di una vita tesa alla realizzazione dei fini»⁴², risultano più chiare le linee di forza delle Decretali in cui l'esigenza della *ratio-*

ai luoghi e ai tempi» specifica la funzionalità della legge in rapporto alla disciplina. Più specificamente, l'aggettivo «giusta» evoca il nesso con «l'ordine della ragione»; mentre la possibilità quanto alla natura e alle consuetudini umane esige che la disciplina sia proporzionata a ciascuno, secondo la condizione delle persone e del contesto sociale in cui sono inserite. Peraltro il medesimo criterio si gioca in rapporto alle debite circostanze, come esige l'inciso «proporzionata ai luoghi e ai tempi». Riguardo infine agli aggettivi «necessaria, utile, chiara» richiamano il nesso della legge con la «salus»: «la necessità indica l'eliminazione del male», «l'utilità il conseguimento del bene», «la chiarezza esclude ogni danno che potrebbe derivare dalla legge stessa». V. *Ibidem*.

³³ *Ivi*, I-II, q. 97, art. 1.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ivi*, I-II, q. 97, art. 3.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ivi*, I-II, q. 97, art. 4.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 147.

nabilitas costituisce il criterio dirimente nella soluzione di specifiche controversie relative all'applicabilità della legge e del rescritto e soprattutto alla validità della consuetudine⁴³.

A tale riguardo si consolida l'equiparazione della *lex* alla *consuetudo* proprio sotto il profilo della *rationabilitas*, secondo la formula di Giovanni d'Andrea: «sicut enim in lege scripta requiritur rationabilitas, ita similiter in lege non scripta requiritur rationabilitas»⁴⁴. Si deve peraltro all'Ostiensense il giudizio più netto: dinanzi alla questione «quid sit consuetudo» egli risponde «consuetudo est usus rationabilis (...). Bene dixi, Rationabilis»⁴⁵. La valutazione o meno della *rationabilitas* tuttavia egli l'affida «al giudice» poiché «non può essere riportata alcuna regola certa in proposito»⁴⁶. Del resto non vi sono regole precise nemmeno per identificare la *consuetudo irrationabilis*, salvo la sua contrarietà «al diritto naturale, e al diritto divino, che è contenuto nella legge del Vangelo»; oppure, «a quei concili che riguardano la fede»⁴⁷. Pertanto, «si consuetudo contradicat iuri, quo non servat, anima periclitatur reprobanda est»⁴⁸: «nam generaliter tibi trado, quod ubicumque consuetudo servata periclitatur anima non valet»⁴⁹. Nello stesso senso, secondo Gregorio IX, «poiché i peccati sono tanto più pesanti quanto più a lungo trattengono legata l'anima», «nessuno che sia sa-

⁴³ Si vedano almeno le intestazioni di alcuni capitoli nel Libro I delle Decretali di Gregorio IX: cap. 6 nel Tit. II *De constitutionibus*: «Non vale la costituzione di un collegio a danno di alcuni e a vantaggio di altri, in mancanza di un motivo ragionevole. Oppure: tolto un motivo ragionevole, la maggior parte del capitolo non può eliminare la consuetudine, conservando l'utilità privata» (*Non valet constitutio collegii in damnum aliquorum et commodum aliorum, cessante rationabili causa. Vel sic: Absque rationabili causa non potest maior pars capituli tollere consuetudinem, utilitatem privatam nutriendo*, X. 1, 2, 6); cap. 5 nel Tit. III *De rescriptis*: «colui al quale è indirizzato il rescritto del Papa deve obbedire al Papa, o fornire un motivo ragionevole per cui non può obbedire» (*Is, ad quem rescriptum Papae dirigitur, debet illi parere, vel causam rationabilem assignare, quare parere non potest*, X. 1, 3, 5); cap. 11 nel Tit. IV *De consuetudine*: «la consuetudine non deroga al diritto naturale o divino, la cui trasgressione induce al peccato, né positivo, se non è ragionevole e prescritta» (*Consuetudo non derogat iuri naturali seu divino, cuius transgressio peccatum inducit; nec positivo, nisi sit rationabilis et praescripta*, X. 1, 4, 11).

⁴⁴ GIOVANNI D'ANDREA, *Glossa ordinaria in Sextum Decretalium*, ad l. I, tit. 4, c. I, in *Liber sextus decretalium D. Bonifacii Papae VIII. Clementis Papae V. Constitutiones; Extravagantes, tum viginti D. Ioannis Papae XXII. tum communes; cum glossis diversorum; omnia nunc demum integritati sua restituta, & ad exemplar Romanum diligenter recognita*, Lugduni 1624, c. 58.

⁴⁵ HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, Liber I, tit. 4, n. 1-2, in *Henrici a Segusio Cardinalis Hostiensis Aurea summa*, Coloniae 1612, c. 70.

⁴⁶ «*Utrum autem sit rationabilis, vel non, relinquo iudici, cum nec certa regula possit tradi*», *ivi*, Liber I, tit. 4, n. 2, in *ibidem*, c. 71.

⁴⁷ «*Et generaliter, ubicumque per ius expressum reprobatur, vel alias est iniqua, quiam contraria iuri naturali, idest divino, quod in lege & Evangelio continentur, vel si sit contra concilia, in his quae ad fidem spectant, non valet*», *ivi*, Liber I, tit. 4, n. 3, in *ibidem*, c. 71.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

no di mente» può ammettere la deroga al diritto naturale, «la cui trasgressione conduce al pericolo della salvezza», da parte di una consuetudine, «che in questo caso andrebbe definita come una corruzione». D'altro canto la lunga durata, che conferisce «non poca autorità» alle consuetudini, non giustifica di per sé nemmeno la deroga al diritto positivo, «se la consuetudine medesima non sia ragionevole e legittimamente prescritta»⁵⁰. E cioè, verosimilmente, finisca anch'essa per condurre al *periculum animae*⁵¹.

Resta dunque evidentemente un'ultima, irresolubile, indeterminatezza del concetto a livello teorico che, costringendo all'uso di un registro negativo nelle definizioni, nel vivo dell'esperienza giuridica implica necessariamente una piena assunzione di responsabilità da parte del giudice. Tale indeterminatezza, peraltro, non è contraddetta dalla percezione chiara, come si è visto, di quegli indizi che segnalano la presenza della *rationabilitas*. E dunque essa non sembra dipendere da una oscurità a livello semantico quanto piuttosto dall'impossibilità di inquadrare dogmaticamente un dinamismo vivo che reclama il soddisfacimento di una esigenza anch'essa vitale, la *rationabilitas* appunto, tesa tra le variabilità storiche ed il fine dell'ordinamento.

Il panorama muta decisamente con l'edificazione del sistema suareziano. È evidentemente impossibile, oltretutto manifestamente inadeguato, ripercorrere qui il travaglio storico e culturale che segna la discontinuità sostanziale ed incolmabile tra Francisco Suárez e Tommaso d'Aquino⁵². Ciò che preme invece mettere a fuoco è quel mutamento di registro nella definizione della legge dal quale dipende in larga misura la percezione moderna della *rationabilitas*.

Come è noto, il teologo spagnolo prende le mosse dalla definizione

⁵⁰ X. 1, 4, 11: «*Quum tanto sint graviora peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sanae mentis intelligit, naturali iuri, cuius transgressio periculum salutis inducit., quacunq; consuetudine, quae dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari. Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel iuri positivo debeat praeiudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime sit praescripta*».

⁵¹ Sul nesso tra *rationabilitas* e *periculum animae* non si può prescindere dalla riflessione di Pio Fedele per il quale «la verità fondamentale, alla quale, ad onta di ogni discrepanza meramente formale, è informata tutta la dottrina canonistica, in tema di *rationabilitas*, la verità proclamata fin dalla Glossa, la verità del resto, che si comprende di per sé, senza bisogno di nessuna dimostrazione, o di vasta cultura canonistica o moralistica, perché anche il profano è in grado di intuirlo: il concetto di *rationabilitas* dipendere dalla considerazione del peccato», P. FEDELE, *Il problema dell'animo communitatis nella dottrina della consuetudine*, cit., pp. 124-125, v. anche pp. 116-124 e pp. 126-150.

⁵² Sugli esiti di tale discontinuità, e segnatamente sulla questione divenuta classica nella filosofia giuridica occidentale «si la norma debe ser entendida a partir de la razón o de la voluntad», si veda, in estrema sintesi, P. LOMBARDIA, *Norma canonica*, in ID., *Escritos de derecho canónico*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1974, vol. III, pp. 452-454, e più di recente, J. OTADUY, *La ratio en las fuentes normativas del derecho canónico*, in *Ius Canonicum*, 2009, pp. 174-179.

dell'Aquinate. Mentre quest'ultimo «parlando della legge», aveva colto particolarmente «il suo aspetto illuminativo»⁵³, Suárez «ne pone invece con forza in risalto i caratteri tipicamente legati all'esperienza umana di imperio e di coazione»⁵⁴.

L'«ordinatio rationis» va dunque intesa, per il gesuita di Granada, «in senso attivo e non passivo»⁵⁵, e cioè «non nel senso che la ragione sarebbe vincolata a qualcosa, ma nel senso che qualcosa viene ordinato dalla ragione stessa, ossia diviene obbligato in virtù di essa»⁵⁶: «subditi enim ordinantur per legem; ordinatio autem activa est a legislatore, et ille actus quo ordinat, appellatur ordinatio activa, quae a ragione proficisci debet, et ideo dicitur ordinatio rationis»⁵⁷. Egli si dimostra «insoddisfatto» della definizione dell'Aquinate, «troppo ampia e generica»⁵⁸. Infatti, «non ogni ordinamento della ragione» può per Suárez rivendicare «il nome di legge»⁵⁹, «ma solo quello che rivesta precisamente il significato di un precetto o di un comando»⁶⁰.

La legge è dunque «essenzialmente un atto della volontà»⁶¹, «è l'atto di un superiore che vuole obbligare un inferiore»: «lex est commune praeceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum»⁶². Tuttavia, se la vo-

⁵³ F. TODESCAN, *Introduzione a F. SUÁREZ, Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, a cura di O. DE BERTOLIS e F. TODESCAN, Libro I, Cedam, Padova, 2008, p. XXVIII. Dell'ampia letteratura relativa al pensiero giuridico di Francisco Suárez, tra i saggi dedicati ai fondamenti della sua concezione del diritto, si possono utilmente confrontare, quelli, sia pur risalenti, L. RECASENS SICHEZ, *La filosofía jurídica de F. Suárez, con un estudio previo sobre sus antecedentes en la patristica y en la escolastica*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927; J. DE BLIC, *Le volontarisme juridique de Suárez*, in *Revue de philosophie*, 1930, pp. 229 ss.; O. ROBLEDA, *Suárez jurista*, in *Razón y Fe*, 1948, pp. 187-212; G. AMBROSETTI, *Il diritto naturale della riforma cattolica. Una giustificazione storica del sistema di Suárez*, Giuffrè, Milano, 1951; A. VINCENT, *La notion de droit naturel et le volontarisme, de Suárez à Rousseau*, in *Archives de philosophie du droit*, 1963, pp. 237 ss. Sul «ritorno» degli internazionalisti a Francisco Suárez, cui oggi si assiste, si veda almeno F. MIGLIORINO, *Rileggendo Francisco Suárez*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di A. PADOA SCHIOPPA, M.G. DI RENZO VILLATA, G.P. MASSETTO, Giuffrè, Milano, 2004, t. II, pp. 1453-1457; J. JOBLIN, *L'attualità di Francisco Suárez*, in F. SUÁREZ, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, a cura di O. DE BERTOLIS e F. TODESCAN, Libro II, Cedam, Padova, 2010, pp. IX-XXXII.

⁵⁴ *Ivi*, pp. XVIII-XIX.

⁵⁵ C. ESPOSITO, *Diritto naturale e diritti umani in Francisco Suárez*, in *Civiltà europea*, 2009, p. 55.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ F. SUÁREZ, *De legibus ac de Deo legislatore in decem libros distributos*, Coimbricae, 1612, I. 12. 3. Si veda anche l'edizione italiana citata, F. SUÁREZ, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, p. 205.

⁵⁸ F. TODESCAN, *Introduzione*, cit., p. XIX.

⁵⁹ C. ESPOSITO, *Diritto naturale e diritti umani in Francisco Suárez*, cit., p. 55.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ F. TODESCAN, *Introduzione*, cit., pp. XXXIV-XXXV.

⁶² F. SUÁREZ, *De legibus ac de Deo legislatore*, cit., I, 12, 5. Cfr. *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, cit., p. 207.

luntas legislatoris svolge «un ruolo essenziale e primario nella formazione di una legge»⁶³, «essa non può essere esercitata in modo arbitrario»⁶⁴, in quanto condizionata «dai limiti intrinseci di ogni legge umana»⁶⁵. Vale a dire, «non solo non può prescrivere nulla contro la legge divina o naturale, pena la sua radicale invalidità, ma per essere obbedita deve essere ragionevole e giusta»⁶⁶.

Peraltro, proprio a tale livello non può sfuggire come tra la dottrina di Suárez e quella di Tommaso, «ci sono ben più che semplici differenze»⁶⁷: «c'è una radicale opposizione, un capovolgimento del linguaggio»⁶⁸. Basta pensare alla domanda capitale e mai chiusa, a quella «persistent question»⁶⁹ ancor viva nel pensiero giuridico del nostro tempo: «cosa significa il termine *jus*?»⁷⁰.

La risposta suareziana non può più abbracciare con lo sguardo «la totalità dinamica» che Tommaso aveva davanti agli occhi e deve distinguere «due nozioni di diritto separate»⁷¹: da una parte «ciò che sarebbe il risultato tangibile dell'arte giuridica, il beneficio che ne trarrebbe l'individuo, la facoltà, il diritto soggettivo»⁷²; dall'altra «lo strumento dell'arte giuridica, cioè la legge»⁷³. Non è possibile qui soffermarsi sulle «infinite conseguenze» di «questa rivoluzione linguistica» che «porta a considerare il diritto come l'insieme delle leggi»⁷⁴: basti solo pensare ad una di esse, forse la più vistosa, e cioè che da questo momento in poi «tutta la giurisprudenza

⁶³ F. TODESCAN, *Introduzione*, cit., p. XXXV.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*. V. F. SUÁREZ, *De legibus ac de Deo legislatore*, cit., I, 9, 7. Alla «prima condizione posta da Isidoro nel detto capitolo *Erit autem lex*, cioè che la legge sia onesta, cosa che è sufficientemente chiara dal termine stesso», Suárez aggiunge «anche che a questa giustizia della legge si riconducono ottimamente tutte le condizioni poste da Isidoro nel luogo precedente o nel capitolo *Consuetudo*, dove dice per prima cosa: “la legge sarà tutto ciò che è appoggiato alla ragione”, cioè la legge deve essere conforme alla ragione», ovvero «dev'essere giusta nel senso spiegato». Anzi, a suo dire, «in questa condizione è inclusa virtualmente ogni e tutta la giustizia della legge, poiché la legge non può essere conforme alla ragione in senso assoluto, se non è giusta da tutti i punti di vista». E per questo «San Tommaso non considera questa come una speciale condizione della legge, ma come una condizione generale, che include virtualmente tutte le altre, e perciò le ha trascurate», cfr. *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, cit., p. 108.

⁶⁷ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 325.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994², p. 1.

⁷⁰ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 326.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ivi*, p. 328.

za viene per dir così a incatenarsi ai testi di legge!»⁷⁵. Ciò che qui rileva riguarda propriamente la concezione della legge positiva. Infatti, in una apparente omogeneità terminologica con le nozioni tomiste, il linguaggio di Suárez appare risolutamente moderno⁷⁶. Per Tommaso, la legge scritta è solo uno degli strumenti di ricerca della soluzione giusta, «aliqualis ratio juris»⁷⁷; essa cioè «è protesa verso il giusto, come verso una finalità che la supera»⁷⁸; «il diritto va al di là della legge, è al di là della legge scritta»⁷⁹. Anche perché egli si serve «volentieri» del termine «legge» per indicare «l'ordine della natura, l'ordine misterioso, ignoto a tutti, che è l'oggetto delle nostre indagini»⁸⁰. Per Suárez la legge è invece «solo questa realtà attuale, il precetto promulgato sotto una forma o un'altra»⁸¹: «“praecceptum ...sufficienter promulgatum” grazie ad un esplicito intervento del legislatore»⁸². Essa quindi, nella sua visione, ha sì «bisogno di essere razionale», ma solo la volontà del legislatore «ha la forza di condizionare la volontà dei sudditi e di rendere obbligatorio il precetto»⁸³. Insomma «la legge è la norma così come essa viene emanata dalla volontà legislativa»⁸⁴.

In tale ottica, acquista nuovo rilievo la promulgazione: non si tratta cioè soltanto di un requisito necessario perché la legge, portata a conoscenza dei destinatari, ottenga «il suo vigore», ma di un carattere «essenziale» in quanto «appartiene all'essenza della legge di avere la forza di obbligare»⁸⁵. Del resto «se la legge è un precetto del sovrano in quanto tale», «è opportuno che attraverso di essa parli il principe come persona pubblica»⁸⁶. Il che si verifica appunto «quando promulga la legge»⁸⁷.

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ Cfr. *ivi*, p. 326.

⁷⁷ *Ivi*, p. 329.

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² *Ibidem.* In tal modo, «l'ambito di applicazione della legge è limitato ai comandamenti obbligatori; ed è significativo che Suárez rifiuti di includervi, contrariamente a San Tommaso, i semplici consigli evangelici, che indicano dove sia il giusto, ma non possiedono forza obbligatoria; a maggior ragione egli separa dalla legge giuridica la legge fisica, e cioè l'organizzazione intrinseca della natura inanimata, che San Tommaso invece includeva nello stesso concetto generalissimo di legge»: «Suárez pensa alla legge nello stesso senso positivistico dei giuristi», *ivi*, p. 330.

⁸³ *Ivi*, p. 329.

⁸⁴ *Ivi*, p. 330.

⁸⁵ F. SUÁREZ, *De legibus ac de Deo legislatore*, cit., I, 11, 8, cfr. *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, cit., p. 200. V. sul punto i rilievi di O. ROBLEDA, *Suárez jurista*, cit., pp. 191-193.

⁸⁶ F. SUÁREZ, *De legibus ac de Deo legislatore*, cit., I, 11, 3, cfr. *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, cit., p.196.

⁸⁷ *Ibidem.*

Dunque, la rielaborazione suareziana delle nozioni essenziali del diritto, che come è stato osservato offre al pensiero giuridico moderno un nuovo «vocabolario di base»⁸⁸, non lascia indenne il concetto di *rationabilitas*. Se si affinano decisamente i meccanismi formali che consentono al legislatore di apprezzarne l'incidenza per la validità o meno delle norme scritte e soprattutto non scritte⁸⁹, l'indeterminatezza teorica diviene talora vero e proprio smarrimento. Così Suárez, cercando di spiegare «*quae sit consuetudo bona et rationabilis, vel prava sive irrationabilis*»⁹⁰, non può fare a meno di ammettere la difficoltà a chiarire se si tratti di qualifiche sovrapponibili o, in caso contrario, ad identificare la regola per distinguerle tra loro⁹¹. E mentre si consolidano le casistiche ed i formulari, si riduce l'essenziale portata dinamica di una esigenza che però mantiene in qualche misura la sua funzione vitale per l'ordinamento, come documentano le scelte di politica legislativa e la riflessione dottrinale alla vigilia della codificazione canonica, di cui si dirà oltre⁹².

Di qui l'interesse a capire nell'attuale contesto culturale, caratterizzato sul versante giuridico «da un forte declino nel protagonismo del legislatore e della legge e da una crescente fattualità del diritto»⁹³ e dunque da «un imponente ricorso a soluzioni equitative e un sempre più determinante ruolo del giudice»⁹⁴, che cosa sia rimasto nell'oggi del diritto canonico della *rationabilitas* nella sua dimensione originale. Quella cioè di esigenza funzionale alla vita di un ordinamento che «non è mai una statica organizzazione dell'esistente»⁹⁵, ma «una incessante dinamica trasformazione» di esso, «perché lo ordina e lo organizza nella realtà vivente della società perfetta in Cristo»⁹⁶.

⁸⁸ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 326.

⁸⁹ Si pensi alla elaborazione suareziana della dottrina sulla clausola reprobatoria della consuetudine *irrationabilis* che il canonista della Compagnia di Gesù distingue in «mere declarativa» e «dispositiva aut costitutiva». La prima ricorre «quando consuetudo vel est clare turpis, utpote contra jus naturale aut divinum, vel quando evidenter est inutilis et communi bono inimica, et nociva», la seconda «quando ex solis principiis naturalibus vel divinis non statim apparet consuetudo irrationabilis, et nihilominus propter maiorem decetiam, vel disciplinae severitatem disponit lex, ut talis consuetudo pro irrationabili habeatur», F. SUÁREZ, *De legibus ac de Deo legislatore*, cit., VII, VI, 9.

⁹⁰ F. SUÁREZ, *De legibus ac de Deo legislatore*, cit., VII, VI, 1.

⁹¹ Cfr. *Ivi*, VII, VI, 5. Sulle linee di tensione che attraversano il pensiero del canonista spagnolo v., in particolare, il recentissimo contributo di D. BAUER, *Custom in Francisco Suárez De lege non scripta. Between Factuality and the Legal Realm*, in *Anuario de Derecho Canonico*, 2015/4, pp. 351-370.

⁹² V. *infra*, cap. I.

⁹³ P. GROSSI, *Aequitas canonica: tra codice e storia*, in AA.VV., *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, a cura di O. FUMAGALLI CARULLI e A. SAMMASSIMO, Vita e Pensiero, Milano, 2015, p. 282.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ G. CAPOGRASSI, *La certezza del diritto*, in *Ephemerides iuris canonici*, 1949, p. 15.

⁹⁶ *Ibidem*.

2. L'esperienza della codificazione

In tale prospettiva, senza alcun dubbio si deve fare i conti con l'esperienza della codificazione⁹⁷, che ha dominato la scena del diritto ecclesiale negli ultimi cento anni, grazie alla promulgazione di ben tre Codici. Essa, come noto, segna uno spartiacque nella vita giuridica della Chiesa sia a livello delle soluzioni tecniche che ne sono scaturite sia soprattutto a livello della mentalità che ne ha determinato l'avvio e che a sua volta si è evoluta nel corso dell'intero processo codificatorio.

Per tale ragione, un'indagine relativa alla portata giuridica e culturale di una categoria di fondo, che tocca la dinamica stessa delle fonti, quale la *rationabilitas*, si esporrebbe al rischio della parzialità, o quanto meno dell'incompletezza, se non accettasse la sfida di percorrere tutto l'itinerario del legislatore che giunge nel 1990 alla realizzazione di un nuovo *Corpus Iuris Canonici*⁹⁸, affinché la Chiesa «unico Spiritu congregata quasi duobus pulmonibus Orientis et Occidentis respiret atque uno corde quasi duos ventriculos habente in caritate Christi ardeat»⁹⁹.

D'altro canto, come già intuiva Pedro Lombardía all'indomani della promulgazione del Codice del 1983, non si sarebbe mai giunti «a valide conclusioni» circa il nuovo assetto delle *Normae Generales* finché non fosse stata «ben conosciuta la formazione del Libro I del *Codex* del 1917»¹⁰⁰.

⁹⁷ Per un recupero, nella sua «dimensione storica», del significato, di questo termine e del «suo prodotto finale», il «codice», «parola a sua volta intrinsecamente polisemica e utilizzabile in una pluralità di campi disciplinari, che vanno dalle scienze sociali a quelle umane e naturali», a partire dal «contesto dal quale probabilmente ne è iniziata la diffusione, ovvero quello giuridico», si rinvia senz'altro alle pagine di P. CAPPELLINI, *Storia dei concetti giuridici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 111-121.

⁹⁸ Con tale antica espressione il pontefice si riferiva oltre che ai due Codici, quello latino del 1983 e quello orientale del 1990, alla Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* del 1988, «quae utriusque Codicis adiungitur utpote “communio, universam Ecclesiam veluti conglomerantem” princeps Romani Pontificis instrumentum», cfr. GIOVANNI PAOLO II, Cost. Ap. *Sacri Canones*, 18 ottobre 1990, cit., pp. 1038-1039 e Cost. Ap. *Pastor Bonus*, 28 giugno 1988, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1988/1, pp. 841 ss.

⁹⁹ GIOVANNI PAOLO II, Cost. Ap. *Sacri Canones*, cit. Assai suggestiva a tale riguardo la testimonianza di Ivan Žužek, che merita d'essere subito fissata: «notissimo era il desiderio del Papa che la Chiesa cattolica universale dovesse respirare con entrambi i polmoni, sia d'Oriente che d'Occidente, ma forse non era altrettanto nota la sua convinzione che ciò non sarebbe potuto diventare una realtà viva ed operante finché anche le Chiese orientali non avessero avuto un Codice che le avrebbe messe, quanto a certezza giuridica e a “tranquillitas ordinis”, alla pari della Chiesa latina», I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium» nella storia moderna della Chiesa universale*, in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et missione Ecclesiae. Acta symposii internationalis iuris canonici occurrente 10° anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994, p. 706.

¹⁰⁰ P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, in AA.VV., *Il nuovo Codice di diritto canonico. Aspetti fondamentali della codificazione postconciliare*, Il Mulino, Bologna, 1983, p. 70.

E, analogamente, si ritiene qui, risulterebbero difficilmente comprensibili le scelte in materia da parte del legislatore nell'elaborazione del Codice del 1990 se non fosse possibile un paragone critico, anche alla luce delle carte relative alla redazione delle due legislazioni postconciliari, quella latina e quella orientale, che consenta di cogliere la portata delle soluzioni proposte nel 1983, l'originalità della disciplina del CCEO ed il processo culturale sotteso ad entrambe¹⁰¹.

Alla luce di alcuni riscontri dovuti alle prime ricerche sulla storia giuridica e culturale della codificazione canonica¹⁰², emerge, secondo Lom-

¹⁰¹ Cfr., nella medesima direzione, le riflessioni di Giuseppe Comotti, circa la rilevanza di uno «studio comparato dei due Codici», capace di «offrire alla scienza canonistica l'opportunità di fare costante riferimento alla globalità della *Societas fidelium*, consentendo in tal modo un effettivo arricchimento tra le due branche del diritto della Chiesa, nel rispetto delle caratteristiche che rendono specifiche ciascuna di esse». In tale prospettiva, «potrà allora essere utilizzata per lo studio del diritto orientale anche la vastissima produzione dottrinale che si è sviluppata lungo i secoli in occidente, mentre i cultori del diritto della Chiesa latina, uscendo dal proprio *hortus conclusus*, potranno avvalersi di un patrimonio che, sotto l'aspetto teologico e spirituale, si rivela molto ampio e ricco "in mirabili varietate": in casi specifici si potrà addirittura configurare la necessità imprescindibile che la riflessione canonistica si svolga "quasi duobus pulmonibus Orientis et Occidentis": ad esempio per verificare se certe elaborazioni teoriche intorno alla riconducibilità al diritto divino di specifiche scelte normative effettuate dal legislatore in uno dei due Codici trovino chiarimenti o conferma nell'altro, oppure siano con questo compatibili», G. COMOTTI, *Note in margine alla disciplina della consuetudine nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, in *Incontro tra canonici d'Oriente e d'Occidente, Atti del Congresso Internazionale*, a cura di R. COPPOLA, Caccucci, Bari, vol. II, p. 59.

¹⁰² Si tratta delle risultanze emergenti da studi in larga misura debitori, per ammissione dello stesso Lombardía, «nella loro impostazione, metodo e in larga parte delle loro fonti» della ricerca diretta da Giorgio Feliciani, v. P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, cit., p. 70. A tale proposito Paolo Grossi, nel suo saggio *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1985, sottolinea come Feliciani, «con eccellente tempra di organizzatore», abbia avuto «il merito di intuire la centralità del problema che il processo di codificazione coinvolgeva e la conseguente intollerabilità di un ulteriore vuoto di ricerca» e, «con una serie di suoi felici interventi», abbia gettato «le basi» e delineato «possibili itinerari all'opera dei vari gruppi di studio» (*ibidem*, p. 596). Sulle linee essenziali di questo progetto tuttora attuale si vedano gli scritti di G. FELICIANI, *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*, Eunsa, Pamplona, 1979, pp. 505-525 e, con più ampio corredo critico, in *Ephemerides iuris canonici*, 1977, pp. 115-143 e 269-289; ID., *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di U. Gualazzini*, Giuffrè, Milano, 1982, 35-80; ID., *Diritto e potere nella codificazione del diritto canonico*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti del quarto Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto in onore di Bruno Paradisi*, Leo S. Olschki editore, Firenze, 1982, vol. II, pp. 1093-1105; ID., *Lineamenti di ricerca sulle origini della codificazione canonica vigente*, in *Annali dell'Università di Macerata, Studi in onore di Attilio Moroni*, Macerata, 1982, pp. 205-225, poi riprodotto come "presentazione" del volume M. VISMARA MISSIROLI-L. MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Cedam, Padova, 1983, pp. 2-23. Sulle speranze che questa ricerca aveva allora suscitato nella storiografia giuridica più avveduta si rinvia ancora una volta a P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna*, cit., pp. 587-599. Quanto ai risultati, per limitarsi ai soli lavori monografici, vanno ricordati, oltre al volume di Maria Vismara e Luciano Musselli, *Il processo di codificazione*

bardía, la sostanziale continuità tra la normativa piobenedettina e quella postconciliare proprio riguardo al tema del presente studio.

Sul versante del Codice del 1917, occorre prendere atto che i suoi estensori «furono in linea generale sufficientemente fedeli alla dottrina sulla legge, la consuetudine, il precetto, il rescritto, il privilegio e la dispensa, comune negli scritti dei moralisti e canonisti ecclesiastici della fine del secolo scorso»¹⁰³, ma che non ripresero «le nozioni fondamentali di indole dottrinale dei trattati *de legibus* circa la nozione di legge e la *rationabilitas* del precetto legislativo»¹⁰⁴. Indubbiamente, la scelta di prescindere del tutto da una nozione sostanziale di legge era maturata in assenza di qualsivoglia preoccupazione garantistica a sostegno di una considerazione di essa in senso formale, come invece accadrà nel corso della revisione postconciliare. Senza contare che l'accento sulla promulgazione si poneva evidentemente nel solco della concezione suareziana della legge come comando «legitimi principis»¹⁰⁵. Quest'ultima peraltro favoriva la linea della codificazione in un duplice senso: in primo luogo si rivelava funzionale ad un'operazione tecnica che poteva essere condotta a termine soltanto per impulso del potere pontificio¹⁰⁶ ed in secondo luogo offriva

del diritto penale canonico, già citato, quelli di F. FALCHI, *I chierici nel processo di formazione del codice pio-benedettino*, Cedam, Padova, 1987; R. ASTORRI, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Cedam, Padova, 1992; E. DIENI, *Tradizione juscorporalista e codificazione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1999; J. LLOBELL-E. DE LEON-J. NAVARRETE, *Il libro "De processibus" nella codificazione del 1917*, Giuffrè, Milano, 1999; C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico. L'esperienza delle codificazioni*, Cedam, Padova, 2000; V. TURCHI, *Le disposizioni preliminari sul matrimonio nel processo di codificazione piano-benedettino*, Jovene, Napoli, 2001; G. MORI, *I religiosi nella codificazione canonica pio-benedettina. Sedimentazioni e nuovi assetti*, Reprint Series, Università degli studi di Firenze, Firenze, 2004. Costituisce infine un punto di riferimento imprescindibile per abordare l'esperienza della codificazione canonica, nella sua complessità ed interezza, l'opera imponente di Carlo Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1282, che, perseguendo, nei suoi due tomi *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)* e *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, l'obiettivo ambizioso di «conquistare il codice canonico al dominio della storia» (*ivi*, t. I, XXVI) offre finalmente quella «riappropriazione storiografica del processo di codificazione del diritto canonico fra Ottocento e Novecento» che ci si attendeva all'indomani della revisione postconciliare (cfr. P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, cit., p. 596).

¹⁰³ P. LOMBARDIA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, cit., pp. 70-71.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Sulla genesi e gli sviluppi di questa concezione oltre all'opera di M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, già citato, si possono consultare, in ambito squisitamente canonistico, almeno: A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, H. Dessain, Mechliniae-Romae, 1930, pp. 84-87; F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius canonicum ad codicis normam exactum*, Typis Pont. Univ. Gregorianae, Romae, 1952, pp. 149-151; G. MICHIELS, *Normae generales juris canonici*, vol. I, p. I, Desclée, Parisiis-Tornaci-Romae, 1949, pp. 152-206.

¹⁰⁶ V. in proposito le riflessioni di Feliciani sull'incidenza della codificazione canonica nella distribuzione e nell'esercizio del potere della Chiesa. La richiesta di riforma del diritto canonico su cui convergevano le aspettative degli infallibilisti con quelle degli antiinfallibi-

una via sicura per regolare il delicato problema della cessazione delle norme con criteri che facilitavano una chiara determinazione di quelle effettivamente vigenti¹⁰⁷.

Quanto alla revisione postconciliare, occorre valutare con attenzione quel progetto, di cui si dirà ampiamente più oltre, di inserire «un inciso esplicativo»¹⁰⁸ accanto alla nozione di legge: «norma scilicet ad bonum commune alicui communitati a competenti auctoritate data...»¹⁰⁹. L'intenzione è chiara: si sarebbe in tal modo reso esplicito il nesso con il principio tradizionale che condizionava l'efficacia del precetto legislativo non solo alla volontà del legislatore, ma anche alla corrispondenza del suo contenuto a criteri di giustizia obiettiva.

Il progetto ebbe però vita brevissima, segnatamente dal 1979 al 1982, così che «la tradizionale concezione sostanziale della legge canonica rimase, come nel 1917, priva di riflessi espliciti nel nuovo *Codex*»¹¹⁰.

Peraltro la continuità cui allude Lombardía, non si riduce alla palese sintonia dei codici latini sul rilievo accordato alla promulgazione: – «Leges instituuntur cum promulgantur» (can. 8 § 1, CIC 1917); «Lex instituitur cum promulgatur» (can. 7 CIC 1983). Anche perché «una lettura positivista»¹¹¹, basata su un giudizio meramente esteriore a partire dall'esito pressoché identico di entrambi i processi, non rende ragione, a suo dire, di alcuni dati «di evidente anche se indiretto significato»¹¹².

Con riguardo al Codice abrogato, non vi è dubbio che la scelta stessa di codificare il diritto ecclesiale «ad formam recentiorum Codicum», deve aver indotto il legislatore a tacere sulle «materie poco adatte ad essere condensate in formule precise e sintetiche»¹¹³. Eppure, «malgrado il si-

listi, e cioè l'urgenza di una maggiore uniformità disciplinare, implicava necessariamente «una esaltazione del pontefice come legislatore universale». Infatti lo stesso Dupanloup, tra i più autorevoli esponenti della minoranza conciliare, «riteneva estremamente improbabile» l'auspicata revisione del diritto ad opera del Concilio, che si sarebbe comunque limitato a porre qualche regola generale e ad aprire la strada (cfr. *Responsum Felicis Dupanloup episcopi aurelianensis*, in J.D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio, Sacrosancti Oecumenici Concilii Vaticani*, Graz, Akademische Druck – u. Verlagsanstalt, 1961, (d'ora innanzi MANSI), vol. 49, c. 119). Dunque «la tesi di gran lunga prevalente» tra i padri conciliari che si occuparono della questione attribuiva «il compito di procedere alla codificazione direttamente ed esclusivamente al pontefice», G. FELICIANI, *Diritto e potere nella codificazione del diritto canonico*, cit., p. 1098.

¹⁰⁷ V. P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, cit., p. 71.

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 73. V., in proposito, cap. II, § 3.1.

¹⁰⁹ *Codex Iuris Canonici. Schema novissimum iuxta placita*, Typis Polyglottis Vaticanis, Roma, 1982.

¹¹⁰ P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo codice di diritto canonico*, cit., p. 73.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ivi*, p. 72.

¹¹³ *Ivi*, p. 71.

lenzio del *Codex*», «i migliori interpreti non avevano abbandonato nei loro commentari la dottrina classica, riflessa nella disputa tra la considerazione intellettualistica e quella volontaristica della legge»¹¹⁴. Di più, «le attitudini critiche più incisive dal profilo pratico verso il sistema del Codice del 1917 si erano sviluppate sotto l'impulso del principio di legalità e non lungo la linea di reclamare un ritorno alle concezioni classiche»¹¹⁵, che, come pare, non avevano perso il loro influsso nella mentalità canonistica.

Quanto al Codice vigente, la ripresa della nozione di legge in senso formale sembra finalizzata non tanto a censurare del tutto la concezione sostanziale di matrice tomista, quanto piuttosto a soddisfare l'esigenza garantistica di identificare con chiarezza la *lex* in rapporto alle altre fonti ed in relazione al principio di legalità secondo le linee direttive della revisione postconciliare¹¹⁶. Una suggestiva conferma in tal senso emerge proprio dalla considerazione riservata dal legislatore del 1983 alla *rationabilitas* in altri luoghi, paralleli a quelli identificati a suo tempo dal codice piobenedettino, come la consuetudine e la dispensa¹¹⁷.

Del resto ad analoghi rilievi potrebbero indurre gli esiti dell'ultimo processo di codificazione, quello del diritto orientale, che proprio sul terreno delle norme generali riflette, come si è sottolineato in altra occasione, la sua marcata diversità strutturale rispetto ai sistemi latini¹¹⁸.

Basti osservare al riguardo che il titolo *De lege, de consuetudine et de actibus administrativis* è il penultimo del corpo normativo codificato nel 1990.

Ora, tale scelta, che risale alle fasi più remote del lungo e frammentato *iter* preparatorio del Codice orientale¹¹⁹, matura nello sforzo di conciliare

¹¹⁴ *Ivi*, p. 72.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Cfr. *ivi*, p. 73.

¹¹⁷ V. *Ibidem*.

¹¹⁸ V., in proposito, C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 237 ss.

¹¹⁹ Come si apprende dall'ampia relazione sull'evoluzione sistematica dello *Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis*, pubblicata a cura della commissione codificatrice, «dal 1935 in poi non si è mai pensato che si potesse iniziare con le *Normae generales* del primo libro del CIC, e ciò per buoni e ben valutati motivi di cui il Santo Padre era sempre al corrente», *L'ordine sistematico dello Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis nella sua evoluzione*, in *Nuntia*, 1988, p. 36. Sull'andamento della preparazione remota e prossima del Codice per le Chiese Orientali, è assai significativo il cenno sintetico della costituzione apostolica *Sacri Canonices*: «Codex ut petitus portus plus quam per sexaginta annos protractae navigationis apparet». Non è mancato peraltro chi giudichi il Codice vigente come «l'aboutissement d'un projet qui remonte à 120 ans», in quanto «la codification du droit des Églises orientales fut déjà soulevée à l'occasion du concile du Vatican (1869-1870), comme l'avait été celle du droit de l'Église latine», R. METZ, *Le nouveau Code de droit canonique des Églises orientales catholiques*, in *Revue de droit canonique*, 1991/1, p. 101. Per un'analisi complessiva di questo processo cfr. *ivi*, pp. 101-104; R. METZ, *La seconde tentative de codifier le droit des Églises orientales catholiques au XX siècle (1972 à ...). Latinisation ou identité orientale?*, in *L'Année canonique*, 1979, pp. 291-300; ID., *La première codification du droit des Églises orientales*

l'esigenza di una *reductio ad unum* dell'intera legislazione, secondo i caratteri tipici delle codificazioni moderne, con il principio di fedeltà alla genuina tradizione giuridica d'Oriente, che «non aveva conosciuto la costruzione razionalistica del diritto»¹²⁰, salvaguardando i diritti di ciascuna Chiesa, tanto diversi gli uni dagli altri da apparire talvolta «più simili al diritto latino» di quanto lo fossero tra loro e senza urtare la delicatezza dei rapporti ecumenici¹²¹. Addirittura, sin dalle prime battute dei lavori, la forma orientale del Codice parrebbe dipendere da un'opportuna collocazione delle *Normae generales*, più ancora che dall'opzione in favore della partizione unica e continuata in *Tituli*¹²². Del resto, gli studi più recenti

catholiques, in R. EPP-CH. LEFÈVRE-R. METZ, *Le droit et les institutions de l'Église catholique de la fin du XVIII siècle à 1978*, Les éditions du Cerf, Paris, 1981, pp. 272-281; ID., *Quel est le droit pour les Églises orientales unies à Rome?*, in *L'Année canonique*, 1987, pp. 398-408; E. EID, *La révision du Code de droit canonique oriental: histoire et principes*, in *L'Année canonique*, 1990, pp. 17-22; J. FARIS, *La storia della codificazione orientale*, in AA.VV., *Il diritto canonico orientale nell'ordinamento ecclesiale*, a cura di KURIAKOSE BHARANIKULANGARA, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1995, pp. 259-267; O. BUCCI, *Storia e significato del Codice dei canoni delle Chiese Orientali*, in PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Il Codice delle Chiese Orientali. La storia. Le legislazioni particolari. Le prospettive ecumeniche. Atti del convegno di studio nel XX anniversario della promulgazione del Codice dei canoni delle Chiese Orientali, Roma, 8-9 ottobre 2010*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2011, pp. 96-115.

¹²⁰ O. BUCCI, *Storia e significato del Codice dei canoni delle Chiese Orientali*, cit., p. 115.

¹²¹ Vale la pena ricordare in proposito che, nelle fasi preliminari della codificazione, segnatamente nell'udienza del 1 marzo 1930, Pio XI rifiuta «il punto di partenza» della Commissione cardinalizia, l'idea cioè «di comporre (...) un solo Codice per tutta la Chiesa, nel quale si debbono tenere in debito conto le particolarità disciplinari della Chiesa orientale», giudicandolo «un sistema che poteva prestarsi alla interpretazione che si volesse imporre agli orientali la disciplina latina, mentre era necessario, diceva il Papa, "in realtà agire così, che gli orientali stessi, rappresentati a Roma dai loro sacerdoti scelti per la Codificazione, facciano la Codificazione e perciò si debbono lasciar dire tutto quello che vogliono, o anche mentre lavorano, si può, sì, proporre il *Codex* come un 'cammino analogo già percorso' o come un 'exemplar' ma solo perché se ne servano per dire quello che vogliono"», *L'ordine sistematico dello Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis nella sua evoluzione*, cit., p. 21. Per un'analisi complessiva delle molteplici esigenze sopra evidenziate si rinvia alla *Proposta del 1973 della Facoltà di diritto canonico del Pontificio Istituto Orientale circa le norme per la ricognizione del diritto canonico orientale*, in *Nuntia*, 1988, pp. 100-113. Cfr. R. METZ, *La seconde tentative de codifier le droit des Eglises orientales catholiques au XX siècle (1972 à ...)*, cit., pp. 291-300; D. SALACHAS, *La promulgazione del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, in G. COMOTTI-S. GHERRO-M. MIELE-J. PRADER-D. SALACHAS-I. ŽUŽEK, *Studi sul Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, a cura di S. GHERRO, Cedam, Padova, 1994, pp. 35-40; O. BUCCI, *Storia e significato del Codice dei canoni delle Chiese Orientali*, cit., pp. 96-99 e pp. 114-115.

¹²² Il Pontefice che già aveva espresso «forti riserve» nell'accordare che si seguisse il *Codex Iuris Canonici* nella elaborazione dell'intera disciplina, quando gli fu proposto «che il libro I del CIC fosse "studiato dai Consultori Orientali sulla falsariga o ordine del medesimo" ciò fu accettato "perché si tratta di cosa didattica, quasi di una terminologia canonica"». Tuttavia, «circa l'opportunità di seguire l'ordine del CIC per esaminare il suo "Liber I", il Santo Padre non era affatto convinto». Infatti «alla fine dell'udienza ritenne "necessario riflettere" ulteriormente sulle direttive da darsi e fissò per il giorno dopo – ed era una domenica – un'altra udienza al card. Sincero segretario della S. Congregazione orientale» in cui «si preoccupò solo "dei quesiti proposti dalla Commissione Cardinalizia ai Consultori,

sul processo di codificazione piobenedettino dimostrano che, nonostante la solidità della tradizione dottrinale e manualistica postridentina, senz'altro orientata a premettere le nozioni fondamentali sulle fonti del diritto alla disciplina positiva dei vari istituti, la decisione in tal senso da parte della Commissione incaricata da Pio X, rivelandosi cruciale nell'edificazione del sistema latino, non fu affatto scontata né immune da criticità di varia natura ¹²³.

Ora, il fatto che si trattasse di una materia giudicata comune ed anteriore ad ogni legislazione canonica, ovvero il suo carattere didattico, di fronte al quale si sciolsero molte delle riserve emerse nelle fasi preliminari del processo piobenedettino ¹²⁴, in sede di codificazione orientale non valeva a giustificare l'assunzione di quel medesimo ordine sistematico. Anzi, non è improbabile che il legislatore avesse presente quanto la concezione stessa di una disciplina comune da premettere ad ogni legislazione canonica fosse percepita come sintomo di una mentalità giuridica tipicamente occidentale ¹²⁵. Una mentalità che, non vedendo nel mondo «que le personnes ou les choses», giunge a ripartire «très naturellement et très logiquement tout le droit canon en les deux parties "de personis et de rebus" et fera précéder le tout par les normes générales» ¹²⁶. Una simile impostazione risultava alquanto estranea alla mentalità orientale, preoccupata piuttosto di dedurre la ripartizione dei canoni «de la pratique de la vie humaine ou de la révélation et de la théologie» ¹²⁷: in forza di essa nulla si sareb-

in ordine al libro I del CIC potendo ciò sembrare che si intenda in qualche maniera applicare alle Chiese orientali il CIC», *L'ordine sistematico dello Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis nella sua evoluzione*, cit., p. 21. Egli dunque, il 2 marzo 1930, alla sommessima considerazione del Segretario della Congregazione circa il carattere generale delle norme contenute nel libro I del Codice latino, di per sé applicabili a qualunque legislazione, non esita a ribadire la necessità di non lasciare neppure «l'apparenza o l'impressione che si voglia latinizzare gli Orientali», *ivi*, p. 22. Cfr., in proposito, R. METZ, *Les canons communs à l'Eglise latine et aux Eglises orientales à la fin du XX siècle*, in *Incontro fra canoni d'Oriente e d'Occidente*, cit., vol. II, pp. 61-62.

¹²³ Si veda in proposito C. MINELLI, *Pio X e l'avvio della stagione dei Codici*, in *Studia Prawnicze Kul*, 2013, pp. 43-77.

¹²⁴ *Ivi*, pp. 65-70.

¹²⁵ Tra le risposte ad una circolare della S. Congregazione per la Chiesa Orientale del 5 gennaio 1929, che invitava i Patriarchi e altri Vescovi orientali ad esprimere il loro parere circa il progetto di codificare il diritto orientale, se ne trova una, del 1 giugno, a firma del Metropolita Szeptickyj, che «ha il merito di essere la prima proposta, salvo errore, di non adottare per il Codice Orientale l'ordine sistematico del CIC 1917, diviso in cinque libri, bensì di non scostarsi in questo dalle 'collectiones' canoniche tradizionali in Oriente», *L'ordine sistematico dello Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis nella sua evoluzione*, cit., p. 20.

¹²⁶ *Ivi*, p. 19. Per un'analisi «tipologica» dell'influsso romanistico sulla codificazione latina, «allant de l'emprunt brutal, presque mécanique, à une utilisation souple qui adapte la solution romaine aux besoins du droit canonique», v. J. GAUDEMET, *Influences romaines sur la codification canonique latine*, in *Incontro tra canoni d'Oriente e d'Occidente*, cit., vol. I, pp. 193-222.

¹²⁷ *L'ordine sistematico dello Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis nella sua evoluzione*, cit., pp. 18-19.

be dovuto anteporre alle disposizioni fondamentali sulla Fede cattolica, il Battesimo, la Chiesa e i doveri cristiani¹²⁸.

Ed è il prevalere di questa logica sostanziale ad ispirare le linee guida della fase progettuale che conduce alla promulgazione del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*. Peraltro, il capovolgimento nell'impianto sistematico, dettato appunto dalla preoccupazione di favorire la piena aderenza alla fisionomia concreta dei fenomeni da regolare, non vale ad arrestare la continuità del processo di astrazione della nozione di legge che si perfeziona in una norma ancor più scarna rispetto ai suoi precedenti latini: «Leges instituuntur promulgatione» (can. 1488)¹²⁹.

Ancora una volta però una lettura positivista, avallata in buona misura dalla crescente esilità della nozione di legge, potrebbe rivelarsi miope dinanzi alla totalità dei fattori di cui tener conto: non solo dovrebbe prescindere dalla logica di fondo del sistema cui si è poc'anzi accennato; ma ancor più dovrebbe dar conto del richiamo esplicito alla sostanza del comando legislativo che riemerge inequivocabilmente nel canone dedicato alla ragionevolezza della causa idonea a giustificarne l'inosservanza: «bonum spirituale fidelium est iusta et rationabilis causa» (can. 1536 § 2 CCEO).

Dunque, nel lungo itinerario codificatorio, cosa è effettivamente rimasto di quel filo sottile della tradizione canonica che «condizionava l'efficacia intrinseca del comando legislativo alla sua *rationabilitas*»¹³⁰? In quale misura l'esigenza della proporzione di ogni assetto normativo alle «debite circostanze» che, dalla riflessione canonistica classica in poi, appartiene alla ragionevolezza canonica, ha pesato sulla scelta a favore del sistema codificato e sulle caratteristiche proprie dei tre Codici del '900? E, di contro, in qual misura l'esperienza della codificazione in quanto tale ha influito sulla percezione e, in ultima analisi, sulla vitalità della *rationabilitas* all'interno della legislazione codificata?

A tale riguardo non sorprende che ad essa non sia dedicata alcuna norma specifica, e nemmeno che essa non sia mai menzionata in forma sostantiva. Infatti, come accade anche per un'altra dimensione tipicissima ed irrinunciabile dell'ordinamento canonico, l'*aequitas canonica*, pur sempre indicata come vero e proprio sostantivo «aequitas» corredato di una qualifica essenziale «canonica», essa descrive «un determinato atteggiarsi dell'ordine giuridico e, come tale, è un criterio generale, un principio informatore che non può essere ridotto in uno, due, dieci, venti canoni raggruppati insieme»¹³¹. E proprio tale constatazione, del tutto realistica e pertinente, ha

¹²⁸ V. *Ibidem*.

¹²⁹ Per un commento a questa sezione normativa v. V.J. POSPISHIL, *Eastern Catholic Church Law*, Saint Maron Publications, Staten Island, New York, 1996, pp. 758-779.

¹³⁰ P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo codice di diritto canonico*, cit., pp. 71-72.

¹³¹ P. GROSSI, *Aequitas canonica: tra codice e storia*, cit., p. 10; cfr. P. GROSSI, *Aequitas canonica*, in *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÈ, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 211-228.

suggerito lo studio dell'alveo entro il quale il richiamo alla *rationabilitas* era stato in origine concepito e dal quale è stato espunto – nozione di legge – ovvero dei contesti che, non senza modulazioni di qualche intensità, lo hanno mantenuto integro – consuetudine e causa della dispensa¹³² – per verificare l'effettiva consistenza di quanto vi sia rimasto nei sistemi codificati.

In tale prospettiva, l'idea di studiare l'itinerario del legislatore, alla luce delle carte edite ed inedite relative ai lavori delle Commissioni codificatrici, ha dischiuso alla presente ricerca un'ulteriore possibilità, quella cioè di adentrarsi fin nelle pieghe del linguaggio scelto dai redattori dei Codici, per cogliere, quasi in presa diretta, il pensiero dei protagonisti delle riforme ed apprezzarne gli esiti a livello dell'ordinamento nel suo complesso.

Del resto, come si è già avuto modo di verificare in altra occasione¹³³, l'interazione tra diritto e linguistica si rivela particolarmente feconda per la comprensione delle istituzioni giuridiche. E se è vero che «il diritto è il più importante linguaggio dell'interazione sociale»¹³⁴, diviene di capitale importanza identificarne le convenzioni d'uso. In tale ottica si presterà molta attenzione alle parole via via adottate nei dibattiti delle Commissioni e negli schemi preparatori dei Codici. Naturalmente, trattandosi di un linguaggio tecnico, che di per sé «non esplicita tutto il suo contenuto», occorrerà avventurarsi in quel rapporto vitale «tra il “detto” e il “non detto”»¹³⁵, dal quale può emergere la verità dell'esperienza giuridica, come del resto di ogni esperienza integralmente umana.

Della vastissima bibliografia sull'*aequitas canonica*, tra i saggi meno risalenti si vedano O. FUMAGALLI CARULLI, *Equità III) Equità canonica*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, 1989, pp. 1-5; F.J. URRUTIA, *Aequitas canonica*, in T. BERTONE-O. BUCCI, *La persona giuridica collegiale in diritto romano e diritto canonico. Aequitas romana ed aequitas canonica. Atti del III Colloquio (Roma 24-26 aprile 1980) e del IV Colloquio (Roma 13-14 maggio 1981)*, Roma, 1990, pp. 205-239; P. LANDAU, «Aequitas» in the *Corpus Iuris Canonici*, in *Syracuse journal of international law and commerce*, 1994, pp. 95-104; G.M. COLOMBO, *Sapiens aequitas. L'equità nella riflessione canonistica tra i due codici*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2003; G. BRUGNOTTO, *L'«aequitas canonica». Studio ed analisi del concetto negli scritti di Enrico da Susa (Cardinal Ostiense)*, cit.; E. BAURA, *Equidad canónica*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, volumen III, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 224-265.

¹³² Come sottolinea anche Roelker, in riferimento al *Codex Iuris Canonici* del 1917, «canons 27, 28 and 84, § 1, were set apart and called the fundamental use of the term “rationabilis”», E. ROELKER, *The meaning of the term “rationabilis” in the Code of canon law*, in *The Jurist*, 1949, p. 166.

¹³³ V. in proposito i risultati di un precedente lavoro monografico che si è avvalso dell'analisi semantica nello studio del linguaggio dei giudici dello Stato italiano dinanzi alle maggiori problematiche emerse intorno al vincolo matrimoniale canonico ed alla loro rilevanza civile, C. MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice canonico di fronte all'ordinamento dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹³⁴ Infatti, poiché «le comunità sono plurime, all'interno di ogni esperienza, e poiché le esperienze debbono governare i rapporti interni che si intrecciano nel loro ambito e i rapporti esterni che si intrecciano tra comunità, il diritto assolve il ruolo di veicolo di comunicazione», G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., p. 61.

¹³⁵ *Ibidem*.

CAPITOLO I

LA CODIFICAZIONE PIOBENEDETTINA

SOMMARIO: 1. Il Concilio Vaticano I e la riforma del diritto canonico: l'esigenza della «proporzione» – 2. I canonisti e la ricerca di un sistema «razionale». – 2.1. La riforma tra «diritto astratto» e «ordine reale». – 2.2. «Prolegomena» e categorie fondamentali. – 3. Le *Normae Generales* verso una «legislazione pratica, oggettiva». – 3.1. «Omnis definitio periculosa est». – 3.2. I luoghi della *rationabilitas*.

1. *Il Concilio Vaticano I e la riforma del diritto canonico: l'esigenza della «proporzione»*

Il terreno delle *Normae generales* si presenta «straordinariamente ricco» e «culturalmente fertile», in quanto permette di cogliere più apertamente «i segni di quella secolare non soluzione del problema delle fonti» che si impone all'attenzione delle gerarchie ecclesiastiche e degli studiosi a partire dal Vaticano I¹. È una «crisi» profonda quella in cui versa l'ordinamento canonico, «come è per tutti gli ordinamenti che si interrogano sulle proprie fonti e non riescono a dominare l'intrico del loro assetto»², e che trova nelle diverse fasi dell'assise ecumenica una cassa di risonanza adeguata alla gravità della situazione. Il giudizio negativo sulla legislazione esistente scaturisce dalla constatazione, lucidamente espressa dal vescovo di Orléans, Félix Dupanloup, e largamente condivisa sin dalla fase preparatoria del Concilio, secondo cui il diritto canonico «n'est plus en rapport avec l'état nouveau, religieux et politique, de l'Europe et du monde catholique»³: «vi è un gran numero di disposizioni contenute nelle Decretali e nelle antiche bolle che dovrebbero formare il diritto comune, ma che non si osservano né possono osservarsi più, quasi da nessuna parte, dall'Italia alla Francia, dall'America all'Asia» e «ve ne sono altre che

¹ Così P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1985, pp. 597-598.

² *Ivi*, p. 598.

³ Così si esprimeva il vescovo di Orléans nel suo *responsum* del 15 giugno 1865, in MAN-
SI, vol. 49, c. 119.

non sembrano sussistere se non per dar luogo a dispense»⁴. In tale situazione, la perdita della certezza del diritto «causata sia dalla compresenza nel diritto vigente di leggi abrogate da leggi posteriori o dalla consuetudine, sia dalla difficoltà della loro esatta conoscenza in ragione della dispersione in una moltitudine di costituzioni e di decisioni»⁵, costituisce forse la conseguenza più grave delle «disfunzioni» che colpiscono il sistema legislativo della Chiesa⁶.

S'impone dunque la necessità di un'organica *reformatio iuris* che «in stretta aderenza al tipo di problemi rilevati» avrebbe dovuto seguire «una linea di intervento rivolta a modificare tanto alcuni contenuti della legislazione ecclesiastica quanto la loro forma generale di presentazione»⁷.

⁴ *Ibidem*. Nello stesso senso il Cardinale De Reisach, già arcivescovo di Monaco e di Frisinga, nella sua *sententia*, osservava che «il diritto canonico comune, come è emerso dalle leggi contenute nella collezione delle Decretali, nei decreti posteriori dei concili e massimamente del concilio di Trento, come nelle bolle pontificie, abbia nei differenti paesi in moltissime materie perduto affatto il suo oggetto ed in molte altre non possa applicarsi se non con subire modificazioni, cosicché in quei paesi l'autorità medesima del diritto comune sia stata scemata, la sua applicazione sia divenuta dubbia ed incerta, e le eccezioni e le dispense dovrebbero essere più universali dell'osservanza della regola se rimanessero soggetti al vigente diritto comune», *Sententia Caroli Augusti Cardinalis De Reisach*, *ivi*, c. 42.

⁵ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*. T. II, *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 544.

⁶ Cfr. *ivi*, pp. 547-548.

⁷ Già nel 1899 il sacerdote sulpiziano, fondatore del seminario di Boston e di quello universitario di Washington, padre Hogan, constatava come «depuis bien des années on convenait volontiers de la nécessité de modifier certains points particuliers de la législation ecclésiastique; mais ce sentiment devint intense lors de la convocation du Concile du Vatican en 1869: tout le monde espérait et croyait qu'une réforme de la discipline de l'Eglise serait l'un des résultats pratiques de l'illustre assemblée». Dunque i padri conciliari condividevano un'attesa a tal punto «universale» che uno di loro, dopo la brusca interruzione dei lavori, ebbe a confidare allo stesso Hogan: «nous étions divisés sur bien des questions; mais un point sur lequel nous étions tous d'accord c'est la nécessité d'une revision du droit canonique», J. HOGAN, *Etudes cléricales. IX Droit canonique. Son passé et son avenir*, in *Le canoniste contemporain*, 1899, pp. 9-10. Una particolare attenzione meritano quei contributi dell'episcopato in cui la preoccupazione di una riforma completa del diritto canonico si detaglia secondo un ordine di priorità delle materie specifiche che esigono una urgente revisione sostanziale. In essi si riflette più chiaramente la consapevolezza del nesso inscindibile tra la storia del diritto canonico e «l'histoire même des institutions religieuses de l'église dans leur activité évolutionnelle». Infatti «l'ensemble des lois qui régissent la vie publique de la société des fidèles occupés à poursuivre la conquête du bonheur surnaturel, n'échappe donc pas à la nature contingente et variable de tout ce qui est humain»: se è vero che «les principes sont immuables et les dogmes sur lesquels reposent les constitutions demeurent toujours les mêmes» è altrettanto innegabile che «mille changements de détail surviennent dans l'application, en raison des degrés de civilisation, des époques et de situations diverses», così G. PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels de l'Eglise (codification et rénovation)*, in *Journal du droit canon et de la jurisprudence canonique*, 1882, pp. 206-207. Tra le più significative in tale ottica si segnala la richiesta del vescovo di Ratisbona: «Maxime necessarium esset ut iuris canonici principia et nunc temporis vigentia decreta seu regulae et statuta brevi quoddam concinno libro comprehenderentur, ex quo omne clerici facile dignoscerent, quid in ecclesia circa res et personas iuris sit. Diligenter in primis exponatur oportet, qua ratione iuxta principia processus et appellationes in rebus criminalibus et discipli-

Sotto quest'ultimo profilo va rilevato che alla concordanza circa i motivi della riforma non corrisponde un'analoga «identità di vedute circa i modi, i mezzi e i tempi per attuarla»⁸. In particolare, una distinzione netta tra i sostenitori del metodo compilatorio ed i fautori di quello codificatorio risulterebbe quanto meno forzata ove si considerasse «che le espressioni del tipo “novum corpus”, “nova collectio”, “codex”, non necessariamente venivano impiegate nell'accezione di una codificazione in senso moderno»⁹. D'altro canto, l'uso ricorrente soprattutto nei *Postulata* di determinate locuzioni tecniche – «totius iuris canonici codificatio» – accanto ad altre allusive ad operazioni di «selezione» e di «riordino» complessivo delle norme, induce senz'altro a credere che «il pensiero di una vasta parte dell'episcopato andasse al modello dei codici statuali o comunque ne subisse indirettamente l'influsso»¹⁰. Anche se non si deve trascurare quella tendenza, pur minoritaria ma forte di una tradizione ben consolidata, che si limitava a proporre l'aggiunta, secondo il metodo compilatorio, di «altri libri “eiusdem formae” al vecchio Corpus»¹¹.

Non ci si addenterà qui nel merito delle diverse soluzioni prospettate dagli episcopati. Del resto, il quadro assai variegato dei contributi sulla riforma del diritto canonico è ormai compiutamente ricomposto grazie ad approfondite ricerche che hanno messo in luce le specificità dei singoli apporti, sia a livello metodologico sia a livello sostanziale, fin nella varietà degli accenti e dei toni che li caratterizzarono, senza trascurare la complicazione del problema legata alla diversità del rito latino da quelli orientali¹².

naribus clericorum, in rebus matrimonialibus aliisque, quae laicorum causae spectant, instrui et tractari debeant, ut securitas iuris omnium animos erigat. Retractatione praecipue egent sanctiones canonicae de asylo et de immunitate ecclesiastica, de valore actuum tuum quoad personam habilem tum quoad formam actuum, de alienatione bonorum ecclesiasticorum, de usuris, de exemptionibus, de examinacionibus synodalibus, item vota solemnialia, eorumque effectus, censurae ecclesiasticae, aliaque. Constitutiones etiam desiderantur de recentioribus congregationibus religiosis sive clericorum sive foeminarum, de iis imprimis, quae in pluribus dioecibus diffunduntur, et a superioribus generalibus reguntur, de eorundem statutis et votis, et de ipsorum effectibus, de iure acquirendi et possidendi illorum, instructiones de administratione bonorum ecclesiasticorum, de curiis episcopalis et de modo tractandi negotia ecclesiastica ab iisdem et plura eiusmodi», MANSI, vol. 49, c. 224. Per una disamina del problema riguardante il riordinamento complessivo del diritto canonico, nelle sue linee essenziali, nel corso del Vaticano I si rinvia a G. FELICIANI, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di U. Gualazzini*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 55 ss. e a C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 543-556.

⁸ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 549.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ivi*, pp. 548-549.

¹¹ *Ivi*, p. 549.

¹² Cfr. G. FELICIANI, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, cit., pp. 55 ss. e C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 543-556. È bene tener presente sin d'ora che proprio nell'alveo del Vaticano I sorse il «trilemma fondamentale che accompagnerà la storia delle codificazioni della chiesa cattolica: “unico codice, due co-

Si cercherà piuttosto, prestando attenzione al linguaggio e alle espressioni tecniche impiegate, di rivisitarli per cogliere, soprattutto a livello argomentativo, la presenza o meno di quei parametri che segnalano l'esigenza della *rationabilitas* nella *mens* dei padri conciliari, impegnati nelle problematiche disciplinari più urgenti.

In tale ottica, vale la pena indagare quelle aree tematiche che per la loro centralità riflettono più chiaramente i punti di disciplina «tombés en désuétude, ou inapplicables dans l'état actuel et que les moeurs ont déjà, pur ainsi dire, réformés»¹³. In esse, infatti, è più facile cogliere e seguire i processi argomentativi a sostegno dell'una o dell'altra ipotesi di riforma che si sviluppano con una certa coerenza ed organicità soprattutto in vista delle deliberazioni conciliari¹⁴. Emblematica, sotto questo profilo, è la vi-

dici, o tanti codici quanti sono i riti", ossia un codice unico per la chiesa universale, un codice per la chiesa latina e un altro per tutte le chiese orientali, un codice per la chiesa latina e tanti altri per le diverse chiese orientali?». È noto che «alle insistenze della Curia per applicare alle chiese di rito orientale la disciplina occidentale, la deputazione "pro rebus Orientalibus" preferì differire la soluzione del problema della codificazione in ragione del fatto che gli orientali non sarebbero stati né preparati né favorevolmente disposti», C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 549. V., in proposito, I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex Canonum ecclesiarum Orientalium» nella storia moderna della Chiesa universale*, in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et missione Ecclesiae. Acta symposii internationalis iuris canonici occurrente 10° anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994, pp. 725 ss.; P. GEFAELL, *Il diritto canonico orientale nei lavori del Concilio Vaticano I. Voti dei consultori della Commissione preparatoria per le missioni e le chiese orientali*, in *Ius Ecclesiae*, 2006, pp. 29-60; O. BUCCI, *Storia e significato del Codice dei canoni delle Chiese Orientali*, in PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Il Codice delle Chiese Orientali. La storia. Le legislazioni particolari. Le prospettive ecumeniche. Atti del convegno di studio nel XX anniversario della promulgazione del Codice dei canoni delle Chiese Orientali, Roma, 8-9 ottobre 2010*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2011, pp. 96-98.

¹³ A. VILLIEN, *Les réformes du droit canonique et les postulata du Concile du Vatican*, in *Le canoniste contemporain*, 1906, p. 65. Rispetto ai contenuti specifici della riforma «si rendeva necessario adattare una parte delle vecchie norme ed eventualmente integrarle con altre in modo da renderle efficaci in rapporto alle mutate circostanze della società contemporanea». Un'esigenza che «diveniva pressante per alcune materie: la riduzione degli impedimenti dirimenti del matrimonio, la validità degli sponsali, la mitigazione e l'uniformità delle leggi sul digiuno e sull'astinenza, la disciplina del clero, la pubblicazione di un catechismo per tutta la Chiesa universale, la semplificazione e attenuazione delle regole dell'Indice, la limitazione delle censure *latae sententiae*», cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 548, H. LAEMMER, *Zur Codification des canonischen Rechts. Denkschrift*, Herder, Freiburg i. Br., 1899, pp. 97-159; A. VILLIEN, *Les réformes du droit canonique*, cit., pp. 67 ss.

¹⁴ Sulla riforma della legislazione matrimoniale in particolare concordano tutti i *postulata*. Le ragioni sono svariate e senz'altro gravi: «la complexité de cette législation en rend l'étude difficile à beaucoup de personnes, et la pratique, sur certains points, une source d'anxiétés, même pour les hommes de bonne volonté; certaines des conséquences auxquelles elle conduit deviennent matière à des objections de la part des incroyants; il est impossible d'en concilier l'observation intégrale avec les contingences actuelles; d'autre part, l'obligation de recourir à des dispences multiples, outre qu'elle constitue une situation anormale, donne lieu à des insinuations fâcheuses sur les raisons de la fiscalité ecclésiasti-

cenda del mantenimento o meno delle disposizioni postridentine sulla forma del matrimonio¹⁵, ovvero di una loro opportuna revisione in uno scenario profondamente mutato soprattutto in forza dell'inarrestabile diffusione del matrimonio civile¹⁶.

Una prima questione, messa a fuoco dall'episcopato, riguarda la disciplina dell'accertamento circa lo stato libero dei nubendi¹⁷ e le eventuali

que», A. VILLIEN, *Les réformes du droit canonique*, cit., p. 67. Non mancano, in verità, spunti significativi in proposito anche nelle riflessioni sulla disciplina dell'*officium parochi*, già indagati in altra sede ma sotto diversa angolatura prospettica. Basti qui richiamare che gli argomenti riconducibili alla *rationabilitas* nelle soluzioni proposte nel corso del Vaticano I sia riguardo all'inamovibilità o meno dei parroci che riguardo al mantenimento o meno della *lex concursus* – dall'attenzione alla proporzione dei fenomeni da regolare in rapporto alle mutate circostanze storiche, alla valutazione della prova delle norme vigenti, anche a livello di diritto particolare e consuetudinario, alla luce del parametro ultimo ed essenziale della *salus aeterna animarum* – risultano decisivi nel processo di riforma che condurrà, dopo un lungo travaglio, ad elaborare il concetto di *stabilitas* nell'ufficio parrocchiale da parte del suo titolare e che preparerà il superamento definitivo della *lex concursus*. Cfr. C. MINELLI, *La distinzione tra parroci amovibili ed inamovibili nel processo di formazione del Codice piobenedettino*, in *Jus*, 1991, pp. 212-257; *Id.*, *Normativa piobenedettina sul «concorso parrocchiale» tra tradizione ed innovazione*, in *Seminario di storia delle istituzioni religiose e relazioni tra Stato e Chiesa*, Reprint Series, Università degli studi di Firenze, Firenze, 1992. Tra gli altri accenni interessanti, vale la pena sottolineare anche la richiesta del vescovo di Avila che vorrebbe nella direzione dei seminari «episcopi actionem expeditorem, et (...) liberiorum amplioremqe (...) quam a Tridentino, rationabilibus causis tum vigentibus, relicta est», MANSI, vol. 49, c. 178.

¹⁵ Le criticità avvertite nell'ambito della legislazione matrimoniale vigente urgevano una riforma di notevole portata. Non era infatti difficile constatare la divaricazione dei principi legislativi «de la pratique commune»: «plusieurs des empêchements, maintenus en théorie, sont abandonnés de fait, car una dispense demandée est une dispense obtenue»; «de plus les dispenses matrimoniales sont entourées de tant de prescriptions techniques que la valeur en est bien souvent compromise», J. HOGAN, *Etudes cléricales. IX. Droit canonique*, cit., p. 10.

¹⁶ In linea generale, i vescovi non si nascondono le «mire» della «civile potestà» a «separare totalmente dalla chiesa la società intiera» (MANSI, vol. 49, c. 291) e, con riguardo al matrimonio, «conoscendo specialmente i sforzi dei nemici della religione nel togliere al medesimo il suo sacro carattere, domandano che ne sia sancita e vindicata dal concilio la sua santità e dignità di sacramento», *ivi*, c. 222. Ne discende la condanna senza appello del matrimonio civile in sé. Valgano per tutte le considerazioni dei vescovi austriaci: «matrimoniorum numque civilium introductio impietatis, incredulitatis, indifferentiae in re religionis, hostilitatis adversus ecclesiam catholicam ac laicismi praevalentis opus est, quae omnia eo iunctis viribus connituntur, ut societatem civilem prorsus ab ecclesia separent, huiusque in illam omnem influxum ac vim excludant, cuius consequendi unum saltem medium est matrimonii saecularizatio, si ita loqui fas est», *ivi*, c. 291.

¹⁷ Ci si chiede innanzitutto «quali cautele si adoperino per comprovare lo stato libero dei contraenti e se sia riservato al vescovo il giudizio sul libero stato degli sposi», MANSI, vol. 49, c. 274. È diffusa infatti la consapevolezza dei «moltissimi peccati che seguitano le difficoltà in dati casi d'ottenere la fede di stato libero». Del resto, come accade in Francia, «dove l'esiggenze delle leggi per i matrimoni civili sono molte, il numero dei concubinari è spaventevole, la più parte vivendo in questo stato per non incorrere le non piccole spese, e per evitare le noie, che reca a' concubinari il procurarsi i documenti richiesti pel matrimonio», «non minori inconvenienti si incontrano (...) in Inghilterra e negli Stati Uniti, ove il matrimonio civile è cosa facile; perocché allora i contraenti per evitare i pesi, che la chiesa

modificazioni sul punto «avuto specialmente riguardo alla istruzione Clementina che regolava nel dettaglio la materia sin dal 1670»¹⁸.

Nonostante la consistenza delle opinioni contrarie¹⁹, cresce la consapevolezza che «per ragione dei tempi e delle nuove condizioni sociali, sia necessaria od opportuna una norma più spedita e più facile per provare la libertà dello stato de' contraenti, e per far uso del giuramento suppletorio»²⁰.

Pertanto, data la difficoltà «di pronunziare un giudizio di validità», anche a causa «dei sponsali clandestini fatti senza scritto e senza testimoni, negati da una parte, affermati dall'altra o ambedue messi in dubbio, e nella incertezza riguardo all'impedimento ecclesiastico che ne deriva»²¹, si sarebbe dimostrato «rationabile et aequissimum» un decreto solenne «quo sponsalia sine scripto et sine testibus inita pro

loro impone, ricorrono al matrimonio civile, il che è forse peggio per le loro anime, che se vivessero in pubblico concubinato», *ivi*, c. 285.

¹⁸ Si tratta dell'Istruzione del Santo Ufficio del 21 agosto 1670 con l'approvazione di Clemente X. In essa «viene stabilito il modo, la estensione, e la forma dell'esame dei testimoni assunti a provare giuridicamente innanzi alla curia vescovile lo stato libero dei contraenti; si prescrive a riguardo di persone estere o di incerto domicilio la esibizione di autentici documenti di stato libero rilasciati dai loro rispettivi ordinari, e si provvede ad altri casi con opportune cautele e formalità, dalle quali non possono prescindere i vescovi senza le debite facoltà, e senza le quali non è dato ai contraenti di potere lecitamente procedere alla celebrazione del matrimonio». A questa istruzione generale, peraltro ne erano seguite di ulteriori che la stessa Congregazione aveva emanato «per quei casi, oggidì non infrequenti, ne' quali non si possa avere la totale ed assoluta certezza sia della morte del coniuge, sia della libertà di colui che per la prima volta desidera stringere il matrimonio». Circostanze cui alludeva già l'istruzione clementina laddove precisava che «si tamen huiusmodi testimonia haberi non possunt, sacra congregatio non intendit excludere alias probationes, quae de iure communi possunt admitti, dummodo legitime sint et sufficientes», v. *ibidem*.

¹⁹ Non è venuta meno in molti la convinzione che nulla vi sia da aggiungere o variare nella medesima istruzione di cui si chiede anzi il rafforzamento, «ne consuetudo contra legem praevaleat» mediante una dichiarazione d'obbligatorietà «nel caso in cui il matrimonio si celebri dopo l'atto civile senza tener conto o acquietarsi alla fede di stato libero presentata dai coniugi al magistrato del governo». Una preoccupazione ben argomentata dal vescovo di Volterra, *ivi*, c. 281.

²⁰ *Ibidem*. Nello stesso senso, si esprime la maggior parte dei consultori radunati nella Commissione disciplinare il 29 luglio 1869. Essi rilevano che «sebbene la istruzione clementina abbia posteriormente attribuito agli ordinari il diritto privativo intorno allo stato libero, ciò nondimeno, tranne pochi fra i sagri pastori, i quali ritengono che la clementina resti nel suo primitivo vigore, ben molti dichiarano non essere la medesima in fatto ricevuta, o andata in desuetudine nel lungo corso del tempo, o resa di difficile per non dire impossibile esecuzione nel presente stato della cristiana società; il che ha luogo principalmente riguardo al giudizio sullo stato libero dei contraenti, che comunemente nei casi ovvi ed ordinari si pronunzia dai parrochi; né potrebbe farsi altrimenti, attesa la grande estensione delle diocesi attuali, la molteplicità degli affari delle curie, e senza dare un pretesto agli sposi impazienti di contrarre le loro nozze davanti al magistrato civile», MANSI, vol. 49, c. 894. Senza contare che un ulteriore ostacolo all'accertamento della libertà di stato sorgeva dalle non infrequenti opposizioni di sponsali clandestini con il penoso strascico «di danni, disturbi, risse e scandali» che ne derivavano spesso e volentieri, *ivi*, c. 286.

²¹ Così l'arcivescovo di Torino, *ivi*, c. 286.

utroque foro irrita et invalida declarentur atque nullius effectus»²².

Un'altra questione, sempre in materia matrimoniale, riguarda la difesa o soppressione del *Tametsi* in relazione al matrimonio civile²³ in quanto sempre più spesso «la prova legale del matrimonio, che è lo scopo del decreto, si pretende trovarla nella cura presasi dai governi con l'introduzione del matrimonio civile»²⁴. Ci si chiede dunque, tra le molteplici questioni sollevate in proposito, se il *Tametsi* «debba conservarsi in quelle diocesi nelle quali in parte è stato pubblicato e in parte no»²⁵.

L'argomentazione che conduce a rispondere affermativamente offre alcuni spunti illuminanti.

Se si avvertiva chiaramente l'esigenza di una disciplina universale della materia, non ci si nascondeva l'inopportunità di imporla là dove si fossero presentate delle difficoltà. Del resto non si dubitava che i padri Tridentini avessero stabilito la promulgazione «parrocchia per parrocchia»²⁶ proprio mettendo in conto l'eventualità di una recezione del decreto articolata territorialmente²⁷. Spettava quindi ai vescovi darsi premura di accertare dove fosse stato effettivamente pubblicato il *Tametsi* e dove no e di conseguenza giudicar valido un matrimonio clandestino se celebrato «in un luogo *immune*», nullo se celebrato «in un luogo *affetto*»²⁸. Occorreva dunque che ciascun vescovo avesse «esatta notizia dello stato della diocesi»²⁹, in modo tale da snellire i giudizi matrimoniali rendendoli «facili e spediti»³⁰.

²² *Ibidem*.

²³ Tale quesito esprime ancora una volta la sollecitudine della maggior parte dell'episcopato che, al fine di «restringere il numero dei matrimoni civili», ritiene «utile e necessario di facilitare maggiormente la celebrazione del matrimonio cristiano, affinché non avvenga che i coniugi contenti del solo atto civile non si curino di stringere poi il vero matrimonio innanzi alla chiesa per le difficoltà che insorgessero», *ivi*, c. 292. Per una visione complessiva del problema si vedano almeno A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, II, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929², pp. 163-214; G. LE BRAS, *Mariage*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, commencé sous la direction de A. VACANT, E. MANGENOT; continué sous celle de E. AMANN; avec le concours d'un grand nombre de collaborateurs, Letouzey et Ané, Paris, 1923-1950, IX/2, cc. 2234-2247; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Il Mulino, Bologna, 1993², pp. 39-87; P. BELLINI, *Sul processo di attrazione del matrimonio alla competenza istituzionale della Chiesa*, in *Id.*, *Saggi di storia della esperienza canonistica*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 251-321; U. NAVARRETE, *Derecho Matrimonial canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2007, pp. 844-847.

²⁴ MANSI, vol. 49, c. 758.

²⁵ *Ivi*, cc. 758 ss.

²⁶ *Ivi*, c. 761.

²⁷ Era cioè dato per scontato che «vi sarebbero state parrocchie non pur in una medesima diocesi, ma anche in una medesima città, nelle quali il Tridentino si sarebbe pubblicato, e quindi *affette* dall'anzidetto decreto ed altre ove la pubblicazione non avrebbe avuto luogo, e quindi restate *immune*», *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

Alla luce di queste considerazioni, i consultori non ritengono «conveniente» che, per salvaguardare l'«uniformità» a livello diocesano, si debba sopprimere «il decreto nella parte della diocesi ove trovasi pubblicato, quando in un'altra parte della medesima la pubblicazione di esso non abbia avuto o non possa aver luogo per la concorrenza di gravi e ragionevoli impedimenti»³¹.

Si ritiene piuttosto necessario impegnarsi per rimuovere tali ostacoli, come emerge chiaramente dalle risposte al dubbio «se debba inculcarsi la promulgazione del *Tametsi* in quelle diocesi e in quei luoghi, dove non è stato finora pubblicato»³².

Ora, trattandosi di una legge di carattere universale, «secondo la ferma volontà de' padri di Trento»³³, nessuno dubita che la promulgazione «parrocchia per parrocchia» sia stata pensata non tanto «per restringerne l'universalità»³⁴, quanto piuttosto per provvedere a qualche caso accidentale, in cui «qualche nazione e massimamente gli eretici ne' loro stati vi si opponessero»³⁵. In tale ottica si afferma chiaramente «tutta la ragione ed utilità di pubblicarla»³⁶ anche in quei luoghi nei quali fino ad allora non fu promulgata.

Quindi, proprio al fine di ovviare agli stessi inconvenienti che spinsero i padri Tridentini a dettare quelle norme – togliere il più possibile «l'occasione e il pretesto ai concubinati e alle poligamie» e porre «rimedio ai mali» che derivavano dal dilagare dei matrimoni misti – i consultori convenivano «sulla ragionevolezza, convenienza ed utilità» di «inculcare» in linea generale «la pubblicazione del decreto *Tametsi* nei luoghi ne' quali fin qui non fu pubblicato»³⁷.

Il giudizio di ragionevolezza va di pari passo in questo contesto con una valutazione di convenienza e di utilità. Perseguire il bene cui sono finalizzate le norme, vale a dire la garanzia dello stato libero dei nubendi a tutela della santità del matrimonio, in tanto è utile in quanto è conveniente, in quanto cioè non trovi «ragionevoli impedimenti»³⁸, nelle svariate circostanze di tempo e di luogo, alla sua realizzazione. Se così non fosse, ove cioè si verificassero «casi particolari» o «eccezionali condizioni» in cui una tale pubblicazione potesse «dare luogo ad inconvenienti o prestare gravi difficoltà»³⁹ risultereb-

³¹ *Ibidem.*

³² *Ivi*, c. 762.

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *V. supra.*

³⁹ MANSI, vol. 49, c. 762.

be «irragionevole» imporla. Mentre si dimostrerebbe «rationabile et aequissimum» un provvedimento finalizzato a rimuovere quegli ostacoli contrastanti il bene concreto tutelato dalle norme tridentine.

Dunque, la ragionevolezza di tale normativa, concepita come universale, dipende in ultima analisi, nella mente dei consultori, dalla sua effettiva applicabilità ovvero dall'assenza di eccezioni che a loro volta si dimostrino ragionevoli in rapporto alla varietà delle situazioni. Eccezioni che i padri tridentini non avevano affatto sottovalutato se si erano determinati ad intimare «non già una promulgazione generale, bensì parrocchia per parrocchia»⁴⁰.

Le possibilità concrete di esigibilità del comando legislativo sono quindi direttamente proporzionali alla sua reale congruità avendo riguardo alle diverse circostanze di tempo e di luogo in cui si realizza la promozione del bene che s'intende tutelare.

In ultima analisi, dunque, tutti questi argomenti, dal riconoscimento dell'urgenza di una disciplina universale della materia alla consapevolezza dell'inopportunità di imporla in presenza di gravi obiezioni, incoraggiando però il loro superamento per favorirne l'applicazione nei loghi rimasti «immuni», nascono dall'esigenza di ragionevolezza.

Tale esigenza non solo gioca un ruolo significativo in riferimento ad una delle questioni disciplinari più spinose, quale è da sempre la regolamentazione del matrimonio, ma proprio per la nota della proporzione che le è connaturata, si rivela cruciale sul versante assai disomogeneo dell'auspicata «refonte du droit canonique»⁴¹.

Infatti, il *leitmotiv* dell'intero dibattito, quale che sia il rigore tecnico ovvero l'impostazione metodologica delle varie proposte, è la denuncia di una grave sproporzione del corpo normativo in rapporto alla realtà da regolare: «obruimur legibus!»⁴². Una sproporzione crescente anche a causa dell'insufficienza e/o dell'inadeguatezza dei mezzi con i quali si cercava di fronteggiarla: «ratione juris novi et novissimi», nemmeno uno stuolo di cammelli, secondo l'immagine pittoresca dei vescovi napoletani, avrebbe potuto portare il peso del bagaglio legislativo che si era accumulato nei secoli precedenti⁴³. Le conseguenze sono sotto gli occhi di tutti: dalla «eccessiva molteplicità delle norme, alcune delle quali cadute in desuetudine, derogate in tutto o in parte ovvero disperse in un gran numero di collezioni o opere antiche o recenti»⁴⁴; alla «mancanza di ordinamento razio-

⁴⁰ V. *supra*.

⁴¹ V. *supra*. Per una carrellata delle richieste espresse nei *Postulata* v. anche G. PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels del l'Eglise*, cit., pp. 213-216.

⁴² Così nei *Postulata ab XI Galliarum episcopis proposita*, in MANSI, vol. 53, c. 341.

⁴³ *Ivi*, c. 449.

⁴⁴ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 547.

nale di tali fonti di cognizione»⁴⁵, all'«inutilità di molte di esse»⁴⁶, spesso simili tra loro o contraddittorie con quelle posteriori, alla «lacunosità delle leggi su problemi nuovi ed importanti con l'inevitabile ricorso alle fonti suppletorie quali il diritto romano, la giurisprudenza di Curia, la dottrina, il diritto civile degli Stati»⁴⁷, fino a produrre quello stato perenne di incertezza del diritto da tutti sentito come gravemente lesivo del bene delle anime⁴⁸.

La ricerca di un nuovo equilibrio basato su una effettiva corrispondenza degli assetti normativi alle molteplici sollecitazioni della storia punta, come noto, su un profondo ripensamento della stessa forma generale di presentazione delle norme canoniche.

Da un lato, in un'ottica sostanzialmente conservativa del metodo tradizionale, si riconosce l'urgenza di tralasciare del tutto «ciò che non è adattabile ai tempi correnti»⁴⁹; dall'altro, in una prospettiva maggiormente orientata verso la codificazione moderna, si insiste sulla convenienza di rifondere l'intero complesso della legislazione ecclesiastica «in novum codicem hodiernae praxi accomodatum»⁵⁰, ovvero di dare impulso ad una «codificatio cum iis additionibus et mutationibus quae praesenti rerum statui utiliores et accomodatioris videbuntur»⁵¹.

Entrambe le prospettive evidenziano uno dei tratti tra quelli più significativi dell'esperienza ecclesiale, anche a livello giuridico, ovvero quel «variare nei mezzi e nelle misure secondo che lo richiede l'essenziale suo fine, lo sviluppare di continuo dal fondo immutabile dei vitali suoi principi nuove maniere di operare secondo che lo esiggano le condizioni dei tempi e i rispettivi bisogni de' popoli»⁵².

La ricerca di equilibrio dunque, prima di ogni altra considerazione, riguarda la vita dell'ordinamento nel suo livello più profondo, vale a dire nel punto sorgivo del dinamismo che dà forma all'esperienza giuridica propria di un determinato momento storico: là dove cioè si delinea la propor-

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 548.

⁴⁸ Cfr. H. LAEMMER, *Zur Codification des canonischen Rechts*, cit., pp. 97-159 e A. VILLIEN, *Les réformes du droit canonique et les postulata du Concile du Vatican*, cit., pp. 65 ss.

⁴⁹ MANSI, vol. 49, c. 339. Tale orientamento, espresso sinteticamente nel resoconto *Sacrorum antistitum sententiae de concilio celebrando*, trova qualche richiamo nei *postulata*. Si segnala in particolare la richiesta di dieci vescovi tedeschi, per i quali «quia autem in Corpore iuris canonici permulta inveniatur praescripta, quae in praesentiarum non amplius habent vigorem, maxime optandum est, ut nova collectio fiat eorum canonum, qui adhuc vigent, omissis omnibus, qui iam abrogati esse dignoscuntur», MANSI, vol. 53, c. 355.

⁵⁰ *Postulata archiepiscopi et episcoporum Belgii de rebus disciplinaribus*, MANSI, vol. 53, c. 461.

⁵¹ Così i vescovi canadesi, v. *Postulata archiepiscoporum et episcoporum provinciarum Quebecensis et Halifaxiensis*, in MANSI, vol. 53, c. 467.

⁵² *Sententia Cardinalis De Reisach*, cit., in MANSI, vol. 49, c. 42.

zione dei mezzi, contingenti e sempre perfettibili, al fine essenzialmente immutabile dell'ordinamento medesimo⁵³.

In tale prospettiva, non si deve trascurare un «originale spunto ideale»⁵⁴ che emerge tra le righe del corposo contributo dell'episcopato partenopeo.

Con lo stesso vigore con cui vi si sosteneva la necessità di un «novum iuris canonici corpus»⁵⁵, vi si avvertiva il pericolo di una assimilazione integrale alla forma delle codificazioni statuali. Si temeva cioè che l'esperazione delle suddivisioni logiche, tipica dei sistemi moderni, conducesse in ultima analisi a vanificare la forza delle leggi e far dimenticare la causa per cui vennero promulgate⁵⁶. Il riassetto delle fonti, doveva dunque rivelarsi funzionale, a partire dall'opzione metodologica di fondo, proprio al recupero di una sana proporzione del mezzo al fine secondo «il carattere tutto proprio della chiesa cattolica, la quale perché fondata sulla pietra conserva e fortifica nel libero e multiforme sviluppo delle proprie sue forze la sua divina e immutabile essenza e vita»⁵⁷.

⁵³ Del resto, non è mai venuta meno, nella bimillennaria esperienza giuridica della Chiesa, la consapevolezza che la disciplina ecclesiastica «mentre riposa sopra un fondamento invariabile, deve conservare questo carattere d'invariabilità quanto ai principi che l'informano e quanto alle leggi costitutive e organiche che regolano l'ordinamento e l'attività della potestà ecclesiastica; ma in pari tempo deve essere variabile in quanto le particolari leggi ed istituzioni della Chiesa per essere opportune ed efficaci debbono adattarsi alle differenti circostanze di tempo e di luogo», *ivi*, c. 40. Come osservava Gabriel Le Bras, «attraverso tutta la storia dell'Occidente il diritto canonico ci appare con un maestoso sistema di norme e di istituzioni che stringe e anima tutta la vita della Chiesa e dei popoli cristiani»: «la sua maestà è nelle fondamenta e nei fini, nell'estensione e nella durata del suo dominio». Così, «allo specchio del nostro spirito, che lo riflette, le immagini sono fatte di innumerevoli tratti, di epoca diversa, sovrapposti come in certi quadri e impressi da insancabili legislatori»; «capi e dottori d'ingegno, distribuendo le masse e i colori, assicurano l'armonia dell'insieme». Del resto, «se la Chiesa è orgogliosa delle promesse di eternità, il suo diritto e le sue istituzioni subiscono la legge universale dell'incessante mobilità delle forme». E «la carta immutabile delle scritture non le fornisce che principi stabili la cui interpretazione stessa si perfeziona». Su questa base sacra, «il suo organismo cresce contrastando o favorendo gli adattamenti imposti dal mondo mutevole in cui vive». In quella che egli chiama suggestivamente «la creazione perenne», non vi è nulla di fermo. G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, ed. italiana a cura di F. MARGIOTTA BROGLIO, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 25 e 27, e più ampiamente, pp. 28-85.

⁵⁴ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 551.

⁵⁵ MANSI, vol. 53, c. 449.

⁵⁶ «At non expedit quidem, quod ecclesia formam, quae in conficiendis codicibus a nostris iurisconsultis habetur, omnino servet ac tueatur, qui excindentes tot sectiunculis leges eo rem deducunt, ut harum vis et robur dispergatur, et causa (lateat) cur sancitae fuerunt», *ibidem*.

⁵⁷ *Sententia Cardinalis De Reisach*, cit., in MANSI, vol. 49, c. 42.

2. I canonisti e la ricerca di un sistema «razionale»

2.1. La riforma tra «diritto astratto» e «ordine reale»

La marcata sproporzione del corpo normativo denunciata dai padri conciliari s'imponeva dunque agli operatori del diritto come il sintomo più evidente dell'urgenza di un effettivo risanamento dell'assetto ordinamentale.

Del resto, come è ormai noto, l'esigenza di procedere sulla via della razionalizzazione e modernizzazione del diritto canonico fino alla riformulazione del linguaggio tecnico⁵⁸ attraversa tutta la trama che lega le diverse componenti protagoniste dell'esperienza giuridica precludendo significativamente alla grande iniziativa legislativa di Pio X. Dalla consolidazione delle fonti di diritto pontificio all'adattamento tecnico-legislativo della curia romana⁵⁹, dagli esiti dell'attività sinodale⁶⁰ all'incremento degli studi

⁵⁸ A tale proposito, occorre tenere in grande considerazione «il lento ma graduale mutamento che si profila nella tecnica giuridica impiegata dalla curia romana di fine Ottocento». La formulazione del dispositivo giuridico, grazie alla «differenziazione delle attività potestative del romano pontefice» ed alla conseguente «creazione di specifiche tipologie documentali» con la relativa «diversificazione dei generi letterari», viene progressivamente depurata degli elementi extragiuridici legati «agli scopi parenetici e pastorali attribuiti al provvedimento legislativo». Dopo il Vaticano I si assiste dunque «ad un graduale cambiamento tendente a semplificare il linguaggio e il formulario». Illuminanti in proposito le pagine di C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., segnatamente pp. 556-563; 591-599. Così, all'indomani dell'*Arduum sane munus* si avverte chiaramente la necessità di un perfezionamento della tecnica giuridica tale da riformulare le norme con un linguaggio rigoroso, «più elaborato, uniforme e costante»; un linguaggio cioè che «non aveva quasi più nulla a che vedere con l'enunciazione del testo contenuto nel *Corpus Iuris Canonici*». Cfr. F.X. WERNZ, *Animadversiones* in *Const. Rom. Pontifices de Sede Apost. Vacante*, in Archivio storico del Consiglio per gli affari pubblici della Chiesa, Città del Vaticano, anno 1904-1905, pos. 1276 fasc. 433, cc. 18-23; C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 598-599.

⁵⁹ Non vi è dubbio che il compito dei canonisti si presentasse «di gran lunga più arduo rispetto a quello dei civilisti che si erano apprestati all'opera di codificazione del diritto statale», i quali avevano potuto trarre vantaggio «sul piano scientifico, dalla redazione di alcune compilazioni ufficiali e dal consolidamento delle raccolte nei secoli XVII-XVIII e, sul piano politico, dalla enorme semplificazione del panorama sociale e normativo imposta dalla rivoluzione francese e dalla dominazione napoleonica». Non si deve tuttavia trascurare «l'opera dei raccoglitori della giurisprudenza curiale» che segna «una tappa indispensabile per porre ordine a tre secoli e mezzo di attività amministrativa e giudiziaria della Chiesa, e per preparare l'unificazione normativa che sfocerà nel Codice». Particolarmente significativo in tal senso «il ruolo della Congregazione del Concilio, non solamente sul piano della fissazione dello *stylus Curiae* ma anche su quello della giurisprudenza creativa». Grazie ad «una concezione ancora elastica del rapporto tra la norma canonica e la sua applicazione» si alimenta uno «scambio vitale» tra prassi locale, decisioni amministrative o giudicati della Congregazione e legislazione generale, che divenendo un vero e proprio «processo circolare» rispecchia appieno la creatività della giurisprudenza dei dicasteri. Viene in tal modo offerto al legislatore «uno dei principali strumenti (...) per l'adeguamento della normativa nel processo di codificazione», cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., segnatamente pp. 556-563, 591-599.

⁶⁰ Dell'analisi approfondita al riguardo di Carlo Fantappiè, cui si rinvia integralmente, v.

canonistici fino ai tentativi privati di codificazione⁶¹, tutte le dimensioni dell'esperienza giuridica negli anni a cavallo tra la brusca interruzione dell'assise ecumenica e l'inizio del processo di codificazione vero e proprio, sono percorse da un'istanza, perseguita talora in maniera «rapsodica, lacunosa e poco sistematica»⁶², ma mai abbandonata, di semplificazione e di adattamento del diritto vigente secondo una forma ordinata e razionale.

Certo, se si vuole accostare adeguatamente anche uno solo dei segmenti della traiettoria storica che conduce al Codice, non si deve perdere la consapevolezza che l'esito raggiunto nel 1917 «non era una conseguenza né necessaria né automatica»⁶³ degli orientamenti precedenti: si è trattato piuttosto del «frutto di una decisione complessa, in cui accanto a motivi giuridici hanno pesato, al pari di quanto è avvenuto nelle altre codificazioni, anche ragioni di carattere ideologico-politico in senso largo»⁶⁴. E dunque occorre tener presente, nell'approccio ad ogni singolo contributo, che il nesso di causalità «tra la decisione a favore del Codice e il compito precedentemente svolto dall'autorità ecclesiastica, dai canonisti, dai legislatori e dagli interpreti emerge pienamente solo a posteriori»⁶⁵, anche perché «gli atti posti in essere, di volta in volta, da questi soggetti (...) sono andati a costituire, nella mente degli studiosi, una serie più o meno connessa di relazioni causali»⁶⁶, anche oltre «le intenzioni e gli scopi originariamente da loro perseguiti»⁶⁷.

Id., *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 576-590, preme qui sottolineare l'importanza dei rilievi sulla prassi sinodale d'Oltremare: in particolare l'alta probabilità che «l'evoluzione normativa della chiesa statunitense nel secondo Ottocento abbia avuto un'importanza paradigmatica per la Santa Sede e abbia contribuito a spianare la strada verso il codice canonico del 1917». Infatti proprio tale esperienza doveva aver mostrato «la possibilità di raggiungere una soglia normativa abbastanza vicina alla codificazione, in un continente dove peraltro non esisteva un sostrato giuridico comune a quello dell'Europa, mediante il progressivo reinserimento del diritto particolare nell'alveo del *ius commune* e l'assunzione di alcuni elementi tipici della chiesa statunitense», v. *ivi*, p. 579. Cfr. E. CORECCO, *La formazione della Chiesa Cattolica negli Stati Uniti d'America attraverso la prassi sinodale*, Il Mulino, Bologna, 1991 e, specificamente sul nesso tra Concili di Baltimora e Codice piobenedettino, J.D.M. BARRETT, *A comparative Study of the Councils of Baltimore and the Code of canon Law*, The Catholic University of America, Washington, 1932.

⁶¹ Per una visione complessiva dell'attività dottrinale, sia con riferimento agli sviluppi della manualistica ed all'evoluzione della trattatistica sia con riguardo al vero e proprio movimento codificatorio ed ai suoi frutti più cospicui, v. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*. T. I, *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*, pp. 263-331 e t. II, cit., pp. 563-576 e 599-634.

⁶² Così si esprime Fantappiè con riguardo all'opera di «repertorizzazione e consolidamento» della giurisprudenza curiale, effettuato sul materiale della Congregazione del Concilio, *ivi*, p. 562.

⁶³ *Ivi*, p. 525.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ivi*, p. 526.

⁶⁷ *Ibidem*.

Nel panorama assai frastagliato di questi apporti orientati ad una razionalizzazione dell'esperienza giuridica ed in larga misura «pregiudiziali» ad una organica iniziativa del legislatore in tal senso⁶⁸, pare opportuno dedicare maggior attenzione, nella prospettiva che qui interessa, al versante in cui emerge più acuta la consapevolezza della sproporzione dello *ius vigens* e più profonda l'interrogazione circa i sistemi adeguati per porvi rimedio.

Pertanto si seguiranno alcune linee del pensiero giuridico nel dibattito dottrinale di fine ottocento non senza aver avvertito che verranno dati per acquisiti, e non potrebbe essere altrimenti, i risultati raggiunti sul punto da Carlo Fantappiè negli studi dedicati alla genesi prossima del *Codex Iuris Canonici*. Ad essi si rinvia senz'altro per una compiuta ricostruzione dello scenario culturale nel quale si svolge il confronto della canonistica dell'epoca con la complessità dei problemi metodologici e sistematici, implicati in un riassetto delle fonti di tale portata ed anche, nel dettaglio, per un opportuno inquadramento critico delle opere più significative – siano esse manuali, trattati, monografie, saggi su riviste di settore, o veri e propri progetti di codificazione di una parte o dell'intero diritto canonico – oltretutto della statura scientifica dei loro autori, ai quali si farà riferimento nel prosieguo del discorso.

Il contributo dei dottori alla preparazione del Codice si muove di fatto in una triplice direzione. Innanzitutto si trattava di «raccolgere il diritto vigente, ormai disperso in una sorta di *mare magnum*»⁶⁹; in secondo luogo occorre risolvere adeguatamente «le controversie create dalla molteplicità delle fonti, scaturite dalle opinioni dottrinali o lasciate aperte dagli interventi dell'autorità ecclesiastica»⁷⁰; ed infine urgeva «operare una sistematizzazione delle materie in modo da fissare la disciplina ecclesiastica e ordinarla secondo uno schema logico-razionale»⁷¹.

Non solo è del tutto evidente che «tutte queste operazioni intellettuali non possono essere, per la loro natura, facilmente separabili, né possono

⁶⁸ Per riprendere sinteticamente quanto era chiaramente emerso nelle fasi preparatorie del Vaticano I, nel corso del dibattito conciliare e nelle riflessioni degli osservatori più attenti, non si deve mai dimenticare che «a differenza del diritto statuale, per lo più ormai codificato in Europa e in America Latina, il diritto canonico presentava, attorno al 1870, una gamma di fonti orali e scritte, di diritto comune e particolare, una notevole varietà di organi produttivi centrali e locali e, per giunta, una differente loro gerarchia e articolazione interna». Tale intrinseca complessità della produzione del diritto, che colpiva uno dei gangli vitali dell'ordinamento medesimo, implicava gravi «difficoltà di cognizione» ed una evidente disarmonia delle fonti: «un immenso coacervo di norme, di vario grado e ambito, che si era sedimentato da circa sei secoli al di fuori del *corpus iuris*, esso stesso un insieme di collezioni poco maneggevole e non bene ordinato». Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 556-557.

⁶⁹ *Ivi*, p. 563.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ivi*, pp. 563-564.

sempre estrinsecarsi in generi letterari specifici»⁷², ma si deve prendere atto che «i canonisti lavorarono contemporaneamente»⁷³, a seconda della sensibilità culturale e della conseguente impostazione metodologica, «in misura più o meno estesa»⁷⁴, nelle tre direzioni considerate sia per se stesse sia nella loro interazione.

In tale contesto, tutt'altro che uniforme, il pensiero giuridico intercetta il tema della *rationabilitas* ad un duplice livello: il primo, più generale, ne riflette l'incidenza come criterio funzionale alla riformulazione dell'assetto normativo secondo modelli formali convincenti soprattutto per la loro coerenza sistematica; il secondo, più specifico, ne evidenzia la portata come categoria di fondo nella descrizione delle fonti e del loro dinamismo.

Sotto il primo profilo, pare opportuno sottolineare il denominatore comune dei motivi che valsero a determinare la convergenza dei canonisti sul modello di codice moderno, «formalmente nuovo nel metodo, nel sistema e nel contenuto»⁷⁵. Vale a dire il progressivo configurarsi di esso agli occhi della canonistica «quale strumento tecnico»⁷⁶, anche grazie a quel processo di «neutralizzazione ideologica»⁷⁷, che si realizza a livello europeo a partire dal Codice austriaco del 1811, in virtù del quale «la codificación tiende a dejar de ser un problema de ideología para transformarse en solución técnica, definitivamente recibida y adquirida, independiente de los supuestos espirituales que la habían originado»⁷⁸.

Tale processo, che trova senz'altro piena corrispondenza nell'*humus* straordinariamente fertile di un diritto strumentale per vocazione quale è il canonico⁷⁹, ne recepisce le istanze profonde tanto da raggiungere pro-

⁷² C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 564.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ivi*, p. 629.

⁷⁶ *Ivi*, p. 539.

⁷⁷ *Ivi*, p. 527.

⁷⁸ A. GUZMAN BRITO, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1977, p. 54.

⁷⁹ Come notava uno dei protagonisti del dibattito canonistico francese alla vigilia della codificazione «le droit canon, considéré dans son ensemble et surtout dans ces statuts les plus originaux, les plus spécifiquement ecclésiastiques, représente un immense effort pour promouvoir la (...) sâitété (...) Ce n'est en définitive qu'un des instruments dont se sert l'Eglise pour faire son oeuvre au milieu du monde, c'est-à-dire pour le sanctifier et le sauver». Si spiega così che tale disciplina «se soit heurtée à des résistances plus ou moins passives» e sorprendentemente «elle ait pu néanmoins s'établir et se maintenir pendant des siècles». In realtà, «l'Eglise seconde la grâce; elle prête à ses opérations invisibles le secours d'une action visible, et le droit canon est précisément l'arsenal des armes qu'elle a forgées pour cette guerre»: «or qu'elle que soient le péripéties de la lutte, elle ne capitule jamais, et c'est cette fermeté qui est admirable. (...) l'histoire de l'Eglise est celle d'une réforme perpétuelle. (...) en général, les sociétés qui ont commencé à déchoir ne se relèvent plus, l'Eglise au contraire sort toujours à son honneur des crises qui l'éprouvent» H. AFFROY, *Le*

prio sul versante canonistico una maturazione del tutto originale.

Il che rende ancor più interessanti, nell'ottica della presente ricerca, alcuni accenti delle argomentazioni pro o contro la codificazione moderna sui quali vale la pena a questo punto soffermarsi brevemente⁸⁰.

Dunque, per far fronte alla crescente divaricazione tra le sistemazioni della disciplina ancora in voga e la realtà viva del diritto canonico, tanto grave da condizionarne lo statuto epistemologico – «le droit canonique n'est plus cette science claire et précise que nous représentent les manuels»⁸¹ – la canonistica tardo ottocentesca si vedeva costretta a guardare criticamente a quella «pluralità di modelli imperfetti»⁸², che tre secoli di ricerca «d'un impianto razionale da attribuire alla materia canonica»⁸³ le avevano lasciato in eredità.

droit canon. Son évolution, sa transcendance, in *Etudes*, 1914, pp. 164-165. Vale la pena affiancare a queste considerazioni di tenore più apologetico che giuridico, le penetranti osservazioni di Carlo Calisse, all'indomani della promulgazione dell'*Arduum sane munus*. Dinanzi alle perplessità circa la possibilità e l'opportunità stessa della codificazione canonica, egli riteneva piuttosto che «la Chiesa, per così fare si trova in condizioni anche più vantaggiose che gli Stati». Infatti, «il diritto canonico ha minore mobilità che le legislazioni civili»; «la sua base è ferma e non muta, perché è legge divina»; «l'autorità che lo guida non teme oscillazioni né pentimenti, poiché nessun'altra autorità le fa concorrenza, e la fede la circonda dell'assistenza sovranaturale». Ma soprattutto, «lo scopo ne è costante, essendo quello di fornire alla Chiesa stessa un mezzo necessario per l'adempimento della sua missione», C. CALISSE, *La codificazione del diritto canonico*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, 1904, p. 350. Rimangono insuperati, a tale proposito, i rilievi di Paolo Grossi, che, nell'intento di proporre «un riscatto culturale» del diritto canonico, «offrendone una visione rinnovata, un modo alternativo di considerarlo e di valutarlo dall'ottica dello storico del diritto» (C. FANTAPPIÈ, *Introduzione*, in P. GROSSI, *Scritti canonistici*, Giuffrè, Milano, 2013, XL), addita la «strumentalità a uno scopo essenziale, uno scopo trascendente» quale «fulcro centrale» da cui «scaturisce una mentalità tipica del diritto canonico». La nota della strumentalità è infatti tutt'altro che «innocua»; «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 le edificazioni giuridiche che si cristallizzano in sistema». La Chiesa, dunque «edificando il diritto canonico, non lo considera affatto il fine della comunità sacra, alla stessa stregua dello Stato che può annoverare tranquillamente tra i suoi fini il mantenimento della civile convivenza per il tramite del diritto». Essa «è una ben strana società, che ha per suo confine il cielo»: ed «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». P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *ivi*, pp. 234-235.

⁸⁰ È bene tenere presente che «mentre tra il 1870 e il 1889 si sviluppa una varietà di vedute sulle modalità concrete con cui addivenire alla riforma del diritto canonico latino, tra il 1890 e il 1904 si registra una decisa tendenza a risolvere queste incertezze a favore del metodo codificatorio, pur sempre all'interno di una pluralità di opzioni», C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 600.

⁸¹ Non ci si poteva nascondere infatti il numero incalcolabile «de lois, constitutions, décisions, réponses, émanées des Papes, des conciles et des tribunaux suprêmes, et qui s'accumulent, année par année, depuis des siècles», J. HOGAN, *Etudes cléricales. Droit canonique. Son passé et son avenir*, in *Le canoniste contemporain*, 1899, p. 13.

⁸² C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 568.

⁸³ *Ibidem*.

Quale di essi avrebbe potuto rispondere adeguatamente ai bisogni del presente?

Se, come è stato osservato, «le concezioni organiche elaborate dai canonisti tedeschi o furono avvertite come pericolose in quanto minate dall'influenza teologica del protestantesimo o – come nel caso della scuola storica cattolica che va da Walter a Vering – non penetrarono e non attecchirono fuori dell'area culturale tedesca per il loro carattere innovativo rispetto agli schemi tradizionali»⁸⁴, non rimanevano in campo che i modelli riconducibili all'*ordo Decretalium* ed al *systema Institutionum*⁸⁵.

Peraltro, le diverse varianti prospettate sia nella corrente fedele al metodo del Testo sia in quella orientata verso la sistematica del Lancellotti, documentano una maggiore sensibilità ai problemi metodologici, tutta percorsa, nell'ultimo scorcio del secolo XIX, dalla tensione ad impostare la materia in modo più coerente proprio dal punto di vista logico e razionale⁸⁶. Fino alla mirabile sintesi offerta dal Wernz sulla base di una con-

⁸⁴ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. I, cit., pp. 327-328. Come è noto, tra i canonisti tedeschi, le «premesse e istanze metodologiche della Scuola storica si fusero insieme con gli influssi della filosofia e della teologia romantica, sensibile ad una interpretazione "organica" della presenza della Chiesa, col risultato di muovere una critica serrata tanto al tradizionale ordine decretalistico quanto allo schema istituzionalistico». Cfr. *Ivi*, pp. 265-266; il vol. *Teologia e Restaurazione*, a cura di G. RUGGERI, numero monografico della rivista «Cristianesimo nella storia», XII/3, Il Mulino, Bologna, 1991. Sinteticamente le criticità denunciate si concentravano ad un triplice livello: «l'assenza di una coerenza interna alla disposizione degli argomenti, la mancanza di un'indagine autenticamente storica delle fonti del diritto canonico, il carattere teologicamente estrinseco del diritto romano rispetto a quello canonico». Pertanto, da un lato, «la divisione legale tratta dalle Decretali, venne considerata arbitraria e disorganica in quanto conduceva ad una frammentazione e ad un isolamento degli oggetti strettamente legati tra loro da una connessione naturale»; dall'altro «l'intelaiatura logica delle *Institutiones* del Lancellotti, essendo ricalcata direttamente sul diritto romano, era giudicata non solo inadatta al diritto della Chiesa, in quanto concentrata principalmente sul diritto privato, ma anche inadeguata, perché assimilava i sacramenti e il culto divino alle cose». C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. I, cit., pp. 265-266. Tale ultimo rilievo che si deve in particolare a Georg Phillips (si veda per maggiore comodità, la trad. francese della prima parte del suo *Kirchenrecht, Du droit ecclésiastique dans ses principes généraux*, Hachette bnf, Paris, 1855², p. 39), oltre a toccare uno dei problemi più importanti che la Commissione codificatrice dovette affrontare sin dalle prime battute dei lavori e che non lasciava tranquillo nemmeno il legislatore supremo (v. sul punto C. MINELLI, *Pio X e l'avvio della stagione dei Codici*, cit., pp. 58-64) si rivelerà decisivo nella revisione del Codice piobenedettino.

⁸⁵ Accanto al metodo del Testo, «fondato sull'ordine classico delle Decretali, parzialmente corretto da Pirhing nel Seicento e riproposto nell'Ottocento da Grandclaude» e a quello delle Istituzioni, «d'origine romana, trasposto nel diritto canonico dal Lancellotti nel 1563 e continuamente adattato alla divisione bipartita in *ius publicum* e *ius privatum*», oltre al «metodo storico-sistematico» di matrice tedesca cui già si è accennato nel corpo di testo, per completezza va menzionato anche «il metodo logico-scolastico che aveva dato origine a vari "tractatus" divisi per materia (tipici quelli di Bouix e di Gasparri)». Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 568.

⁸⁶ È soprattutto «nell'ultimo ventennio del secolo XIX, in concomitanza con il consolidamento degli studi nelle facoltà pontificie e con l'affermarsi delle riviste di settore in Europa», che la canonistica, confrontandosi «con i problemi metodologici e sistematici» eredi-

cezione sistematica che trae la sua fisionomia originale proprio dalla «correlazione tra i due impianti dell'*ordo decretalium* e del *systema iuris*»⁸⁷.

Come noto, il risultato ottenuto con il suo *Ius Decretalium*, nel «più superbo tentativo di armonizzare la tradizione giuridica della Chiesa con le istanze della modernità giuridica secolare»⁸⁸, non vale ad arginare la netta preferenza per il sistema delle Istituzioni, anch'esso antico e consolidato, e che «a fronte della chiusura verso i nuovi sistemi di diritto canonico»⁸⁹, dei disagi e delle criticità cui dava adito ormai da secoli l'ordine delle Decretali, finì per prevalere del tutto.

Se è fuor di dubbio che per tale via s'intendesse favorire con maggior decisione l'edificazione di un sistema razionale di tipo moderno, è altrettanto innegabile che il lento ed irreversibile tramonto dell'*ordo Decretalium* non si consuma senza lasciare una traccia indelebile nel pensiero giuridico, proprio a livello della percezione e dell'apprendimento di cosa si intenda per «ordine razionale» alla luce di un'esperienza giuridica fortemente connotata come quella canonica. Una traccia che si vorrebbe qui ripercorrere nei suoi passaggi essenziali e che emerge con singolare lucidità nel dibattito innescato dalle riviste di settore francesi le quali, a loro volta, fanno da cassa di risonanza alla diffusa consapevolezza della sproporzione ormai cronica dell'ordinamento canonico, di cui si è evidenziata la rilevanza centrale nell'economia del presente discorso, ed alla conseguente interrogazione profonda sulla natura e la portata storica della dimensione giuridica nella Chiesa⁹⁰.

In tale contesto culturale, risultava a tutti chiaro che l'apparato legislativo destinato a regolare la vita pubblica della società ecclesiale impegnata nella conquista della salvezza eterna non poteva sfuggire alla natura contingente e mutevole «de tout qui est humain»⁹¹. Del resto, nella Chiesa, come nelle altre società, le leggi non sono altro che «le résultat combiné

tati a partire dal Concilio di Trento, registra, all'interno dei vecchi e nuovi generi letterari, un vero e proprio «progresso scientifico» caratterizzato dalla tendenza verso una «maggiore uniformità di metodo» sotto il segno di una decisa semplificazione dell'apparato normativo e di un adattamento sostanziale delle disposizioni ancora vigenti. cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. I, cit., pp. 263-264. Per un opportuno inquadramento ed apprezzamento dei frutti di tale progresso, dai manuali ai trattati, dalle monografie ai codici privati, si rinvia alle pagine di C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 599-633.

⁸⁷ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. I, cit., p. 316.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ivi*, p. 328.

⁹⁰ Per un inquadramento generale sul movimento culturale che si sviluppa in Francia alla vigilia della codificazione canonica si veda il saggio di S. RAPONI, *Il movimento per la codificazione canonica: il dibattito nelle riviste e le compilazioni private in Francia alla fine del XIX secolo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2002/1, pp. 311-334.

⁹¹ *Ivi*, pp. 206-207.

de la pratique antérieure et des conditons présentes»⁹². Se dunque i principi permangono immutabili ed i dogmi sui quali poggiano le norme restano sempre gli stessi, non è possibile frenare quella miriade di cambiamenti, anche solo di dettaglio, dovuti al grado di civiltà, ed alla diversità delle epoche e delle situazioni storiche⁹³. Di qui il continuo mutamento non del principio di giustizia, di per sé intangibile, ma «della misura» della sua traduzione a livello normativo⁹⁴. Sotto questo profilo, il diritto canonico si dimostra «une grande école de patience, de modération, de prudence, de mesure»⁹⁵. Vi si apprende cioè l'arte di conciliare «une fermeté inébranlable sur les points essentiels avec une admirable condescendance sur tout le reste»⁹⁶: «autant l'Eglise est inflexible quand il s'agit de maintenir la loi divine, autant elle se montre pleine d'attentions et de compassion pour la faiblesse humaine quand il est question de ses propres prescriptions»⁹⁷.

Così il diritto canonico, costretto sin dall'antichità, a fronteggiare «assalti di ogni tipo», non ha perduto il suo carattere essenziale, ma spesso si è visto costretto a cambiare il passo⁹⁸. Del resto, nuovi bisogni non esigono forse nuovi rimedi?⁹⁹ E dunque, perché non disporre «rationnellement et succinctement» l'intera materia del diritto canonico?¹⁰⁰

Una simile opera di razionalizzazione e di sintesi peraltro, non intendeva affatto, nella mente dei suoi promotori, né rivoluzionare la legislazione vigente «sous prétexte de la reconstituer sur des bases prétendues rationnelle et en réalité en dehors de l'action du pouvoir souverain»¹⁰¹, né immobilizzarla «dans les entraves d'une forme surannée», quanto piuttosto restituirle quella libertà di progredire «parallèlement aux institutions at aux besoins du peuple chrétien qu'elle doit prévoir et auxquels elle doit

⁹² J. HOGAN, *Etudes cléricales. Droit canonique. Son passé et son avenir*, cit., p. 6.

⁹³ V. G. PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels de l'Eglise. (Codification et rénovation)*, cit., pp. 206-207.

⁹⁴ *Ivi*, p. 207.

⁹⁵ J. HOGAN, *Etudes cléricales. Droit canonique. Son passé et son avenir*, cit., p. 8.

⁹⁶ *Ivi*, pp. 8-9.

⁹⁷ In effetti, «partout où elle s'établit, nous la voyons tendrement préoccupée d'accommoder sa discipline au degré de civilisation qu'elle rencontre, commandant, défendant ou tolérant, suivant ce que semblent exiger les circonstances et un juste souci de l'avenir. Sous ce rapport, les ordonnances de papes comme Saint Grégoire le Grand ou saint Nicolas sont admirables», *ivi*, p. 9.

⁹⁸ G. PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels de l'Eglise. (Codification et rénovation)*, cit., p. 209.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Fatta salva ovviamente la possibilità d'«ajouter à l'occasion et sous forme d'appendices les dérogations variées que chaque église peut avoir obtenues du Saint-Siège», *ivi*, p. 218.

¹⁰¹ *Ivi*, p. 212.

répondre»¹⁰². Nessuno di questi autori avrebbe coscientemente rinunciato a quello spirito che animava la legislazione medievale: «esprit de douceur, de raison, de modération, également éloigné d'une indulgente faiblesse et d'un rigueur hors de propos»¹⁰³. Anzi, a quest'ultimo riguardo, si prendevano decisamente le distanze da quei canonisti «plus érudits que judicieux»¹⁰⁴, i quali «semblent mettre la législation disciplinaire de l'Eglise au-dessus de la loi naturelle et divine»¹⁰⁵, facendone un «quoi de rigide et d'inflexible, qui ne ressemble en rien à cette règle douce, souple et, dans la meilleur sens du mot, humaine, qu'elle a toujours été aux mains de l'Eglise»¹⁰⁶.

In tale ottica, l'unico vero cambiamento sembrava consistere «en l'introduction d'un appareil plus scientifique et plus simple à la fois»¹⁰⁷ e l'operazione tecnica conseguente, che doveva sfociare in un testo chiaro e netto, disposto e suddiviso in modo scientifico, basato su principi inattaccabili¹⁰⁸, appariva tutto sommato culturalmente neutra. Il che certamente si spiega se si considera che in questa fase non solo non era affatto chiusa la questione del modello da adottare – l'alternativa tra *ordo decretalium* e *systema institutionum* era ancora di grande attualità – ma nemmeno si poteva far conto su una scelta di campo del legislatore che potesse preludere ad una vera e propria codificazione moderna. Tuttavia, si ritiene ancor più decisiva in tal senso la persistenza, comune ai diversi orientamenti metodologici, di una mentalità tendenzialmente estranea all'astrazione nel concepire la razionalità dell'ordine giuridico e che di fatto respinge la tentazione di creare sistemi a priori, avulsi dalla storia e dalle dinamiche postestative che necessariamente l'attraversano¹⁰⁹.

Emblematica in proposito la riflessione di Eugène Grandclaude che, nel difendere la bontà dell'*ordo Decretalium*, a partire da una impostazione culturale «filoromana e neotomista, in polemica con le deviazioni del pensiero moderno»¹¹⁰, sviluppa una trama argomentativa più ampia, evi-

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ J. HOGAN, *Etudes cléricales. Droit canonique. Son passé et son avenir*, cit., p. 9.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ G. PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels de l'Eglise. (Codification et rénovation)*, cit., p. 218.

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 211.

¹⁰⁹ In ogni caso, come osserva Grandclaude, «une science, dont l'objet est si vaste et si nécessaire, ne saurait être négligée sans qu'une perturbation profonde se produise dans l'ordre pratique». E, comunque, «méconnaître cette importance, c'est montrer une ignorance incroyable ou une étrange perversité; et vouloir écarter ou amoindrir les études canoniques, c'est tendre finalement à fouler aux pieds les lois et l'autorité de l'Eglise», v. E. GRAND-CLAUDE, *Des études canoniques et de leur influence sociale*, in *Le canoniste contemporain*, 1891, p. 10.

¹¹⁰ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. I, cit., p. 291. L'importanza di

dentemente orientata a preservare nella sua integrità la fisionomia propria ed esclusiva del diritto canonico.

In tale prospettiva egli si propone di rispondere alla domanda circa «la véritable méthode canonique»¹¹¹, vale a dire quella più adatta al progresso della scienza canonistica¹¹²; e lo fa da un duplice punto di vista, negativo e positivo, segnalando cioè sia i metodi falsi che hanno ostacolato lo sviluppo degli studi giuridici, sia quello vero che potrebbe concorrere realmente al loro avanzamento¹¹³.

Dal punto di vista negativo, la falsità del metodo dell'erudizione si rivela «non proprément par ce qu'elle embrasse, mais par ce qu'elle néglige ou exclut»¹¹⁴. Infatti, tanto è utile il suo lavoro di analisi e discernimento delle fonti finalizzato ad una congrua valutazione della loro autenticità ed autorevolezza; altrettanto vistoso è il suo limite in quanto «en se bornant à cela, elle tend à supprimer le droit lui-même»¹¹⁵.

Al medesimo effetto, e cioè alla censura del diritto vivo, conduce l'altra metodologia in voga, che consiste nel ricondurre tutta la scienza canonica a delle «théories a priori»¹¹⁶ nei diversi ambiti disciplinari, dalla costituzione gerarchica alla competenza amministrativa e giudiziaria, dai poteri pubblici della società cristiana alle cose o ai mezzi di cui essa si serve nel perseguimento dei suoi fini, mediante una vera e propria trasposizione nel campo della giurisprudenza ecclesiastica dei postulati della scuola razionalista, finalizzata alla ricostruzione del diritto canonico appunto «sur des bases purement rationnelles»¹¹⁷. Tale «*jurisperitia* fan-

questa figura di teologo canonista è legata alla consistenza sotto il profilo metodologico del suo richiamo alla tradizione, come emerge soprattutto nei suoi articoli apparsi su *Le canoniste contemporain* dal 1885 al 1891. Non va dimenticato che il suo *Jus canonicum juxta ordinem Decretalium, recentioribus Sedis Apostolicae et decretis et rectae rationi in omnibus consonum*, 2 voll., V. Lecoffre, Paris, 1882, trae ispirazione ideale dallo *Jus universum* di Schmalzgrueber, che egli paragona sul terreno canonistico alla *Summae Theologiae* di Tommaso d'Aquino in campo teologico (Id., *Des principaux canonistes du XVIII siècle*, in *Le canoniste contemporain*, 1885, pp. 282-287). In ogni caso la sua adesione di principio all'ordine classico lo conduce dapprima a respingere le proposte di codificazione del diritto canonico che, presentandola come un modello sedicente più perfetto delle stesse leggi canoniche, non sono nemmeno in grado di reggere il confronto «avec les savants écrits des anciens canonistes», (v. Id., *Du droit canonique au XIX siècle*, in *Le canoniste contemporain*, 1889, p. 476); ed infine, come si vedrà più oltre, «ad ammetterne la possibilità ma alla condizione che essa seguisse l'ordine delle Decretali», cfr. E. GRANDCLAUDE, *Des études canoniques et de leur influence sociale*, cit., 16-17.

¹¹¹ *Ivi*, p. 11.

¹¹² V. *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Così «cette prétendue science (...) fait de chaque canoniste un vrai législateur, de chaque interprète un réformateur des lois, de chaque professeur un nouveau Raymond de

taisiste»¹¹⁸, svuotando di fatto la legislazione sacra di ogni effettiva autorità¹¹⁹, non è in grado di produrre altro che «una pura teoria» o al più un trattato di sociologia cristiana astratto, del tutto al di fuori «de l'ordre réel et des lois positives de l'Eglise»¹²⁰. L'esito di tale operazione è palese: «ce droit abstrait ou soi-disant rationnel (...) vient exclure le droit réel»¹²¹. Mentre, secondo Grandclaude, non si dà uso legittimo e utile della ragione naturale in ambito giuridico se non quando «les spéculations rationnelles seront subordonnés aux prescriptions positives, et consisterons uniquement à chercher les rapport harmoniques des lois entre elles et avec les principes de la fois»¹²².

Dunque il vero ostacolo, in entrambi i modelli negativi, resta la pretesa «à faire du droit en dehors du droit...»¹²³. Nulla a che vedere con uno studio davvero rispettoso «dal punto di vista razionale»¹²⁴ delle dinamiche intrinseche all'esercizio normale del potere ecclesiastico né tantomeno con le ragioni che valgono a chiarire «la rectitude intrinsèque des lois positives»¹²⁵, o che ne riflettono l'attitudine a perseguire il loro fine specifico insieme a quello generale della Chiesa¹²⁶. Infatti, nelle teorie sopradescritte, si tratta in definitiva di un sistema a priori «créé d'un seul jet, et abstraction faite de lois qui constituent la discipline réelle»¹²⁷; mentre uno studio corretto anche sotto il profilo razionale si prefigge di dimostrare come le leggi siano «ordinationes rationis ad bonum commune»¹²⁸. Il che peraltro non è privo di rilievo culturale nelle moderne società di diritto costrette a fare i conti con la totale disaffezione da parte dei sudditi verso qualsiasi norma che, a dispetto del suo titolo ufficiale di legge o decreto, sia dettata dal capriccio o dalla passione del momento, «en dehors de toutes les lois de la justice (...) sans équité»¹²⁹: infatti, sempre «le sentiment

Pennafort, et finalement la législation sacrée ne conserve plus aucune autorité par elle-même», *ivi*, p. 12.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Naturalmente una simile impostazione «ne saurait certe faire grand cas du «Corpus Juris Canonici»: in essa «le droit ecclésiastique n'est plus autre chose qu'un système philosophique, une sociologie religieuse, sans règle objective et en dehors de toute autorité juridictionnelle», *ibidem*.

¹²² *Ivi*, p. 13.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *V. Ibidem*.

¹²⁷ Dunque «cette méthode (...) est (...) purement et simplement le rationalisme appliqué à la discipline sacrée», *ivi*, p. 12.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ivi*, p. 20.

public repousse ce qui n'est point équitable et inspiré par l'amour du bien commun, quelles que soient les épithètes dont on le décore et l'autorité dont on essaie de le couvrir»¹³⁰.

In ultima analisi, dunque, nessun sistema può risultare convincente se non in funzione della fisionomia essenziale del comando legislativo, del suo essere *ordinatio rationis ad bonum commune*, ovvero della sua *rationalitas*. Vale a dire, in tale ottica, l'ordine è "razionale" se ed in quanto favorisce, o per lo meno, non ostacola il carattere "ragionevole" di ciascuna disposizione, garantendone l'efficacia in vista del bene comune.

A tale riguardo, è interessante notare come nella riflessione di Grandclaude circa i modelli tradizionali di sistemazione della materia canonica, "positivamente" praticabili, le critiche più penetranti al *systema institutum* siano della stessa natura dei pochi rilievi che, sotto quei profili, non vengono risparmiati nemmeno all'*ordo decretalium*.

Da un lato, nei saggi impostati sulla falsariga delle Istituzioni, il fatto di ripudiare senza motivi sufficienti la divisione «très logique et mieux proportionnée du *Corpus Juris*»¹³¹ ha come conseguenza inevitabile che «les divisions primordiales sont disproportionnées, et les subdivisions secondaires deviennent souvent arbitraires, verbales, indistinctes, sans parallélisme réel, et par conséquent illogiques»¹³². Dall'altro, anche il *Corpus* così come si presenta, ormai del tutto incompleto¹³³, non pare in grado di offrire una sistemazione della materia davvero proporzionata: «les divisions secondaires sont actuellement très disproportionnées entre elles»¹³⁴, e quanto meno converrebbe ridurre il numero¹³⁵.

Ancora una volta la nota della proporzione si rivela decisiva nelle varie prospettive di riforma che andavano profilandosi nella mente dei canonisti. Quale che fosse l'immagine di essa e quindi la portata semantica e culturale nel loro pensiero di espressioni del tipo «nouvelle codification»¹³⁶, apparentemente allusive alla codificazione moderna ma talvolta, come in Grandclaude, sostanzialmente impiegate per indicare una opportuna riedizione del metodo compilatorio, il nuovo assetto normativo doveva ispirarsi ad un criterio di proporzionalità, per rispondere adeguatamente alle mutate esigenze dei tempi e dei luoghi. Doveva cioè ricondurre il diritto vivo alle dimensioni adeguate al perseguimento del bene comune cui ciascun comando legislativo è essenzialmente diretto. In questo senso si può dire che nelle pieghe della riflessione canonistica emerge un nesso inequi-

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ivi*, p. 15.

¹³² *Ivi*, pp. 15-16.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ivi*, p. 16.

vocabile tra la proporzione dell'impianto ordinamentale e l'effettiva ragionevolezza delle singole norme giuridiche. Dunque la razionalizzazione del sistema non si riduce ad una pura astrazione, solo se viene concepita in funzione del pieno estrinsecarsi della natura propria della legge canonica, cioè del suo essere *ordinatio rationis ad bonum commune*.

Questi rilievi, familiari a coloro che si occupano più da vicino di diritto canonico ed anche a «tous ceux aussi, qui se plaident à admirer la maternelle législation de l'Eglise, si sage dans sa formation expérimentale, si douce dans ces commandements»¹³⁷, sfidano il pregiudizio abituale «de ne rien voir en dehors et au-dessus de (...) lois nationales»¹³⁸ che, secondo gli studiosi più attenti conduce a distruggere «la véritable notion du droit»¹³⁹. La ricerca di un nuovo ordine razionale della materia non poteva dunque venir condotta imitando lo spirito della «legalità secolare», pena la perdita di «ce tact exquis du juste qui doit caractériser le légiste chrétien»¹⁴⁰.

2.2. «Prolegomena» e categorie fondamentali

La convergenza sempre più convinta sul modello moderno di codice, corroborata dall'opzione di fondo per il *systema Institutionum*, non è quasi mai disgiunta, nel pensiero di diversi autorevoli canonisti, da una preoccupazione di vitale importanza. Si trattava infatti di evidenziare «gli elementi atti a contemperare la natura propria del diritto canonico»¹⁴¹ con una scelta di politica del diritto evidentemente maturata in ben altri contesti giuridici e culturali: «il suo sistema pluralistico delle fonti, la sua flessibilità funzionale alle diversità dei luoghi, la concorrenza al suo interno tra diritto comune e diritto particolare, la sua supremazia ideale»¹⁴².

¹³⁷ G. PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels de l'Eglise. (Codification et rénovation)*, cit., p. 209.

¹³⁸ E. GRANDCLAUDE, *De l'enseignement du droit canonique en France*, in *Le canoniste contemporain*, 1878, p. 34.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*. D'altro canto non si può fare a meno di constatare come «tous les ouvrages dits classiques qui ont été publiés, ne sauraient initier sérieusement à la science du droit: ils n'élèvent pas l'intelligence des vrais principes, et n'initient nullement à la terminologie de la jurisprudence; ils se bornent à donner quelques notions vagues et générales sur les personnes, les choses, et les jugements, sans pouvoir aller au fond des questions juridiques qui précisent les principes et conduisent à la vraie "science" du droit sacré. (...) Mais les travaux, d'ailleurs plus ou moins superficiels, sur les méthodes nouvelles d'enseignement de la jurisprudence sacrée, sur une codification soi-disant plus parfaite des lois canoniques, etc., ne supportent guère la comparaison avec les savants écrits des anciens canonistes», E. GRANDCLAUDE, *Des études canoniques et leur influence sociale*, cit., p. 476.

¹⁴¹ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 632.

¹⁴² *Ivi*, pp. 632-633.

Alla solidità di tale diffusa consapevolezza deve aver contribuito significativamente l'opera di riordinamento razionale del diritto sostanziale e processuale, compiuta dalla manualistica sino alla vigilia della codificazione canonica.

Da un punto di vista tecnico, il «perfezionamento della sistematica tripartita»¹⁴³, «tanto sotto il profilo dell'architettura e delle sue suddivisioni interne quanto su quello degli schemi o categorie concettuali in cui si era articolata»¹⁴⁴, oltre ad esigere un'effettiva semplificazione del *Corpus*, conduce all'«introduzione ed allo sviluppo di “parti generali” sempre più ampie, coerenti e ben organizzate»¹⁴⁵. Queste ultime, proprio per il loro carattere di premessa alla tripartizione della disciplina istituzionale, «forniscono ai progettatori dei codici privati e poi ai codificatori ufficiali uno schema e una elaborazione avanzata delle materie relative alle norme generali del libro I del Codice»¹⁴⁶.

Ora, in queste sezioni introduttive, spesso denominate «prolegomeni», la *rationabilitas* gioca un ruolo non marginale.

Ci si limiterà qui ad evidenziare alcuni contributi che per l'intensità o l'originalità del richiamo alla sostanza della tematica in oggetto e per l'implicazione diretta dei loro autori nei lavori della codificazione relativi alle *Normae generales*, assumono valore decisivo ai fini della presente ricerca.

Emblematica in tal senso è l'opera di Carlo Lombardi, di lì a poco chiamato tra i consultori della commissione codificatrice a redigere un voto *De constitutionibus*¹⁴⁷. Le sue *Institutiones* documentano con chiarezza la necessità di una riflessione profonda circa il fondamento ultimo del diritto per una adeguata comprensione dell'essenza stessa del fenomeno legislativo¹⁴⁸. Secondo il docente dell'Apollinare, «quaerere quoniam sit iuris fundamentum idem est ac investigare quo fonte legum vis deriveatur, seu quaenam sit ultima ratio, propter quam legibus obtemperandum sit»¹⁴⁹. Invano faticherebbero il legislatore nel dettare la legge ed il giurista nell'interpretarla, se non risultasse in modo manifesto la corrispon-

¹⁴³ *Ivi*, pp. 568-569.

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 569.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Per un profilo biografico essenziale, anche relativo alla sua partecipazione ai lavori della codificazione canonica, v. *ivi*, p. 1194.

¹⁴⁸ Del resto, nel clima culturale che caratterizza la scuola dell'Apollinare nell'ultimo decennio dell'ottocento, e nel quale «matura una più consapevole attitudine ai problemi di metodo» e una maggiore apertura «alla dimensione comparativa nello studio del diritto», «omettere la trattazione sui principi» avrebbe voluto dire «lasciare il canonista nella più completa ignoranza di tutto ciò che attiene “ad iuris historiam et philosophiam”», cfr. C. LOMBARDI, *Iuris canonici privati institutiones*, Desclée, Lefebvre et socii, Romae, 1901; C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. I, cit., p. 317.

¹⁴⁹ C. LOMBARDI, *Iuris canonici privati institutiones*, cit., p. 12.

denza tra la ragione umana e la regola giuridica «a qua recedere piaculum est»¹⁵⁰. Infatti, «cum homo sit ens rationale, et finis necessarius entis rationalis sit bonum infinitum, quod unicum est nempe Deus, patet teneri hominem ad quaerendum in Deo libero animi consilium illud bonum supremum, ad quod est factus et vis naturae rapitur»¹⁵¹. Se così non fosse, l'uomo finirebbe per essere «ipse sibi finis ultimus, ac proinde officiorum et legum incapax»¹⁵²: eliminato dall'orizzonte il bene infinito nel quale consiste il suo fine supremo, diverrebbe impensabile la direzione stessa della sua libertà «in adeptione boni» e di conseguenza risulterebbe impossibile qualsiasi governo dell'agire umano. Vanno dunque senz'altro respinte tutte le opinioni in voga che tendono a censurare o ad oscurare l'aspirazione costitutiva dell'uomo verso il bene infinito¹⁵³.

Su questa base Lombardi può articolare un discorso profondamente unitario mettendo a fuoco la sostanza della legge canonica prima di distinguere i modi di statuizione¹⁵⁴.

Se la legge è essenzialmente mezzo, anzi il mezzo per eccellenza, attraverso il quale la società raggiunge il suo fine, essa avrà ad oggetto quel bene «societati ipsi *congruum, possibile, futurum et externum*».

In particolare, quanto alla congruità, Lombardi riprende l'insegnamento di Modestino e di Graziano, per il quale il fine prossimo della legge sempre va inteso in relazione al «bonum societatis proprium»¹⁵⁵. Quanto alla pos-

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Analogamente, pur dai differenti presupposti metodologici della Scuola storica cattolica, cui contribuì significativamente dando specifica configurazione al binomio *Verfassung/Verwaltung*, Simon Aichner, nel suo *Compendium Juris ecclesiastici*, Brixiniae, Typis et sumptibus Wegerianis, 1895, dedica ampio spazio alla nozione ed all'origine del diritto, ed in tale contesto respinge decisamente i falsi sistemi che discendono dalla dottrina di Hobbes, «qui fundamentum omnis juris ponit in jure conservandi se quibuscumque modis»; dalla moderna dottrina degli pseudo-politici «qua statuitur voluntatem humanam qua talem esse fontem juris, non tantum religioni, sed etiam rectae rationi adversatur»; e da quella propugnata dai contemporanei discepoli del panteismo, del materialismo e del fatalismo, qua jus cum potestate physica, vel cum violentia feliciter perpetrata, plane confunditur», *ivi*, pp. 4-5.

¹⁵⁴ Proprio sotto questo profilo, il suo tentativo si distingue palesemente da altri analoghi contributi che trattano il tema delle fonti, nell'ambito dello schema tripartito, nella sezione dedicata alla potestà di governo della Chiesa. Si vedano, per esempio, le *Institutiones Juris Ecclesiastici* di Joseph Laurentius, qui consultate nella terza edizione pubblicata a Friburgo in Brisgovia, presso l'editore Herder, nel 1914, che trattano nel *Libro IV De gubernatione Ecclesiae*, il capitolo dedicato alla *Legislatio ecclesiastica*, al quale appartiene tanto l'articolo *Legis ecclesiasticae conditiones*, quanto quello *Consuetudo ecclesiastica*. Coerentemente con l'impostazione dell'opera, l'accento nella definizione di legge prospettata dal canonista olandese è marcatamente suareziano: «lex ecclesiastica est ordinatio rationis ad bonum commune a superiore ecclesiastico cum voluntate perpetuo obligandi promulgata», *ivi*, p. 268.

¹⁵⁵ C. LOMBARDI, *Institutiones*, cit., p. 36. Cfr. MODESTINUS, Fr. VII. D. De legibus (1. 3); GRATIANUS, C. IV. Dist. III.

sibilità, valgono le precisazioni di Graziano volte a circoscrivere l'oggetto della legge in modo che non ecceda le forze morali della comunità cui è diretta: «*secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporisque conveniens, pro communi civium utilitate conscripta*»¹⁵⁶. Infatti, in vista del bene pubblico, la legge umana può sì comandare atti eroici ma solo «*quoad singulos et non quoad integram communitatem*»¹⁵⁷.

Questa concezione del fenomeno legislativo consente al canonista dell'Apollinare di addentrarsi nella differenza tra «*ius scriptum*» e «*ius non scriptum*», guardando ad essi come ai due modi attraverso i quali la medesima «*lex canonica inducitur*»¹⁵⁸. Per il Lombardi, infatti, «*iuridice vero ius scriptum vel non scriptum idem sit ac ius promulgatum vel moribus introductum*»¹⁵⁹. In tale ottica, *lex* e *ius*, colti nella loro essenza, finiscono per coincidere.

Tant'è che, nel piano delle *Institutiones*, il tema della consuetudine non obbedisce ad una impostazione gerarchica delle fonti, in subordine alla *lex canonica*, ma si sviluppa nell'articolo «*de modis per quos ius canonicum statuitur vel tollitur*»¹⁶⁰, parallelamente alla promulgazione della legge scritta.

Da un lato, per il Lombardi, l'atto della promulgazione, attraverso il quale la legge viene resa nota alla comunità non appartiene di per sé all'essenza della legge: «*lex essentialiter est regula morum, iamvero promulgatio non id operatur ut lex induat naturam regulae, sed ut communitati tamquam talis innotescat*»¹⁶¹. Dall'altro, la consuetudine trae la sua forza giuridica proprio dall'avverarsi delle condizioni essenziali proprie della legge, segnatamente dalla presenza della *rationabilitas*¹⁶².

Che si tratti della condizione più importante si evince chiaramente dalla trama argomentativa del Lombardi sui «requisita», in genere ed in specie, della consuetudine.

La necessità che la consuetudine sia *rationabilis* «*non solum in iure aperte traditur, sed et per se evidens est*»¹⁶³. Infatti «*quum consuetudo sit ad instar legis, profecto debet esse rationi conformis*»¹⁶⁴. Dunque, l'evidenza della *rationabilitas*, scaturisce essenzialmente dalla correlazione con la ragione umana, che, secondo la tradizione tomista, costituisce la caratteristica propria dell'ordine giuridico.

¹⁵⁶ Cfr. C. LOMBARDI, *Institutiones*, cit., p. 37; GRATIANUS, C. II. Dist. IV.

¹⁵⁷ C. LOMBARDI, *Institutiones*, cit., p. 37.

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 48.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ivi*, p. 49.

¹⁶² V. *ivi*, p. 57.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

È interessante notare come solo a questo punto, dopo il lungo affondo sui fondamenti del diritto e sull'oggetto della legge, e solo in questo contesto, nell'ambito dei requisiti della consuetudine, Lombardi offra la definizione sostanziale di legge: «lex quippe essentialiter est ordinatio rationis»¹⁶⁵.

Il che non solo conferma la coerenza del suo pensiero, ma documenta chiaramente la centralità della *rationabilitas* nella sua costruzione.

Un'analoga sensibilità al tema, pur a partire da presupposti metodologici differenti¹⁶⁶, emerge nelle Istituzioni di Benedetto Ojetti, che prese poi parte alla codificazione canonica, contribuendo attivamente al dibattito sulle norme generali¹⁶⁷. Non solo il *Tractatus proemialis* dei *Prolegomena iuris ecclesiasticis* riflette la medesima profonda interrogazione ed il medesimo netto rifiuto degli «errori della modernità» circa i fondamenti dell'esperienza giuridica¹⁶⁸. Ma soprattutto offre, da diversa angolatura prospettica, una visione del fenomeno normativo sostanzialmente unitaria proprio in virtù del riferimento essenziale alla *rationabilitas* che qualifica il dinamismo delle fonti di produzione del diritto.

Sotto il primo profilo, è interessante notare il rilievo accordato alla nozione del diritto, intesa nel suo significato primario, come «obiectum iustitiae, seu id quod quovis modo aequum bonumque est ac rationi consentaneum»¹⁶⁹. Coerentemente, l'accento sul carattere razionale dell'esperien-

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Certamente influenzato dalla «sistemica» di Baldi, «almeno per quanto concerne l'esigenza di ricomporre in modo unitario il sistema delle fonti e, di conseguenza, le divergenze di metodologia esistenti, ormai da secoli, tra le Istituzioni e quello del Testo canonico», Benedetto Ojetti condivide con Sebastiano Sanguineti, Mariano De Luca e lo stesso Franz Xaver Wernz, il bisogno di rimanere fedeli, alla sostanza del *systema iuris* di Tarquini, v. in proposito, C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. I, cit., pp. 158-165 e 299.

¹⁶⁷ Per un profilo biografico sintetico anche in relazione alla sua partecipazione al processo codificatorio, v. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 1201-1202.

¹⁶⁸ Il *Tractatus proemialis De prolegomenis iuris ecclesiastici* offre infatti una panoramica dettagliata dei «systemata falsa» e dei «systemata inadaequata». Tra i primi egli annovera: «a) doctrina Hobbesii, cui fundamentum omnis iuris est ius conservandi se quibuscumque modis; unde purus putidusque egoismus, ex quo resultet bellum omnium contra omnes; b) doctrina pseudopoliticorum, quibus omnis iuris fundamentum est imperantium vel populi voluntas, quae proinde nullis esset in imperio exercendo circumscripita limitibus, quod et absurdum et impium. His adnumerandi sunt asseclae scholae iuris historicae, hi nempe qui nullum alium iuris fontem admittunt nisi historicum idest nisi legem et populi consuetudinem; horum antesignanus fuit C.F. de Savigny; c) doctrina eorum, qui omne ius deducunt ex aliquo pacto expreso vel tacito hominum; inter quos adnumeratur Ioannes Iacobus Rousseau; d) doctrina recentiorum pantheistarum, materialistarum, fatalistarum, quibus ius est phisica potestas vel violentia feliciter perpetrata. Horum dux fuit Spinoza»: Tra i secondi, egli colloca: «a) doctrina eorum, qui omne ius deducunt ex hominum socialitate; b) seu a dictamine rationis vel conscientiae; c) aut a necessitate salutis publicae; quae omnes causae non sunt causae ultimae», *ivi*, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Ojetti*, n. 1930-II, 1. Si possono utilmente confrontare le precedenti note manoscritte con le correzioni e le aggiunte del caso, nel medesimo Archivio, *Fondo Ojetti*, n. 1930-1, 1-2.

¹⁶⁹ Ojetti, *Tractatus proemialis*, cit., 1.

za giuridica determina la classificazione *de divisionibus iuris*, a partire dalla grande distinzione tra *ius naturale* e *ius positivum*: il primo, concepito come «ordinatio rationis per Deum facta et conscientiae lumine omnibus manifestata praecipiens ea quae rectae rationi sunt consentanea, contraria prohibens»¹⁷⁰, racchiude quelle leggi «quae ita fluunt ex Dei hominumque natura, ut non possint non existere»¹⁷¹; il secondo comprende invece le leggi poste in essere «libera voluntate Dei vel hominum»¹⁷².

In questa cornice, si sviluppa la trattazione istituzionale delle fonti canoniche che, Ojetti, a differenza di Lombardi, ripartisce alla luce della distinzione netta tra diritto scritto e diritto non scritto, mediante una scansione coerente e molto articolata dei diversi argomenti.

La concezione unitaria delle fonti, che pur vi emerge, dipende dunque dal riconoscimento costante della medesima sostanza, predicata dalla qualità essenziale della *rationabilitas*, e dalla quale fluisce ciascun dinamismo normativo, dalla *lex* alla *consuetudo*.

Anticipando una tendenza ancora presente nella canonistica contemporanea, egli pone sullo stesso piano le definizioni di legge tomista e suareziana e ne prospetta una formulazione sintetica del seguente tenore: «ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam habet Ecclesiae promulgata vel etiam ecclesiastici principis iussum, propter bonum commune, perpetuum, sufficienter promulgatum»¹⁷³. In essa il perno è costituito evidentemente dal «bonum commune», quale che sia l'angolo di visuale da cui lo si guardi, «ordinatio rationis» o «ecclesiastici principis iussum». L'oggetto della legge dunque non potrà che essere «honestum, iustum, possibile et recto ordini non contrarium»¹⁷⁴. In tale ottica, ritenendo che «aliquam promulgationem ad essentiam legis esse necessariam»¹⁷⁵, l'Ojetti sottolinea l'importanza della modalità di intimazione prescelta: deve cioè trattarsi di «modus sufficiens et rationabiliter (...) inductum»¹⁷⁶.

Del resto anche la disciplina della dispensa dalla obbligatorietà della legge dipende in larga misura dalla *rationabilitas*¹⁷⁷.

¹⁷⁰ *Ivi*, p. 2.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ivi*, p. 14.

¹⁷⁴ *Ivi*, p. 16.

¹⁷⁵ La ragione è chiara e cioè «lex non promulgata non potest esse norma et regula Communitatis», v. *ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Anche il tema della cessazione della legge riflette la centralità della *rationabilitas*, in quanto essa deriva dal venir meno della sua «causa finalis, adaequate, pro omnibus legis articulis et respectu totius communitatis», «quia cessante fine legis aliquid cessat quod legi essenziale est, neque enim tunc amplius haberetur in lege ordinatio rationis vel bonum communitatis intentum», *ivi*, p. 18.

Infatti, quella «provida relaxatio legis»¹⁷⁸, che si ottiene mediante la dispensa, esige una causa «iusta et proportionata legi in qua dispensatur»¹⁷⁹. Si noti che non si dà qui riferimento esplicito alla *rationabilitas*, tuttavia l'occorrenza del richiamo alla proporzione resta, come si è più volte sottolineato e come ancora si vedrà diffusamente, un segnale assai suggestivo della pervasività di quel parametro.

Per quanto riguarda il diritto non scritto, il canonista della Gregoriana non respinge l'impostazione gerarchica delle fonti dalla quale risulta in modo chiaro il carattere subalterno della *consuetudo* rispetto alla *lex*¹⁸⁰ e, di conseguenza, la centralità di un «consensus aliquis legislatoris ad inducendam consuetudinem»¹⁸¹. In esso infatti si manifesta, secondo Ojetti, la «causa efficiente» del diritto consuetudinario, la quale non può che scaturire dalla «potestà ecclesiastica»¹⁸². Peraltro egli non si ferma qui, ma si spinge a chiarirne la *ratio*, riconducendola alla natura della legge, intesa, secondo l'accento suareziano, come espressione della *voluntas legislatoris* e di conseguenza all'atto di imperio che ne fonda l'obbligatorietà¹⁸³. Tuttavia, il requisito della *rationabilitas*, esigito per la validità della *consuetudo* «ex parte obiecti seu ex parte ipsorum actuum»¹⁸⁴, consente di riconoscere il diritto consuetudinario per quello che è: «verum ius sive legem ponens sive legi derogans»¹⁸⁵. Ed è qui che, ancora una volta, il canonista della Gregoriana avverte il bisogno di ritornare alla definizione tomista che gli consente di allargare lo sguardo al fenomeno giuridico in quanto tale: «ius autem seu lex est ordinatio rationis in bonum commune»¹⁸⁶. In una prospettiva di tale ampiezza risulta infatti più facile inquadrare la *consuetudo rationabilis* e quella *irrationabilis*, proprio in ragione della sua proporzione o meno al bene comune; «dici potest eam consuetudinem facti merito (...) rationabilem, quae habet omnes conditiones necessarias ad iustam legis impositionem vel revocationem (...) irrationabilis (...) consuetudo iuri divino aut naturali contraria, a iure canonico expresse re-

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 19.

¹⁸⁰ Accogliendo la definizione di Isidoro, per il quale la «consuetudo iuris» consiste nello «ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, quum deficit lex» precisa che essa «plenius definiri potest "ius legale non septum diuturnis moribus populi (christiani) cum aliquo consensu legislatoris (ecclesiastici) introductum"», *ivi*, p. 43.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ Egli ribadisce: «quia lex est ordinatio rationis seu norma rationabilis imperio praescripta (...) ad legem necesse est dari actum voluntatis et quidem voluntatis, quae imperare possit, ideoque legislatoris». *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 45.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

probata, peccatorum occasionem praebens, bono communi perniciosam»¹⁸⁷.

Dunque, nella visione dell'Ogetti, natura imperativa della norma e carattere ragionevole di essa, ponendosi sullo stesso piano, concorrono ad integrare, irrevocabilmente ed in egual misura, la sostanza stessa del fenomeno giuridico.

Questi spunti trovano approfondimento decisivo e sistemazione organica nell'opera di Franz Xaver Wernz¹⁸⁸ al quale si deve, nel corso della sua intensa partecipazione all'elaborazione del libro I del *Codex Iuris Canonici*, un voto sulla consuetudine tanto consistente da costituire, come si vedrà, una pietra miliare della riflessione in materia, a prescindere dal suo effettivo riscontro nelle soluzioni poi codificate¹⁸⁹.

Peraltro, l'equilibrio tra *ordo Decretalium* e *systema Institutionum* pienamente raggiunto dal canonista della Compagnia di Gesù, di cui si è già detto, traspare in modo chiaro non solo nell'articolazione razionale della materia ma anche nello scavo sostanziale della disciplina, tanto da offrire una sintesi armonica e completa del diritto vigente alla vigilia della codificazione, sulla quale conviene soffermarsi per aver chiaro lo stato dell'arte all'indomani dell'*Arduum sane munus*.

Ora, il primo volume dello *Ius Decretalium* riflette senz'altro la convinzione del suo autore che «il rispetto sostanziale e non pedissequo dell'antico ordine delle decretali» dovesse necessariamente condurre «alla ricerca di un suo coerente ammodernamento sistematico»¹⁹⁰; e che il primo passo in tale direzione riguardasse innanzitutto i prolegomeni nei quali, sull'esempio dei vecchi canonisti post-tridentini, venivano trattati «i problemi generali con

¹⁸⁷ Ivi, pp. 44-45.

¹⁸⁸ Sul suo profilo scientifico, le linee di fondo del suo indirizzo canonistico e la sua partecipazione ai lavori della codificazione canonica si rinvia a D.G. OESTERLE, *In piam Francisci Wernz S.I. memoriam 1842-1942*, in *Gregorianum*, 1943, pp. 9 ss.; R. PUZA, *Franz Xaver Wernz – Lehrer, Kanonist und Jesuitengeneral aus Rottweil. Ein deutscher Kirchenrechtler in Rom*, Rottweil, Wewel, 1994; ID., *P. Franz Xaver Wernz. Kanonist und Jesuitengeneral*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 1994, pp. 351-373; ed ancora una volta alle pagine di C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. I, cit., segnatamente pp. 303-316 e t. II, cit., 1215.

¹⁸⁹ Si vedano sul punto le considerazioni di G. FELICIANI, *La consuetudine nella codificazione del 1917*, in ID., *Le pietre, il ponte e l'arco. Scritti scelti*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, pp. 24-25.

¹⁹⁰ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. I, cit., p. 307. Del resto, il canonista della Compagnia di Gesù, misurandosi criticamente con le *Praelectiones Juris Canonici ad methodum Decretalium Gregorii IX exactae* di Filippo De Angelis (Ex typographia della Pace-Apud P. Lethielleux, Romae-Parisiis, 1877), accusava la «distanza ermeneutica» tra «le nuove domande» poste al diritto dall'ultimo secolo e le «inutili risposte» che ci si ostinava a ricercare nella copiosa produzione della prima e seconda canonistica post-tridentina, segnatamente nelle opere di Fagnani, Barbosa, Reiffenstuel e Schmalzgrueber, v. F.X. WERNZ, *Recensione alle Praelectiones del De Angelis*, in *Zeitschrift für Katholische Theologie*, 1880, pp. 524-539.

una tale profondità che si possono consultare ancora oggi»¹⁹¹.

Il punto di partenza irrinunciabile nella speculazione del Wernz è la messa a fuoco dello statuto epistemologico dello «ius ecclesiasticum»¹⁹², in quanto scienza giuridica positiva, «non veritatum mere theoricarum»¹⁹³. Se così è, essa si sviluppa a partire dalle vere cause efficienti delle leggi dalle quali dipende l'ordine ed il governo della Chiesa¹⁹⁴: al canonista non è chiesto di determinare le condizioni in base alle quali «nova quidem dogmata (...) condatur», ma soltanto quelle essenziali alla introduzione di nuove leggi nella Chiesa ed alla loro effettiva istituzione¹⁹⁵. Pertanto, poiché la causa efficiente della legge è la potestà legislativa, tutte le problematiche relative si riducono «ad illam, quinam in Ecclesia catholica sint competentes legislatores»¹⁹⁶.

In tale ottica la distinzione tra fonti di diritto scritto e fonti di diritto non scritto dipende dalla scelta del legislatore che talora si serve della forma scritta e talaltra se ne astiene¹⁹⁷.

Trattando del diritto prodotto dal legislatore umano, il canonista della Compagnia di Gesù antepone senz'altro lo studio delle leggi scritte a quello della *consuetudo* e dello *ius non scriptum*¹⁹⁸.

In tale contesto, dalle due definizioni tradizionali della «lex in genere» che egli pone sullo stesso piano, trae una nozione di «lex ecclesiastica» evidentemente ispirata a quella tomista: «ordinatio rationis ad bonum commune ab eo, qui communitatis ecclesiasticae curam habet promulgata»¹⁹⁹.

Alla luce di essa, coerentemente con il presupposto epistemologico di cui si è detto, il canonista della Compagnia di Gesù si concentra senz'altro sul soggetto attivo della «potestas legislativa in Ecclesia»²⁰⁰. Il che gli consente di occuparsi poi dell'oggetto proprio cui il potere legislativo si dirige e di distinguere la forma intrinseca della legge canonica dalla sua forma estrinseca, così come emergono nella definizione completa del fenomeno allo studio.

¹⁹¹ F.X. WERNZ, *Recensione alle Praelectiones del De Angelis*, cit., p. 528.

¹⁹² F.X. WERNZ, *Ius Decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris decretalium*, Giacchetti, Prati, 1913-1915, t. I, p. 93. È bene avvertire che la parte che qui interessa, dedicata ai *Prolegomena*, è rimasta sempre invariata nelle diverse edizioni dell'opera, che pertanto si è ritenuto di citare nell'ultima edizione, più facilmente reperibile.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Egli si riferisce cioè a quei «principia vel fontes existendi unde leges in Ecclesia vigentes dimanant», *ibidem*.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ V. *ivi*, p. 95.

¹⁹⁸ *Ivi*, p. 103.

¹⁹⁹ *Ivi*, p. 104.

²⁰⁰ *Ivi*, pp. 107 ss.

Se la legge necessariamente si compie «in materia honesta, iusta, possibili, utili et circa actus bonos vel indifferentes praecipiendos vel malos et indifferentes prohibendos»²⁰¹, essa raggiunge il proprio oggetto mediante la sua forma intrinseca, e cioè in virtù dell'«intentio» ovvero della «voluntas legislatoris competentis» di obbligare i sudditi in una determinata materia ben circoscritta sia nella sua sostanza sia nelle modalità e nelle circostanze dell'adempimento²⁰² ed anche attraverso la sua forma estrinseca, e cioè quei segni sensibili, parole o fatti, che esprimono in modo «sufficiente» la medesima volontà²⁰³.

Quanto alla forma intrinseca, la sua mancanza determina il venir meno dell'atto²⁰⁴.

Quanto alla forma estrinseca, che consiste di fatto nella promulgazione, essa costituisce, coerentemente con la concezione di Tommaso, una «condizione»²⁰⁵ in mancanza della quale qualsiasi dispositivo viene destituito di valore e privato della capacità stessa di introdurre obbligo alcuno. Tuttavia, il maestro della Gregoriana sente il dovere di esplicitare l'insegnamento tomista sul punto, e cioè che la promulgazione, per se stessa, «cum non sit norma actuum pro subditis, sed illam tantum manifestet»²⁰⁶, «est potius essenziale, sed extrinsecum requisitum, non pars constitutiva legis ecclesiasticae»²⁰⁷. E dunque essa appartiene alla definizione della *lex* solo a livello estrinseco e non a livello costitutivo.

Anche il tema della dispensa viene affrontato dal Wernz nell'ottica dell'esercizio della «potestas legislativa» da parte dei soggetti competenti, segnatamente come espressione di una «nuova volontà del legislatore indirizzata ad allentare il vincolo della legge»²⁰⁸. Perché il soggetto competente agisca lecitamente in tale direzione, occorre sempre una «causa iusta et proportionata»²⁰⁹ e che almeno al momento in cui viene data esecuzione al provvedimento grazioso la supplica sia veritiera. È interessante notare che il Wernz non aggiunga altro sul punto, preoccupandosi piuttosto di chiarire i casi di invalidità dell'atto. Non sembra peraltro vi siano dubbi

²⁰¹ *Ivi*, p. 115.

²⁰² *V. ibi*, pp. 117-118.

²⁰³ *V. ibi*, p. 118.

²⁰⁴ La forma intrinseca infatti «omnem legem humanam ferendam saltem ex parte omnino essentialis est». Essa, tuttavia, non va confusa con la «ratio», «ob quam legislator ecclesiasticus ad legem concedendam movetur», la quale, configurandosi piuttosto come «misura estrinseca» ovvero «regola direttiva» della «voluntas legislatoris quoad iustitiam et honestatem legis ecclesiasticae» assume un rilievo importante solo a livello ermeneutico. *V. ibidem*.

²⁰⁵ *Ivi*, p. 119.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ *Ivi*, pp. 119-120.

²⁰⁸ *Ivi*, p. 142.

²⁰⁹ *Ivi*, p. 147.

circa le caratteristiche della causa necessaria e sufficiente perché si possa lecitamente dispensare dall'osservanza di una legge: e cioè la rispondenza a verità della richiesta del provvedimento di grazia e la proporzione del bene che attraverso di esso s'intende proteggere in rapporto al bene tutelato dalla norma la cui obbligatorietà viene sospesa nel caso di specie.

Riguardo al diritto consuetudinario, il maestro della Gregoriana, coerentemente con l'impianto generale delle fonti, dedica ampio spazio alla trattazione «de vera causa efficiente consuetudinis iuris»²¹⁰, e cioè all'insostituibilità del «consenso del legislatore competente»²¹¹, che unicamente può segnare il passaggio dalla «consuetudo facti» alla «consuetudo iuris». Infatti la consuetudine ottiene «vim verae legis»²¹² non «dalla persuasione o dalla volontà» dell'«Ecclesia audiens», cioè dei sudditi²¹³, ma soltanto «ex voluntate legislatoris ecclesiastici»²¹⁴.

E ciò a riprova del fatto che la legge stessa «sola iuridica ratione non fit, sed etiam voluntate»²¹⁵, mentre la persuasione del popolo non è che un «merus actus rationis»²¹⁶. Ed è a questo livello che si coglie l'equilibrio raggiunto dal Wernz di fronte alle due impostazioni di Tommaso e Suarez. Un equilibrio che gli permette di collocare proprio quel mero atto della ragione tra le condizioni richieste dal diritto per l'avverarsi della «consuetudo facti», la quale proprio in considerazione della sua eventuale efficacia nell'ordinamento giuridico, non può non essere «rationabilis»²¹⁷.

Se dunque la consuetudine introduce una nuova legge, essa si configura di fatto come «vera lex», «quae essentialiter est ordinatio rationis ad bonum commune»²¹⁸, e quindi deve necessariamente corrispondere a questo parametro essenziale. Se invece si tratta di una consuetudine antinomica²¹⁹, poiché non vi è dubbio che «ad revocationem legis iustae rationabilis causa requiritur et sufficit»²²⁰, la sua efficacia si darà soltanto «ex rationabili causa»²²¹.

La consuetudine sarà quindi *rationabilis* quando, oltre all'intrinseca onestà della materia nella quale matura la condotta rilevante, ricorrano

²¹⁰ *Ivi*, p. 286.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *V. ivi*, p. 287.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ *Ivi*, p. 292.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*.

«omnes conditiones necessarias ad iustam legem inducendam (...) vel ad iustam revocationem legis»²²², ovvero tutto quanto risulti generalmente conforme e dunque non direttamente contrario al fine e alla natura della Chiesa o alla fisionomia specifica di un certo istituto ecclesiastico. Sarà invece «irrationabilis» la «consuetudo facti» contraria al diritto divino, positivo e naturale; proibita o riprovata «ut corruptela» dal diritto canonico o dal competente legislatore ecclesiastico; lesiva del nerbo della disciplina ecclesiastica; determinante l'«occasio peccati»; contrastante con l'utilità comune e manifestamente avversa ad un sano uso della ragione soprattutto con riguardo alla natura propria di una determinata realtà giuridica²²³.

Una trattazione organica delle fonti di tale calibro²²⁴ non trova riscontro, se non per brevi segmenti disciplinari, nelle parti generali o nei prolegomeni, dei progetti privati di codificazione che meritano peraltro adeguata attenzione²²⁵.

Questi ultimi, come noto, si caratterizzano per la varietà delle impostazioni metodologiche, delle proposte sostanziali e della stessa loro estensione, proponendosi precipuamente di rappresentare in una forma più ordinata e razionale lo stato presente della disciplina della Chiesa²²⁶: in

²²² *Ibidem*.

²²³ V. *ibidem*.

²²⁴ Coerentemente con l'impianto strutturale dell'intera opera, anche nei prolegomeni, il Wernz sviluppa tutte le premesse necessarie per impostare correttamente ciascun problema, illumina i nessi logico-sistematici che legano ogni argomento con quelli precedenti e successivi, identifica precisamente i vocaboli fondamentali e le definizioni, classifica in modo chiaro e ben articolato i requisiti giuridici generali e specifici, relegando negli *Scolia* le problematiche più minute e settoriali. Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 571.

²²⁵ Ci si riferisce a quei tentativi che contemplano a differenza di altri, dedicati a esclusivamente a sezioni particolari della disciplina canonica, una parte generale. Si tratta delle opere di G. DE LUISE, *Codex canonum Ecclesiae, qui ex antiquo iure adhuc usque vigent, et ex Concilii Tridentini decretis, pro cleri atque populi christiani reformatione editis, diligenter deprompti, atque ex summorum pontificum, nuperque Pii IX, tam per se quam in sacro Concilio Vaticano, constitutionibus excerpti traduntur*, G. Pedone Lauriel, Neapoli-Panormi-Parisiis, 1873; E.M. PEZZANI, *Codex Sanctae Catholicae Romanae Ecclesiae*, Berardi, Romae-Mediolani, 1893; A. PILLET, *Jus canonicum generale distributum in articulos*, P. Lethielleux, Parisiis, 1890; e a F. DESHAYES, *Memento juris ecclesiastici*, Berche et Tralin, Parisiis, 1895.

²²⁶ Tra i vari studi che hanno affrontato i tentativi privati di codificazione, nell'ambito di ricerche settoriali sulle disposizioni piobenedettine, si ricordano F. FALCHI, *I chierici nel processo di formazione del Codice pio-benedettino*, Cedam, Padova, 1987, pp. 4-12; C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico. L'esperienza delle codificazioni*, Cedam, Padova, 2000, pp. 51-61. Per uno studio organico del contributo della canonistica francese, si rinvia al saggio già citato di S. RAPONI, *Il movimento per la codificazione canonica: il dibattito nelle riviste e le compilazioni private in Francia alla fine del XIX secolo*. Per un inquadramento tecnico delle diverse opere ed una valutazione complessiva di quell'esperienza nei paesi europei che l'hanno conosciuta, si veda C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 599-615.

alcuni casi con finalità ricognitiva²²⁷, in altri didattica²²⁸ o didattico-pratico-forense²²⁹, o in due sole ipotesi con l'intenzione precisa di contribuire al progettare una parte del più vasto lavoro di codificazione del diritto canonico²³⁰. Ad essi del resto non può riconoscersi che «una funzione prodromica e propedeutica rispetto al lavoro dei redattori ufficiali»²³¹.

In questo quadro quanto mai variegato, merita di essere ricordato un breve segmento del *Memento Juris Ecclesiastici* di Deshayes. Egli, richiamando negli articoli del suo *Tractatus proemialis* la disciplina tradizionale delle fonti a partire dalla definizione tomista di *lex*, offre uno spunto a proposito della *rationabilitas*, apparentemente marginale ma molto interessante, collocato in relazione al soggetto passivo della legge. Tra i requisiti necessari perché un uomo possa venire assoggettato ad una norma legislativa occorre «cuius conditioni rationabiliter lex sit proportionata»²³². Il linguaggio scelto da Deshayes, associando l'avverbio *rationabiliter* all'aggettivo *proportionata*, marca efficacemente il rafforzamento dell'esigenza di ragionevolezza sia a livello disciplinare, e cioè della proporzione della norma alla condizione soggettiva del destinatario, sia a livello applicativo, e cioè della proporzione dell'azione stessa finalizzata ad esigerne l'osservanza.

Un interesse a tutto tondo verso la categoria della *rationabilitas* emerge significativamente nell'opera di Albert Pillet il quale, nel suo scritto programmatico *De la codification du droit canonique*, il più organico tra quelli coevi, pur imboccando decisamente la via del modello francese, si sofferma sull'importanza della consuetudine quale fonte interpretativa e suppletiva della legge, anche in considerazione della necessità di un'applicazione duttile delle norme stesse.

Egli non solo avverte che non è possibile trasportare nel diritto ecclesiale quanto si è cercato di fare, senza peraltro riuscirvi completamente, nel diritto civile francese e cioè sopprimere del tutto «le droit coutumier»²³³, ma sottolinea con forza l'influsso dei costumi sulle leggi scritte, sulla loro applicazione ed interpretazione²³⁴.

²²⁷ V. E. COLOMIATTI, *Codex iuris pontificii seu canonici*, I, Taurini, 1888.

²²⁸ V. G. DE LUISE, *Codex canonum Ecclesiae*, cit. e F. DESHAYES, *Memento iuris ecclesiastici*, cit.

²²⁹ V. A. PILLET, *Jus canonicum generale*, cit.; E.M. PEZZANI, *Codex Sanctae Catholicae Romanae Ecclesiae*, cit.; J. HOLLWECK, *Die kirchlichen Strafgesetze. Zusammengestellt und Commentirt*, Franz Kirchheim, Mainz, 1899.

²³⁰ V. G. PÉRIES, *Code de procédure canonique dsans les causes matrimoniales*, Paris, 1894, estratto da *Le canoniste contemporain* e J. CADENA Y ELETA, *Proyecto de código procesal canónico*, Imprenta de L. Aguado, Madrid, 1895.

²³¹ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 613.

²³² F. DESHAYES, *Memento juris ecclesiastici*, cit., p. 99.

²³³ A. PILLET, *De la codification du droit canonique*, H. Morel et C., imprimeurs-éditeurs, Lille, 1897, p. 78.

²³⁴ *Ibidem*.

In tale ottica, egli giudica insufficiente l'approccio al tema della *rationabilitas* offerto dalle Decretali: è vero che vi si trovano enunciate «les conditions requises pur que la coutume soit raisonnable, ou plutôt quels sont les cas dans lesquels elle doit être jugée déraisonnable»²³⁵; tuttavia, per averne una «vera cognizione», non si può che ricorrere ai commentatori e ai canonisti, rassegnandosi a «parcourir et étudier de gros et poudreux volumes»²³⁶. Mentre l'«essenziale» da sapere al riguardo potrebbe venir condensato «en deux ou trois pages de petit format, en quinze ou vingt articles, qui énonceraient la doctrine et formuleraient les principes»²³⁷, lasciando ai giuristi il compito, se lo ritengono opportuno, di redigere eventuali ulteriori commentari. In realtà, il suo *Jus canonicum generale distributum in articulos* si limita a proporre, accanto ad una definizione della «lex ecclesiastica», che tende ad una sintesi tra la visione tomista e quella suareziana²³⁸, la formula tradizionale di derivazione isidoriana circa i caratteri della legge implicitamente riconducibili alla sua essenziale *rationabilitas*²³⁹. Quanto al tema della consuetudine, coerentemente con il suo programma, Pillet pone senz'altro in primo piano il requisito della ragionevolezza: «ut consuetudo vim legis habeat, requiritur ut sit rationabilis, constans, ad normam legis inducta, communis et confirmata consensu legislatoris»²⁴⁰. Tuttavia, nella disciplina cruciale della *consuetudo irrationabilis*, egli non va oltre la casistica tradizionale, sintetizzata in un unico articolo, cui peraltro si riduce la trattazione dell'intera problematica²⁴¹.

Nonostante la debolezza della sua proposta concreta in rapporto alle linee programmatiche prospettate nel saggio coevo, di cui si è ampiamente riferito, pare comunque assai significativo che l'autore, forse più sbilanciato a favore di una codificazione moderna, sul modello di quella napoleonica, non solo accusi l'insufficiente elaborazione da parte della ri-

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ Nel paragrafo dedicato alla nozione della legge ecclesiastica, l'art. 26 prevede: «Cum lex sit "Ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata" cum voluntate perpetuo obligandi, lex ecclesiastica definienda est: ordinatio rationis promulgata ab illis qui principes sunt in Ecclesia ad bonum spirituale christianorum, cum voluntate illos perpetuo obligandi», A. PILLET, *Jus canonicum generale distributum in articulos*, Sumptibus P. Lethielleux editoris, Parisiis, 1900, p. 7.

²³⁹ Nella formulazione dell'art. 27 «debet esse lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato modo, sed pro communi civium utilitate conscripta», *ibidem*.

²⁴⁰ *Ivi*, art. 106, p. 22.

²⁴¹ Per l'art. 107 «consuetudo dicitur irrationabilis quando est contra leges naturales aut divinas; quando dirumpit nervum disciplinae ecclesiasticae; quando dat ansam et occasionem peccati; quando agitur de potestate ordinis; quando juridice vocatur corruptela; quando inducit gravamen ecclesiis», *ivi*, pp. 22-23.

flessione canonistica della categoria della *rationabilitas* ma lo faccia in rapporto alla consuetudine. Un atteggiamento che riflette insieme ad un'ultima, sana criticità verso i caratteri tipici del sistema codificatorio, la stima indiscussa, anche in vista dell'inserzione in un contesto formale, irrimediabilmente astratto e generalizzante, del diritto consuetudinario con i suoi connotati essenziali.

Dunque proprio nel passaggio più delicato di questo tornante culturale, quello cioè che vedeva nel cambio da una concezione casistica a una concezione generale della legge una tappa obbligata nel processo di modernizzazione del diritto ecclesiale, riemerge l'urgenza di una comprensione ben fondata della *rationabilitas* canonica.

Del resto il dibattito pubblico sulla codificazione, che si intensifica alla vigilia dei lavori, riflette una acuta consapevolezza delle obiezioni più consistenti, avanzate a suo tempo dalla scuola storica: dalla paralisi del diritto, una volta che esso sia stato codificato, all'irrigidimento della fisionomia stessa della legge, per l'inevitabile prevalere di una concezione letterale, statica e inanimata di essa²⁴².

Sul primo versante, quello della paralisi del diritto, non si dubita che si tratti di obiezioni «sacrosante» ma, come osserva Calisse, «troppo rigida voleva esserne la conseguenza»²⁴³. Infatti, «se del diritto non si può fermare il corso, perché, quando sia tutto chiuso, alza il livello e trabocca»²⁴⁴; «ciò non toglie che non sia, di quando in quando, utile e necessario imporgli una sosta, per raccogliarlo, chiarificarlo, dirigerne la forza secondo che di tempo in tempo chiedono la scienza e la pratica»²⁴⁵.

²⁴² Si vedano sul punto le *Le obiezioni radicali* di Friedberg e Ruffini, i quali sottolineano con forza l'«antinomia strutturale» tra «l'irrigidimento della legge conseguente ad ogni codificazione e i vari istituti diretti a garantire l'elasticità del diritto», C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 621-622. Cfr. E. FRIEDBERG, *Ein neues Gesetzbuch für die katholische Kirche*, in *Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht*, 1908, pp. 1-74 e F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, in *Id.*, *Scritti giuridici minori*, scelti e ordinati da M. FALCO, A.C. JEMOLO, E. RUFFINI, Giuffrè, Milano, 1936, I, pp. 61 ss. Vale la pena riportare alcune delle indimenticabili note di quest'ultimo sulla fisionomia irripetibile del diritto canonico, volte a scongiurarne la codificazione e che rimangono come monito sempre attuale alla consapevolezza del canonista come del giurista laico: «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 modo in cui si è addimostrata tutta la virtuosità del versatile spirito romano (...) La Curia Romana ha portato ad un'eccellenza insuperabile l'arte di dire e di non dire, di proibire insieme e di concedere, di badare a tutti e di dissimulare *temporum ratione habita* (...) 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...», *ivi*, p. 94.

²⁴³ C. CALISSE, *La codificazione del diritto canonico*, cit., p. 350.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ *Ibidem*.

Sul secondo versante, relativo all'irrigidimento nella concezione stessa della legge, invece, si evidenziano le difficoltà più gravi, che non riguardano appunto «i caratteri esteriori o materiali del diritto canonico»²⁴⁶, ma «le qualità sue intime» e l'«ufficio propostogli»²⁴⁷.

Innanzitutto il fatto stesso che «gli dà autorità e fermezza», vale a dire «il doversi tener sempre unito alla morale religiosa»²⁴⁸, non gli consentirebbe «di ridursi tutto a regole rigide, assolute, tali (...) che nell'applicazione non permettano di giudicare con criteri della equità e con la considerazione delle condizioni particolari per i luoghi e per le persone»²⁴⁹.

Il contenuto del diritto canonico si presenta di fatto «più vasto di quello del diritto civile» ed al tempo stesso «meno soggetto alla possibilità di tradursi in prescrizioni assolute»²⁵⁰. Al punto che «quando non siano in pericolo quei principi che la Chiesa tiene come deposito ricevuto da più alta autorità, non s'impone inflessibilmente che tutti debbano per tutto ed in ogni luogo regolarsi ad un modo»²⁵¹: «ciò che qui è vietato, là può essere consentito»; «ciò che oggi è concesso, può in seguito esser tolto»²⁵². E le ragioni sono evidenti: «sia per evitare (...) maggiori danni, sia per aprire all'azione della Chiesa la via più adatta»²⁵³; ma «soprattutto per non deviare mai da quello che più giova ai fini spirituali di cui la Chiesa ha il governo»²⁵⁴.

Di fronte a tali rilievi, largamente condivisi, non solo non viene meno la convergenza sostanziale dei canonisti sul moderno modello di codice ma si diffonde un pensiero che, senza sottovalutare gli inconvenienti dell'operazione, tende, sia pure con diversità di accenti, a difendere le note differenziali del diritto della Chiesa mediante la conservazione di istituti che storicamente ne garantiscono la flessibilità anche nell'ormai imminente processo codificatorio.

In tale ottica, Pezzani, da un lato insiste sull'importanza delle leggi di equità, ignorate dai codici statuali e che invece rappresentano «la perfezione nell'applicazione del diritto naturale divino»²⁵⁵, e dall'altro per ovviare agli inconvenienti derivanti dalla rigidità delle disposizioni codicisti-

²⁴⁶ *Ivi*, p. 351.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ Il suo oggetto infatti è più vasto, «poiché non si ferma ai fatti esteriori dell'uomo, ma giunge a quelli delle coscienze», *ibidem*.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ E.M. PEZZANI, *Pensieri sulla codificazione del diritto canonico*, (estratto da *Il consulente ecclesiastico*, febbraio-marzo 1904), Roma, 1904, p. 10.

che, propone la soluzione tecnica già messa a punto nel suo *Codex Canonum Ecclesiae*: e cioè l'aggiunta nella parte dispositiva di un apparato critico dal quale emerga «lo spirito della legge, ossia il principio generale al quale la legge è informata e che deve applicarsi anche in quei casi che il legislatore non può contemplare»²⁵⁶. Una posizione condivisa dal Sägmüller, che anzi ritiene come il passaggio dalla regolamentazione casistica a quella generale delle leggi permetta di accrescere la responsabilità dei giudici, lasciando loro il potere di decidere quando la fattispecie debba essere ricondotta alla norma generale²⁵⁷.

Pur condividendo tale auspicio, che cioè «il diritto canonico non sia dalla codificazione sottratto, nella sua applicazione, al prudente arbitrio del giudice»²⁵⁸, il Calisse si spinge oltre sia quando richiama l'importanza della consuetudine e sia soprattutto quando coglie la funzione propria delle dispense. Secondo il professore di Pisa, non si può pensare di ricorrervi come al rimedio ordinario per garantire il margine d'azione del giudice: «se vogliono corrispondere alla ragione del proprio essere»²⁵⁹, le dispense debbono invece «rimanere nei limiti dei provvedimenti di eccezione». È piuttosto sulla «formula giuridica» che occorre lavorare, poiché essa, «penetrabile sempre, anche per lieve tocco, dalle ragioni della equità e della convenienza»²⁶⁰, «deve essere generale», vale a dire va concepita come «la veste ordinaria con la quale le norme dei canoni dovranno essere esposte»²⁶¹.

Se per i futuri consultori, Pezzani e Sägmüller, il problema degli effetti collaterali della codificazione andava affrontato e risolto offrendo al giudice uno spazio di lavoro sulla *ratio* delle norme con il conseguente margine di discrezionalità indispensabile per decidere secondo *l'aequitas canonica*; per il Calisse si rendeva comunque necessario entrare nel vivo dei dinamismi normativi restituendo a ciascuno di essi la ragione del proprio essere.

Per garantire la vitalità della legge canonica e dei suoi momenti di flessibilità, il legislatore imboccando la via della codificazione, avrebbe dunque potuto limitarsi a riservare dei margini di discrezionalità al giudice mediante un richiamo, estrinseco ai diversi istituti, dell'*aequitas canonica* ovvero avrebbe potuto anche misurarsi con la fisionomia essenziale delle

²⁵⁶ *Ivi*, p. 15.

²⁵⁷ Più centrato sul carattere formale della codificazione, il Sägmüller, prendendo atto della rottura con la forma tradizionale di tipo casistico, che viene soppiantata nel modello napoleonico da una regolamentazione di principio, rivendica lo spazio, proprio a livello della nuova casistica astratta, per le opportune specificazioni. Cfr. J.B. SÄGMÜLLER, *Die formelle Seite der Neukodifikation*, in *Theologische Quartalschrift*, 1905, pp. 417-418 e C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 625.

²⁵⁸ C. CALISSE, *La codificazione del diritto canonico*, cit., p. 352.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ *Ibidem*.

diverse fonti di diritto, a partire dalle condizioni intrinseche al realizzarsi di ciascuna di esse, come del resto aveva auspicato il Pillet, che vedeva nel codice moderno l'opportunità di chiarire finalmente la consistenza della *rationabilitas*.

3. *Le Normae Generales verso «una legislazione pratica, oggettiva»*

Con il motu proprio *Arduum sane munus* si avvia finalmente il duplice lavoro di cui, a detta dei più, il diritto canonico doveva costituire l'oggetto: «riordinare prima e purificare tanto la materia quanto la forma»²⁶²; ristabilire poi «tra la legislazione ecclesiastica e le condizioni della società quella corrispondenza che i tempi mutati possono avere interrotto»²⁶³. «Lavoro arduo», si disse allora, «l'uno e l'altro»²⁶⁴: il primo senza dubbio per le «difficoltà tecniche e materiali»; il secondo «per ragioni intrinseche», che «toccano o possono toccare i più vitali interessi della Chiesa»²⁶⁵. Tanto che non mancarono pronostici decisamente negativi proprio sotto il profilo tecnico, come quello famoso di Francesco Ruffini, per il quale gli incaricati di elaborare il Codice sarebbero riusciti tutt'al più a compilare «un manuale per parroci e confessori»²⁶⁶. Peraltro, ad uno sguardo retrospettivo, tale giudizio, nella sua durezza, coglieva involontariamente nel segno l'intenzione «pastorale» che spingeva il legislatore supremo ad accettare la tecnica codificatoria, «como instrumento para facilitar el conocimiento del contenido de las leyes y para su más agil y fácil aplicación»²⁶⁷.

Del resto, gli studi sulla codificazione piobenedettina, avvalendosi della documentazione archivistica ormai accessibile, non hanno mancato di evidenziare il rigore tecnico ed il respiro universale dei lavori guidati da Pietro Gasparri: l'effettiva apertura ai *desiderata* dell'episcopato mondiale, che venne consultato capillarmente per ben due volte, all'inizio e nella fase avanzata del processo; la cura di una sana prassi collegiale nell'ambito delle riunioni della Consulta, della Plenaria cardinalizia e della Commissione speciale, che si susseguirono a cadenza regolare per oltre dieci anni,

²⁶² C. CALISSE, *La codificazione del diritto canonico*, cit., p. 346.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ Riguardo ai membri delle commissioni pontificie incaricate di elaborare il codice di diritto canonico, egli commentava sarcasticamente: «ce ne sono alcuni pochi di assai valenti, dal cardinale Cavagnis al padre Wernz della Compagnia di Gesù, (...) or si vegga in che mani Sua Santità ha posto l'allestimento della sua opera!», F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, cit., pp. 87 e 93.

²⁶⁷ P. LOMBARDÍA, *Nuevo derecho canónico. La Iglesia renueva sus leyes*, p. 15.

ed alle quali non mancò l'intervento decisivo del pontefice stesso nelle questioni più delicate via via emergenti²⁶⁸; nonché una diffusa sensibilità agli apporti degli studiosi, che a vario titolo vennero chiamati a dare il loro contributo, totalmente gratuito, nelle diverse fasi dell'opera²⁶⁹.

La codificazione delle norme generali, «utpote fundamentalis ac caeterorum veluti supremo cardo, (...) difficultatis et scopulis plenus»²⁷⁰, ben

²⁶⁸ Si tengano presente le disposizioni essenziali del Regolamento che, come dimostrano le carte della codificazione custodite presso l'Archivio Segreto Vaticano, furono osservate alla lettera nell'intero corso dei lavori: «7° Le singole materie che dovranno costituire il Codice e le loro divisioni formeranno l'oggetto di uno studio preliminare della Consulta e della plenaria Commissione dei Cardinali. 8° Nella compilazione dei canoni od articoli i Consultori dovranno conservare, per quanto è possibile, le parole dei documenti dai quali sono estratti, distinguendole con apposite virgolette, curando allo stesso tempo la brevità e la chiarezza e riportando quei brani che servono per ben apprezzare il lavoro di compilazione, con la indicazione esatta della pagina, volume ed edizione. (...) 10° Se il Consultore giudicherà necessaria od opportuna una modificazione del diritto vigente, redigerà il canone od articolo, indicando che è una modificazione e dandone *brevemente* le ragioni. Egualmente se crederà necessaria od opportuna qualche nuova disposizione. 12° Le Consulte si terranno ogni Domenica, eccetto la terza di ogni mese, alle 9 in Vaticano nella sala delle Congregazioni. 13° Presiederà alle medesime Monsignor Segretario ed in sua assenza il Consultore Decano fra i presenti. Il Presidente avrà uno o due Assistenti; i quali, senza aver diritto al voto, prenderanno nota del parere di ciascun Consultore sopra i singoli articoli; il che servirà per la relazione agli E.mi Cardinali. 14° I Consultori avranno piena libertà di parola, ciascuno alla sua volta; della quale però useranno brevemente ed in special modo per proporre qualche modificazione, soppressione od aggiunta al lavoro che viene discusso. È opportuno che rimettano all'Assistente scritte in poche parole le principali osservazioni. 15° Oltre la plenaria Commissione Cardinalizia, vi sarà una Commissione speciale, composta egualmente di Emi Cardinali, nominati da Sua Santità. 16° La plenaria Commissione è presieduta dal Santo Padre ed in sua assenza dal Cardinal Decano fra i presenti. Sarà convocata da Monsignor Segretario di ordine di Sua Santità. 17° La Commissione speciale si riunirà in Vaticano nella sala delle Congregazioni, alle 9 1/2 ant., la terza Domenica di ogni mese. 18° Il lavoro discusso in Consulta dovrà essere esaminato dalla Commissione speciale, rimanendo chiuso dall'approvazione del Santo Padre. I punti più importanti, specie quelli che includono serie modificazioni od aggiunte al diritto vigente saranno riservati all'esame della plenaria Commissione dei Cardinali», *Regolamento per la Commissione pontificia istituita dal Santo Padre per la codificazione del diritto canonico, 11 aprile 1904*, Typis Poliglottis, Romae, 1904, pp. 3-5, in ASV, *Fondo CIC*, scatola 3. Cfr. le valutazioni sull'effettivo svolgimento dei lavori, sia nel loro ordine che nella modalità di svolgimento, le strutture organizzative, i loro membri ed il loro funzionamento, in C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 691-804.

²⁶⁹ Come esplicitamente richiamato al punto 3° del Regolamento della Commissione, «la cooperazione a quest'opera grandiosa è gratuita». In tale ottica, ai Consultori ed Officiali si sarebbe richiesto di intervenire «a tutte le Consulte, a meno che non ne siano impediti da giusta causa, dandone il tal caso, se possibile previo avviso alla Segreteria della Commissione». I Consultori poi avrebbero dovuto «prestare l'opera loro anche per i lavori speciali che saranno loro assegnati», *Regolamento per la Commissione pontificia istituita dal Santo Padre per la codificazione del diritto canonico, 11 aprile 1904*, Typis Poliglottis, Romae, 1904, p. 2, in ASV, *Fondo CIC*, scatola 3.

²⁷⁰ CODEX IURIS CANONICI, *Titulus I De Constitutionibus. Votum R.mi D.ni Caroli Lombardi consultoris*, Typis Vaticanis, Romae, 1904, (d'ora innanzi *Votum Lombardi*), p. 3, in Archivio Segreto Vaticano (d'ora innanzi ASV), *Fondo Codex Iuris Canonici* (d'ora innanzi *Fondo CIC*), scatola 13.

riflette l'intensità di questo lavoro nella duplicità dei livelli messi a fuoco dalla dottrina più avveduta. Non ci si addentrerà peraltro nell'analisi di ciascuna tappa del processo, che rischierebbe di confondere i termini di una questione trasversale all'elaborazione di ben tre titoli del libro I – *de legibus ecclesiasticis, de consuetudine e de dispensationibus* – quale è la *rationabilitas*. Si privilegerà piuttosto un approccio problematico che consenta di evidenziare i fili di un ragionamento, molto articolato, ma altrettanto coerente nelle linee di fondo, da cui scaturiscono quei tratti della disciplina codificata in qualche misura inerenti la ragionevolezza canonica. Pertanto si procederà a chiarire, in un primo momento, la preoccupazione di metodo che domina la mente dei consultori chiamati ad affrontare queste materie e che si sviluppa con intensità crescente nei dibattiti dedicati alla stesura degli schemi *de legibus ecclesiasticis*, per mettere a fuoco, in un secondo momento, la problematica specifica riguardante la *rationabilitas*, che si rivela cruciale nei lavori sulla consuetudine e viene lambita in qualche misura anche nella tardiva elaborazione dei canoni sulla dispensa.

3.1. «*Omnis definitio periculosa est*»

Dinanzi ad una riforma del diritto canonico di portata epocale, quale si annunciava all'indomani dell'elezione di Pio X, le richieste dell'episcopato, in larga misura favorevole ad una codificazione sul modello di quelle statuali²⁷¹, riflettono una sostanziale continuità con i «postulata ad Concilium Vaticanum directa»²⁷², fin nei dettagli dell'assetto che la nuova legislazione avrebbe dovuto assumere. L'invito a ridurre il corpo normativo alle disposizioni che «ubique necessariae sunt ad procurandam observantiam praeceptorum Evangelii»²⁷³; la diffida a recepire nel nuovo Codice qualsiasi legge «quin clarum et definitum sensum prae se ferat»²⁷⁴; la netta preferenza per un impianto della materia logico e sistematico²⁷⁵, secondo la ripartizione delle Istituzioni, premessi i principi generali sulle

²⁷¹ Così i padri della provincia di Vienne. Nello stesso senso, tra gli altri, il vescovo di Montalbano: «Fiat Codex ad instar Codicis Napoleonici», *Postulata episcoporum in ordinem digesta a B. Klumper consultore*, Typis Vaticanis, Romae, 1905, (d'ora innanzi *Postulata*), pp. 12-13, in ASV, Fondo CIC, scatola 4.

²⁷² Per l'arcivescovo di New Orleans, la Commissione avrebbe dovuto tenere «prae oculis» i *desiderata* manifestati al Vaticano I, *ivi*, p. 7.

²⁷³ In tale ottica, per i vescovi della provincia di Dubuque, «ceterae abrogentur, aut dumtaxat tolerentur tamquam leges locales, ubi circumstantiae postulent», v. *Postulata*, p. 1.

²⁷⁴ Concordano al riguardo i padri olandesi ed il vescovo del Patrimonio di San Pietro, v. *ibidem*.

²⁷⁵ Tale richiesta dei vescovi di Monaco viene ulteriormente esplicitata nell'altra relativa all'impostazione metodologica della riforma: «leges exponantur, methodo codicum iuris civilis hodierni», *ivi*, p. 12.

leggi, le dispense, i privilegi e la consuetudine «ad instar proemii»²⁷⁶; la richiesta di distribuire la disciplina in libri, titoli e capitoli e di redigerla in forma di articoli brevi, chiari ed esatti²⁷⁷, costituiscono indici rivelatori inequivocabili di quanto l'episcopato si attendesse come primo obiettivo dalla riforma. E cioè la benefica ricaduta a livello pastorale della certezza del diritto, che lo snellimento, la chiarezza e la disposizione razionale delle nuove norme avrebbero dovuto finalmente riguadagnare.

In tale ottica, non stupisce che la preoccupazione principale dei vescovi circa la redazione delle norme *De constitutionibus* riguardi proprio la «forma promulgandi» e la definizione precisa dei tempi di *vacatio* delle leggi universali e di quelle particolari²⁷⁸. Una preoccupazione che trova puntuale riscontro nei lavori della Commissione, sin dai primi due *Vota*, di Carlo Lombardi e Augusto Sili, dedicati all'argomento e per l'intera traiettoria dei dibattiti in seno alla Consulta.

Coerentemente con le scelte delle sue *Institutiones*, Lombardi prospetta la sostituzione della rubrica *De constitutionibus* con quella *De legibus et praeceptis* in quanto essa deve occuparsi dei principi generali relativi a tutte le leggi canoniche e non solo a quelle pontificie²⁷⁹. Ma, nella diversa prospettiva della collaborazione all'opera del legislatore, egli ritiene opportuno astenersi da ogni definizione di legge, «tum quia agitur de re notissima, tum quia usque ab exordio optimum videtur quae oculis habere adagium, iuxta quod: *omnis definitio periculosa est*»²⁸⁰. E soprattutto, dichiara di volere evitare «omne verbum, quod indigaret quaestiones agitatae a doctoribus, num promulgatio sit de essentia vel saltem de ratione legis, etc.»²⁸¹. Tutte questioni nelle quali il canonista dell'Apollinare si era addentrato, come si è visto, in modo originale e senza risparmio²⁸²; dalle quali però prende ora le distanze in un'ottica molto pratica: «nam, quidquid doctores disputent, certum est legislatores nolle per leges suas obligare, nisi fuerint promulgatae»²⁸³.

Anche Augusto Sili, pur ritenendo di dover introdurre il tema con una solenne dichiarazione circa la natura della potestà legislativa, suprema e

²⁷⁶ Convengono con i vescovi di Leopoli i padri della provincia di Sens i quali suggeriscono: «in Codice retineatur hic ordo, ut agatur 1° de Prolegomenis, 2° de personis, 3° de rebus, 4° de iudiciis, 5° de poenis; redigatur in articulos, qui clara et praecisa forma legem continent», *ivi*, p. 6.

²⁷⁷ Questa la richiesta dei padri delle province di Lione e di Tours, *ivi*, p. 8.

²⁷⁸ Valga per tutte la richiesta dei padri della provincia di Sens: «determinetur modus quo promulgandae sunt leges ecclesiasticae», *Postulata*, p. 15.

²⁷⁹ V. *Votum Lombardi*, p. 5.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² V. *supra*, § 2.2.

²⁸³ *Votum Lombardi*, p. 5.

indipendente che compete alla Chiesa per diritto divino²⁸⁴ ed una riguardo alla «legis virtus», ovvero alla sua capacità intrinseca di «imperare, vetare, permettere, punire» e dunque di «favere, irritare, inhabilitare»²⁸⁵, non si occupa affatto delle sue qualità essenziali offrendo piuttosto una disciplina dettagliata dei modi di promulgazione e dei tempi di vacanza²⁸⁶.

Il nesso con la definizione tradizionale riaffiora solo in qualche riferimento indiretto: nel contributo di Lombardi, la forza di resistenza passiva all'abrogazione da parte delle costituzioni pontificie, che non ne facciano menzione espressa, appartiene ai soli «statuta rationabilia»²⁸⁷; mentre in entrambi i *Vota*, si riconosce a livello ermeneutico la funzione sussidiaria delle leggi civili a condizione che siano «rationabiles et honestae» per Lombardi²⁸⁸ ed «honestae» per Sili²⁸⁹.

La discussione in seno alla Consulta parziale riflette una sintonia di fondo con l'impostazione pragmatica prospettata nei *Vota*. Una impostazione che si rafforza e si affina nel corso dei lavori lasciando cadere, come si vedrà, le proposte che, in ragione della loro specificità o della loro natura filosofica e dogmatica, mal si prestavano ad integrare una normativa generale ed astratta sul modello dei Codici moderni²⁹⁰.

In linea di massima, i consultori non sembrano insensibili al problema sollevato in prima battuta da Lombardi circa il mutamento della «rubrica del titolo *De constitutionibus* nell'altra *De legibus et praeceptis*» e ripropo-

²⁸⁴ V. CODEX IURIS CANONICI, *Titulus I De Constitutionibus, Votum R.mi D.ni Augusti Sili*, (d'ora innanzi *Votum Sili*), Typis Vaticanis, Romae, 1905, can. 1, p. 4, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

²⁸⁵ *Ivi*, can. 2.

²⁸⁶ Si tratta in particolare dei canoni 4 e 5: «Leges Ecclesiasticae promulgantur eas inserendo in ephemeride officiali Sanctae Sedis; servato tamen, quoad fieri possit, antiquo more proponendi earum apographum ad solita Urbis loca»; «Leges obligare incipiunt Romae postridie, in aliis Italiae locis insulisque adiacentibus post 15 dies, in reliqua Europa post bimestre, extra Europa post trimestre, a dicta promulgatione, nisi aliud in singulis legibus edicatur expresse», *ivi*, pp. 6-7.

²⁸⁷ *Votum Lombardi*, can. VIII, p. 15.

²⁸⁸ «Quamvis leges civiles non nisi ad civilia negocia per se pertinent, attendendae tamen erunt, dummodo rationabiles et honestae, in negociis ecclesiasticis, praeterquamquod in casibus, de quibus expresse cavebitur, quoties vel agatur de re, quae ex civili iure figura et statum capit, vel negocium aliter exactum iuridica practica efficaci sanctione destitueretur, vel casibus analogis neque ex generalibus iuris canonici principiis, ut mox dictum est satis exsolvi valeat», *Ivi*, can. XI § 2, p. 18.

²⁸⁹ «Quoties, vero, casuum similitudo, in lege vel iurisprudencia canonica, desideratur, iudex honestae legis civilis subsidium, haud dignabitur», *Votum Sili*, can. 16, p. 16.

²⁹⁰ Del resto si erano espressi in tal senso anche i vescovi consultati nelle fasi preliminari dei lavori. Merita una specifica menzione il postulato del vescovo di Würzburg: «omittatur ea quae ad alias disciplinas theologicas spectant, uti tractatus dogmatici (...) tractatus morales (...) aliique tractatus pastorales et liturgici (...) Allatis decretis Vaticanis et pluribus Conc. Tridentini ad hierarchiam et constitutionem Ecclesiae pertinentibus, omittantur, quae sunt theoretica et ad historiam ecclesiasticam referuntur», *Postulata*, p. 10.

sto da Gasparri all'inizio dei lavori. Lo si evince dalle criticità che desta l'uso contestuale delle parole *leges* e *constitutiones*; e dalla necessità che si avverte di chiarirne una volta per tutte il senso²⁹¹, marcandone la differenza dall'uso romanistico ed optando infine per l'espressione ritenuta più generale per il diritto canonico, e cioè «leges ecclesiasticae»²⁹². Analogamente la locuzione «Leges et Decreta» prospettata per chiarire meglio quali atti del legislatore andassero promulgati nel «bollettino ufficiale della Santa Sede», si risolve nella formula suggerita dal Wernz e sostenuta dal De Lai «Leges Sedis Apostolicae», in quanto «leges è termine più generale» ed il riferimento alla Sede Apostolica consente di includere tanto le costituzioni pontificie quanto i decreti delle Congregazioni²⁹³.

Non sorprende quindi che, a conclusione dei dibattiti tra i consultori, la plenaria preferisca a larga maggioranza «l'intestazione *De legibus* perché più generale»²⁹⁴. Vi è un'unica voce fuori dal coro, quella del Lega, che manterrebbe la rubrica *De constitutionibus*, «perché *constitutio* è parola che ha significato più estensivo» ed al tempo stesso «è più storica»²⁹⁵.

²⁹¹ Valga per tutte la nota sintetica di De Lai riferita alle proposte di riforma dell'incipit del canone III approvato nella Sessione del 13 novembre 1904 – «Leges et Constitutiones futuris certum est dare forma negotiis, non ad praeterita facta trahi, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur» (Cap. XIII De Const.; Cap. II De Judiciis in Clem.), v. *Canoni approvati nella Sessione del 13 novembre 1904* (dattiloscritto), in ASV, Fondo CIC, scatola 13: «nella proposta redazione si ha prima *Leges ecclesiasticae*, poi *Constitutiones et Decreta*, poi *Leges et Constitutiones*, poi *Leges Ecclesiae*, ecc. Ci vorrebbe un modo unico». In tal modo egli reagiva ai primi rilievi di Giustini, di cui si riferisce nella nota successiva, e soprattutto alla considerazione del Wernz che avrebbe detto «Leges ecclesiasticae» *tout court* «perché è norma generale», v. *Consulta parziale del 27 novembre 1904*, Mgr. Gasparri Presidente, Mgr. Giustini, Mgr. De Lai, Mgr. Melata, Mgr. Sili, Mgr. Lombardi, P. Wernz, P. Bucceroni, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

²⁹² In particolare Giustini osserva che «nel diritto romano si distinguevano le *leges* (prima dell'impero) e le *constitutiones* (leggi imperiali)». L'osservazione di Giustini riguarda sempre il canone sulla irretroattività della legge, il canone III approvato nella Sessione precedente, per il quale «Leges et Constitutiones futuris certum est dare forma negotiis, non ad praeterita facta trahi, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur» (Cap. XIII De Const.; Cap. II De Judiciis in Clem.), e si basa sul fatto che esso riproducendo le parole del Cap. XIII De Const., fa sue quelle della «leg. 7 Cod. De legibus». Dunque la locuzione romanistica, riprodotta in una bozza allo studio, risulta «meno propria» dal punto di vista canonistico. Secondo altri però, «*constitutiones* può rimanere nel diritto canonico ad indicare specificamente le costituzioni pontificie». Cfr. *Canoni approvati nella Sessione del 13 novembre 1904* (dattiloscritto) e *Consulta parziale del 20 novembre 1904*, Mgr. Gasparri Presidente, Mgr. Giustini, Mgr. De Lai, Mgr. Melata, Mgr. Sili, Mgr. Lombardi, P. Wernz, P. Bucceroni, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

²⁹³ V. *Consulta parziale del 4 dicembre 1904*, Mgr. Gasparri Presidente, Mgr. Giustini, Mgr. De Lai, Mgr. Melata, Mgr. Sili, Mgr. Lombardi, P. Wernz, P. Bucceroni, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

²⁹⁴ Si esprimono in questo senso Lepidi, Lugari, Sebastianelli, Pompili, Fernandez, Klumper, Lombardi, Valenzuela, Veccia, Van Rossum «sta per l'intestazione *De legibus ecclesiasticis*», v. *Consulta plenaria del 26 marzo 1905*, Mons. Gasparri Presidente, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

²⁹⁵ *Ibidem*.

Tale motivazione non riesce ad invertire la tendenza prevalente a cambiare l'intitolazione originaria ma ha il pregio di evidenziare la portata della novità voluta dalla maggioranza, che segna, con una cesura storica, un punto di non ritorno nel processo di astrazione dalle categorie tradizionali.

Un processo che implica, a livello sostanziale, la rinuncia alla casistica e, soprattutto, ad ogni esigenza argomentativa, in favore di un'impostazione generale e decisamente pragmatica dei diversi argomenti²⁹⁶.

In tale ottica, i consultori convengono innanzitutto che il canone proposto da Sili sulla «potestas legislativa» della Chiesa in quanto stabilisce «un principio dommatico»²⁹⁷ debba trovare una collocazione più opportuna, o nella costituzione pontificia di promulgazione del *Codex* o nel proemio dello stesso. Anche «la parte dottrinale» dedicata alla «legis virtus» desta qualche perplessità²⁹⁸, proprio per il suo carattere teorico e, con un consenso di massima, viene definitivamente lasciata cadere²⁹⁹.

Quanto alla tematica centrale, relativa all'entrata in vigore della legge, il punto di partenza della discussione resta il lemma di derivazione graziana, riproposto da Lombardi: «Leges canonicae tunc instituuntur, cum promulgantur»³⁰⁰.

Dopo aver convenuto, coerentemente con l'impostazione di cui si è detto, «di fissare un tempo unico, dopo il quale le leggi comincino ad aver vi-

²⁹⁶ Emblematica l'avvertenza di Gasparri, introduttiva alla discussione sui progetti dei canoni relativi al soggetto passivo delle leggi. In tale occasione egli «fa osservare come essendo questa la parte più pratica del titolo, non bisogna fare troppa economia di parole affine di essere chiari», *Consulta parziale del 20 novembre 1904*, cit. E, parallelamente, occorre trattenere le notazioni che accompagnano la discussione sui canoni dedicati all'interpretazione della legge. In particolare il Wernz «lascerebbe pochi canoni, togliendo tutti quelli che sono meramente dottrinali» e De Lai «opina che questi canoni sull'interpretazione debbano essere ridotti quam maxime», *ibidem*.

²⁹⁷ È interessante notare che, secondo i consultori, tale proposta enuncia comunque «un principio di diritto pubblico ecclesiastico, cioè la facoltà di legiferare spettante alla Chiesa, che non sta bene in un Codice privato», *Consulta parziale del 13 novembre 1904*, *Mgr. Gasparri Presidente, Mgr. Giustini, Mgr. De Lai, Mgr. Melata, Mgr. Sili, Mgr. Lombardi, P. Wernz, P. Bucceroni, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

²⁹⁸ Così si esprime il consultore Giustini nella *Consulta parziale del 27 novembre 1904*, *Mgr. Gasparri Presidente, Mgr. Giustini, Mgr. De Lai, Mgr. Melata, Mgr. Sili, Mgr. Lombardi, P. Wernz, P. Bucceroni, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13. Gli altri consultori «convengono generalmente, eccettuato il P. Pio da Langogne, il quale invece insiste perché quella parte sia conservata», *ibidem*. È interessante in proposito l'appunto di Gasparri il quale, nella riunione del 4 dicembre 1904, ricorda che «quanto alle parole "Legis virtus..." (...) alcuni vorrebbero toglierle, perché teoriche, altri vorrebbero lasciarle, perché vere e servono di passaggio. Ma è cosa poco importante», *Consulta parziale del 4 dicembre 1904*, cit.

²⁹⁹ V. *Consulta parziale del 18 dicembre 1904*, *Mons. Gasparri Presidente, Mgr. Giustini, Mgr. De Lai, Mgr. Melata, Mgr. Lombardi, P. Wernz, P. Bucceroni, P. Palmieri, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

³⁰⁰ Il canone I proposto dal canonista dell'Apollinare nella sua integralità era così concepito: «Constitutiones seu leges canonicae tunc instituuntur, quum promulgantur. Ideo nulla ex eis vigorem habere erit censenda, nisi rite fuerit promulgata», *Votum Lombardi*, p. 5.

gore, senza far distinzione né fra le varie leggi (come fa Mons. Lombardi), né fra le varie regioni, (come fa Mons. Sili)»³⁰¹, i consultori si soffermano sul peso del termine «instituantur».

Si tratta di un affondo molto interessante in quanto riflette l'intenzione, dominante all'interno della Consulta, di costruire la disciplina della legge a partire da un punto fermo, difficilmente oppugnabile, e cioè sul suo momento genetico. Viene così in primo piano il carattere essenziale della promulgazione mentre rimane nell'implicito quanto appartiene alla natura intima della legge, innanzitutto il suo essere «ordinatio rationis ad bonum commune». Ora, secondo il Wernz, «benché sacrosanta per Graziano», «la parola *instituantur* è poco esatta, e ha dato luogo a molte discussioni sul suo significato»³⁰²: «bisognerebbe mettere invece *vim exerunt* o *ligare incipiunt*»³⁰³. Bucceroni manifesta qualche perplessità tanto che «riterebbe» il principio graziano, «purché consti il vero significato della parola *instituantur*, cioè non *constituantur*, ma *vim exerunt*»³⁰⁴.

Anche per Gasparri «bisogna intendersi sul significato della parola *instituantur*». Egli peraltro non ha dubbi circa «il senso vero»³⁰⁵: «*instituantur*» equivale a dire «*constituantur, fiunt, ponuntur in esse legis* (...) poiché a suo parere, è certo che la promulgazione sia essenziale alla legge»³⁰⁶. E dunque «potrebbe porsi» direttamente «*constituantur, ponuntur in esse legis*» al fine di «troncare la questione» ed affermare a chiare lettere «che la promulgazione è non solo necessaria ma essenziale»³⁰⁷. Il dibattito però si riaccende grazie all'intervento di Wernz, il quale, coerente-

³⁰¹ *Consulta parziale del 13 novembre 1904*, cit. In tale ottica, resta comunque l'esigenza, ben espressa dal Giustini, di «determinare il giorno esatto in cui le leggi cominciano ad avere vigore». Infatti la frase relativa all'entrata in vigore «nisi post tres menses a dicta promulgatione», «potrebbe dar luogo a molte difficoltà», in quanto «i mesi non sono tutti uguali». Onde «alcune leggi comincerebbero ad avere vigore dopo un tempo più breve, altre dopo un tempo più lungo». Inoltre, «in quella frase non apparisce se deve computarsi o no il giorno della inserzione; ora è assai interessante determinare il giorno esatto in cui le leggi cominciano ad avere vigore». La proposta di dire «in nonagesimo die post eum quo promulgatae fuerunt», che rimarrebbe incluso mentre sarebbe escluso quello della inserzione, non avrà seguito nel *Codex* se non con riguardo alla precisa determinazione del giorno che dà avvio alla *vacatio*, «a die qui Actorum numero appositus est» (can. 9), *Consulta parziale del 20 novembre 1904*, cit.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ *Ibidem*.

³⁰⁴ *Ibidem*.

³⁰⁵ Per Gasparri, «essa può avere tre sensi: 1) *constituantur, fiunt, ponuntur in esse legis*, e questo è il senso vero, poiché a suo parere, è certo che la promulgazione sia essenziale alla legge. 2) *vim exerunt, valent*. Ma questo senso non si può dare nel caso nostro a causa del § 2 di questo canone, ove si stabilisce che le leggi ecclesiastiche *vim suam non exerunt nisi expletis tribus mensibus post diem promulgationis* 3) *vim exerunt in actu primo, vim legis habent; sed cum legislatore possit suspendere effectum legis, in hoc casu, per accidens vim exerunt post tres menses*. Il 1 e il 3 senso coincidono». V. *Consulta parziale del 27 novembre 1904*, cit.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ *Ibidem*.

mente con la sua riflessione dottrinale, solleva un problema ulteriore e cioè «se la promulgazione sia *pars constitutiva o conditio essentialis*»³⁰⁸. Anche perché, se davvero si opta per «constituuntur», a rigor di logica, si deve ammettere che si tratti di «pars constitutiva»³⁰⁹. E dunque, nella perdurante incertezza al riguardo, secondo il canonista della Gregoriana, «bisogna» piuttosto «trovare un'altra parola»³¹⁰. A questo punto «Sili conserverebbe le parole di Graziano o leverebbe tutto»³¹¹. Mentre Lombardi – non senza aver constatato come «di fatto», «perché si abbia una legge», «il Papa vuole che (...) debba essere promulgata»³¹² – «lascerebbe ai Dottori discutere quello che significa *instituuntur*»³¹³.

Peraltro l'ultima parola, destinata ad avere un peso enorme nella successiva attività degli interpreti che, come aveva previsto Lombardi, non hanno cessato di interrogarsi sul punto fino ad oggi³¹⁴, resta quella di Gasparri, per il quale, «pur lasciando come stanno le parole di Graziano»³¹⁵, «il senso di questo canone» è ormai «fissato»³¹⁶: «e cioè *ponuntur in esse, cum promulgantur*»³¹⁷.

Non sorprendono dunque le reazioni di vari esponenti della plenaria, fortemente critici sull'univocità dell'interpretazione stabilita dal Gasparri³¹⁸. Reazioni che vanno dalla richiesta di sostituire la parola «*instituuntur*» con espressioni riferibili piuttosto all'entrata in vigore e all'inizio dell'obbligatorietà che all'essenza della legge fino all'eliminazione *tout court* del canone³¹⁹. Nella stessa direzione si muovono alcuni contributi

³⁰⁸ *Ibidem.* V. *supra*, § 2.2.

³⁰⁹ *Consulta parziale del 27 novembre 1904*, cit.

³¹⁰ *Ibidem.*

³¹¹ *Ibidem.*

³¹² *Ibidem.*

³¹³ *Ibidem.*

³¹⁴ Assai significativo in tal senso l'intervento più recente al riguardo di FRANCESCO COPALMERIO, «*Lex instituitur cum promulgatur*». *Riflessioni sul can. 7 del Codice di diritto canonico*, nel 50° *Colloquio di Diritto canonico, Brescia 8-10 giugno 2015*, in corso di pubblicazione presso *Periodica*, 2015.

³¹⁵ *Consulta parziale del 4 dicembre 1904*, cit.

³¹⁶ *Ibidem.*

³¹⁷ *Ibidem.*

³¹⁸ Per Sebastianelli «se si dà il senso di *ponuntur in esse, fiunt tales*, si esprime un concetto falso» mentre Lepidi redigerebbe il can. 1 nei termini seguenti: «*Leges ecclesiasticae tunc vim habent obligandi cum promulgantur*». Si dichiarano del tutto favorevoli alla redazione approvata dalla Consulta parziale Pompili, il quale ritiene «che si possa lasciare la parola “*instituuntur*” il cui significato è chiaro» e Lombardi che, allineandosi con l'interpretazione del Presidente, a differenza di quanto a suo tempo sostenuto nelle *Institutiones*, «conserverebbe il can. 1, nel quale la parola *instituuntur* significa appunto: *ponuntur in esse, fiunt tales, cum promulgantur*», *Consulta plenaria del 26 marzo 1905*, cit.

³¹⁹ Su questa alternativa, ben esplicitata da Esser, conviene sostanzialmente anche Fernandez, il quale eliminerebbe il canone in questione «perché le leggi ecclesiastiche non dif-

scritti, tra cui merita di essere segnalato per amor di chiarezza quello di Noval il quale afferma: «Can. 1. Lo toglierei perché, oltre ad essere meramente dottrinale, viene a decidere senza necessità, e non so se conforme a verità, la dibattuta questione se la promulgazione è essenza della legge, come indica il canone colla parola *instituuntur*, cioè *in esse legis constituuntur*, ovvero non è che una condizione perché la legge obblighi; se poi la parola *instituuntur* vale quanto *constituuntur in statu obligandi*, esprime una cosa che tutti sanno»³²⁰.

In linea generale, poi, non vi è chi non avverta l'urgenza di «dare un soffio vitale a questo accozzamento di leggi»³²¹ almeno con un «prologo» in cui «dovrebbe parlarvisi brevemente dell'ordine soprannaturale, della Trinità, della creazione, della redenzione, della Chiesa, poi delle leggi, loro base, loro forma ecc.»³²².

Tale urgenza trova un riscontro isolato, ma assai suggestivo, nella proposta scritta di Pietro Benedetti che, riprendendo la definizione classica, azzarda una premessa sostanziale al discusso lemma graziano: «*Lex est ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata. Lex igitur nulla erit nisi honesta, iusta, possibilis, et communitatis utilis. Neque dari potest nisi a moderatoribus iuxta uniuscuiusque propriae communitatis institutionem. Tunc autem ipsa instituitur, cum promulgatur*»³²³. Merita d'essere evidenziato *l'iter* argomentativo, sotteso a questo contributo decisamente fuori dal coro e sommariamente esposto nelle note che lo accompagnano. Il suo autore ritiene infatti che la definizione di per sé «fa capo alla cosa e le dà tono»³²⁴, vale a dire «pone la base al sistema: fissa il concetto della cosa definita e chiude la via a chi sente il prurito d'alterarlo; mostra ragionevoli le disposizioni che seguono»³²⁵. Per questo «il *Ius canonicum* e il civile non sono alieni dal dare le de-

feriscono in ciò da tutte le altre; oppure metterebbe: *tunc obligare incipiunt, cum...*». Mentre Pezzani lo «toglierebbe» e, coerentemente con il pensiero che anima il suo contributo dottrinale – basti ricordarne il can 1: «*Lex ecclesiastica vim habet statim ac a Romano Pontifice promulgata est. Ordinarie sufficit promulgatio Romae, per cancellarium publicum, facta; nisi aliter in lege ipsa cautum sit*», E.M. PEZZANI, *Codex Canonum Ecclesiae*, cit., pp. 5-6 – «nominerebbe subito il legislatore, ponendo al can. 2 «*Leges Romani Pontificis vim habent expletis tribus mensibus post promulgationem in ephemeride officiali, nisi aliud edicatur expresse*»; Klumper lo «sopprimerebbe» *tout court* ed ugualmente Lega ne farebbe del tutto a meno «perché in un Codice non mette nulla in atto», *Consulta plenaria del 26 marzo 1904*, cit.

³²⁰ G. NOVAL, *Osservazioni al progetto del Codex Juris Canonici*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

³²¹ Così si esprime LEPIDI, *Consulta plenaria del 26 marzo 1904*, cit.

³²² *Ibidem*.

³²³ P. BENEDETTI, *Titulus I. De legibus seu de constitutionibus*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

³²⁴ Si è ritenuto di correggere la lettera della nota di Benedetti che scrisse: «fa capo alla cosa e gli dà tono», *ibidem*.

³²⁵ *Ibidem*.

finizioni»³²⁶. E poi «perché non dir nulla delle proprietà delle leggi?»³²⁷. Del resto, «se il codice deve astenersi dalle cose note, poco gli resta da dire»³²⁸.

Tale ultimo richiamo, nella sua marginalità, colpisce nel segno: non vi è dubbio infatti che la definizione sostanziale di legge appartenga nella mentalità dei più al novero delle «cose note». Basti considerare l'andamento complessivo dei lavori che lasciano trapelare, attraverso i pochi segni indiretti cui si è fatto cenno, quanto meno la non estraneità alla *mens legislatoris* dell'essenzialità del richiamo alla *rationabilitas* laddove sia in gioco il riconoscimento da parte dell'ordinamento canonico della natura legislativa di disposizioni che altrimenti ne sarebbero sprovviste – statuti e leggi civili.

A tale ultimo riguardo vale la pena segnalare l'emergere di una certa equiparazione degli attributi *rationabilis*, *honestus* ed *aequus* riferiti alla «dispositio iuris civilis» che si ammetta in via sussidiaria. Infatti, dinanzi alle due proposte dei *Voti*, «*honestus*»/«*rationabilis et honestus*»³²⁹, prevale in seno alla Consulta la tendenza a sostituire *rationabilis*, dapprima con *honestus* e poi con *aequus*³³⁰. Una tendenza che non sembra scaturire dall'idea di un uso fungibile di queste parole quanto dalla preoccupazione, nella «gravissima quaestio de iure canonico supplendo ex civili»³³¹, di focalizzare nell'ampio spettro semantico evocato dal riferimento alla *rationabilitas* i significati più adeguati alla delicatezza della materia e più facilmente comprensibili a livello comparatistico. Assai suggestiva in tal senso è la posizione del Wernz il quale non solo limiterebbe «il ricorso alle leggi civili alle materie riguardanti le cose temporali, per es. contratti, testamenti ecc.» ma scioglierebbe del tutto il riferimento alla *rationabilitas* nella clausola limitativa «*dummodo nihil contineant contra ius divinum et canonicum*»³³². Questa proposta, che apparentemente rinuncia al parametro in

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ V. *supra*.

³³⁰ Sul can. XI di Mons. Lombardi, Melata «metterebbe, poi, in luogo di *rationabilis dispositio iuris civilis*; *honestus dispositio i.c.*», mentre Bucceroni ritiene che «ove manchi la legislazione canonica, debba osservarsi l'*aequa dispositio* del diritto civile del luogo», *Consulta parziale del 27 novembre 1904*, cit.

³³¹ Così nel suo Voto il Lombardi, il quale non si nascondeva come il suo canone in materia figurasse «*ex difficilioribus*», *Votum Lombardi*, pp. 18-19. Anche De Lai conviene: «quanto alle leggi civili, è questione molto grave», *Consulta parziale del 27 novembre 1904*, cit. Nello stesso senso Giustini parla dello «scoglio del diritto civile», *Consulta parziale del 4 dicembre 1904*, cit.

³³² Del resto egli ritiene che «dovrebbe stabilirsi piuttosto la regola inversa, cioè che data la perfezione delle leggi canoniche, le leggi civili possono ammettersi come fonte sussidiaria soltanto in quelle materie, nelle quali il diritto canonico lo ha stabilito espressamente», *Consulta parziale del 20 novembre 1904*, cit. E nella Consulta successiva, torna a ribadire: «quanto alla questione delle leggi civili, essa è questione a parte, che dovrebbe esser piuttosto

questione, in realtà in qualche modo ne esige l'effettiva operatività in quanto ne richiama la dinamica concreta attraverso quel giudizio sostanziale di congruenza con il diritto divino naturale e positivo e con il nerbo della disciplina ecclesiastica cui soggiace ogni norma, a maggior ragione quella di derivazione civile, chiamata ad integrare l'ordinamento canonico³³³.

Gli sviluppi successivi della disciplina, che sono già stati ricostruiti in altra occasione³³⁴, riflettono chiaramente la perplessità della Consulta dinanzi al «non lieve pericolo» segnalato dal Wernz che l'ipotesi di un rinvio generale «ad leges civiles omnium nationum» avrebbe potuto comportare³³⁵. In tale situazione, si ammette una bozza provvisoria in cui figura l'opzione per l'attributo *honestas*³³⁶: un termine che, associato a *justa* in un'endiadi del tutto tradizionale, descrive le condizioni della *rationabilitas* «quoad obiectum» e «quoad modum»³³⁷. Come noto, questo progetto ha vita brevissima e si dovrà attendere il Codice vigente per una soluzione organica in tema di rinvio al diritto degli Stati³³⁸. Resta il valore paradig-

sto rimandata *ad propriam sedem materiae*; si dovrebbe cioè restringerla alle questioni pratiche ove si tratta *de rebus temporalibus*», *Consulta parziale del 27 novembre 1904*, cit. A tale parere accede, in una fase più avanzata del dibattito, anche Giustini, il quale mette a fuoco «due questioni diverse quanto al diritto civile»: «cioè se si debba considerare come *subsidiium* in mancanza del diritto canonico, o quando ci troviamo di fronte a una forma stabilita dal diritto civile, ad es. per i contratti. Della seconda si parlerà a suo luogo; della prima non ne parlerebbe, ma lascerebbe solo i casi analogi e le regole generali del diritto», *Consulta parziale del 18 dicembre 1904*, cit.

³³³ Peraltro, nella fase immediatamente successiva, dinanzi all'orientamento di alcuni, come Palmieri, che manterrebbero il richiamo all'«*honestas dispositio iuris civilis*», egli propone una redazione del seguente tenore: «ubi lex non suppetit, norma desumenda est a consuetudine atque Stylo Ecclesiae et Curiae Romanae, a generalibus iuris regulis vel praxi legitima diocesum finitimarum, vel demum, dum agitur de rebus temporalibus, ab honesta dispositione iuris civilis», *Consulta parziale 4 dicembre 1904*, cit.

³³⁴ Per una sinossi degli schemi via via redatti sino alla plenaria del 26 marzo 1905 e per una ipotesi ricostruttiva della vicenda del rinvio alle leggi civili nella codificazione piobenedettina v. C. MINELLI, *La canonizzazione delle leggi civili e la codificazione postconciliare. Per un approccio canonistico al tema dei rinvii tra ordinamenti (can. 22)*, in *Periodica de re canonica*, 1996, pp. 464-473.

³³⁵ F.X. WERNZ, *Animadversiones in schemate tituli de constitutionibus*, 13 novembre 1904, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

³³⁶ La redazione del Werz, accettata da Bucceroni integralmente e parzialmente da De Lai e Giustini, che toglierebbero *tout court* «l'ultima clausola del diritto civile», viene ammessa da Gasparri compresa «l'ultima parte sul diritto civile, ma in sospeso», *Consulta parziale del 4 dicembre 1904*, cit.

³³⁷ G. MICHIELS, *Normae Generales juris canonici*, vol. I, parte I, Desclée, Parisiis-Tornaci-Romae, 1949, pp. 160-162.

³³⁸ V. C. MINELLI, *La canonizzazione delle leggi civili e la codificazione postconciliare*, cit., pp. 473-487. Per una comprensione adeguata dell'intera tematica, alla luce del diritto vigente, si confrontino almeno J. MIÑAMBRES, *Análisis de la técnica de la remisión a otros ordenamientos jurídicos en el Código del 1983*, in *Jus canonicum*, 1992, pp. 716 ss. e G. BONI, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, Giuffrè, Milano, 1998.

matico della vicenda in cui si riflette un certo impaccio della Consulta nella scelta delle parole chiave, più dovuto alla complessità del problema da risolvere che ad un'assenza di dimestichezza con le categorie sostanziali descrittive della legge canonica: non vi è dubbio, per riprendere l'espressione di Benedetti, che si tratti di «cose note». Tanto note che i vescovi, assai meno preoccupati dei profili teorici, implicati nella riforma, che delle istanze disciplinari divenute urgenti, non rilevano nemmeno la mancanza della definizione sostanziale di legge nelle loro *animadversiones*. Il silenzio del legislatore sul punto non è che il culmine di quella tendenza pragmatica, da cui scaturiscono le *Normae Generales*.

3.2. I luoghi della *rationabilitas*.

L'orientamento pragmatico che si delinea nello studio del titolo *De legibus ecclesiasticis*, e che si affermerà, sia pur con qualche difficoltà, anche nella rielaborazione delle fonti dello *ius singulare*³³⁹, trova nella consuetudine un terreno particolarmente adatto alla verifica della sua reale portata argomentativa. D'altro canto proprio l'assetto che avrebbe assunto il diritto consuetudinario, nell'alveo delle *Normae Generales*, costituisce la vera cartina di tornasole dell'incidenza o meno della *rationabilitas* nello sviluppo normativo in atto e quindi della sua effettiva vitalità nella *mens legislatoris*³⁴⁰.

Tra i temi cruciali che la Commissione codificatrice doveva affrontare la consuetudine gioca un ruolo indubbiamente rilevante. E non poteva essere altrimenti, sia in considerazione della diffidenza verso il diritto consuetudinario, che veniva ormai da decenni annoverato tra le cause principali del dissesto nel quale versava la legislazione ecclesiastica, sia soprattutto per la consapevolezza, corroborata dalla prova storica dei codici statuali, della necessità di una drastica riduzione dello spazio riservato allo *ius non scriptum* per una piena riuscita del processo codificatorio. Insomma, era in larga misura già messo in conto l'inaridimento di questa fonte tra gli effetti del Codice.

³³⁹ V., in proposito C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello «ius singulare»*, cit., pp. 63-158.

³⁴⁰ Vale la pena ricordare in proposito che «custom as indicated by St. Thomas and as taught generally since his time does not infringe upon the prerogative of the legislator to enact law». Infatti «before Gratian some hesitancy was shown in admitting customs contrary to the law because they appeared to be destructive of legislative power but no such hesitancy was shown in admitting customs beyond the law». Del resto «many laws have their origin in customs beyond the law», E dunque «since there is not now any question of the violation of any hierarchical principle in admitting customs both contrary to and beyond the law, it remains only to see how the reasonableness of an act can be incorporated in a custom», E. ROELKER, *The meaning of the term "rationabilis" in the Code of canon law*, in *The Jurist*, 1949, pp. 155-156.

Tali motivi, già presenti nei *postulata episcoporum*, acquistano spessore decisivo nel corso dei lavori stimolando un dibattito molto lucido ed intenso sulle caratteristiche essenziali della consuetudine, ed in particolare sulla *rationabilitas*.

Le richieste provenienti dall'episcopato di un adeguato ridimensionamento della fonte consuetudinaria, mediante una precisa definizione dei tempi necessari per la sua maturazione ed un'adeguata definizione delle condizioni di validità³⁴¹, non sono mai disgiunte dal riconoscimento del suo valore specifico ed irrinunciabile. Emblematico sotto questo profilo è il voto dei padri della provincia di Besançon, i quali conserverebbero senz'altro lo spazio della consuetudine «sauf à préciser davantage ses conditions et les cas dans lesquels on ne doit pas l'appliquer», proprio in considerazione del fatto che «sans ce tempérament du droit coutumier, la loi commune ecclésiastique devient d'une application moralement impossible»³⁴².

Non vi sono dubbi cioè che il diritto consuetudinario vada mantenuto ed in qualche misura favorito³⁴³.

Una simile convinzione ispira anche le fasi preve dedicate alla definizione dell'*ordo materiarum*. Significativa in tal senso è la presa di posizione di chi con una buona dose di realismo si pronuncia a favore del mantenimento del titolo *De consuetudine* «indurre la quale *etiam contra legem* viene dalla debolezza umana, dalla mutazione di circostanze tempi luoghi e persone»³⁴⁴.

Il clima muta sensibilmente nei dibattiti dei consultori impegnati nella

³⁴¹ Il vescovo di Anagni, i padri sardi, olandesi e spagnoli desiderano che «definiatur tempus requisitum aliaque conditiones ut consuetudo fiat iuris (an etiam mala fide possit induci)»; i vescovi di Montalbano e di Tolosa chiedono la definizione delle «conditiones consuetudinis» e delle «materiae in quibus non admittatur». Insomma, come reclamano il vescovi di Bruges e Leopoli, è necessario che «determinentur exactius conditiones, ut consuetudo valeat legem introdurre, reformare vel abrogare», *Postulata*, pp. 18-19.

³⁴² Così si esprimono i padri della provincia di Besançon, nella «seconde section» del testo integrale del loro voto, significativamente intitolata «De quelques modifications à introduire dans la législation de l'Eglise» v. *Notes et Voeux respectueusement présentés au Saint-Siège et à la Commission chargée de la Codification du droit canonique par l'archevêque et nn. ss. les évêques de la province de Besançon*, p. 7, in ASV, Fondo CIC, scatola 83.

³⁴³ V. *Postulata*, p. 19. Nello stesso senso i padri della provincia di Sens, ritengono che «le titre de Consuetudine est à conserver et compléter en ce qui concerne la coutume privilégiée ou immémoriale», *Postulata de l'Archevêque et les Evêques de la Province Ecclésiastique de Sens relativement à la Codification et à la Réforme du Droit canonique*, in ASV, Fondo CIC, scatola 83.

³⁴⁴ ASV, Fondo CIC, scatola 1. Si tratta di un appunto manoscritto a margine di un foglio a stampa relativo all'ordine delle materie che, secondo la ricostruzione di Sans González, andrebbe attribuito al gesuita Mariano De Luca, v., in proposito, M. SANS GONZÁLEZ, *La costumbre en la etapa preparatoria del CIC del 1917*, in *Studia Graziana*, 1998, p. 763. Sull'andamento di queste prime discussioni, relative alla sistematica della consuetudine nel libro I, si rinvia senz'altro a tale ultimo saggio, *ivi*, pp. 762-768.

valutazione di un'eredità giuridica plurisecolare che, nella prospettiva di una codificazione moderna, mostrava, proprio a livello della consuetudine antinomica, il suo nervo scoperto.

Se si considerano i voti di Franz Xaver Wernz e di Domenico Palmieri, ci si rende conto della distanza critica che inequivocabilmente qualifica il loro approccio al tema.

Come già accennato, il Wernz offre alla Consulta un vero e proprio saggio, ben articolato ed in sé completo, sul diritto consuetudinario cui fa seguire la proposta di tre canoni³⁴⁵.

Egli non ha dubbi a riguardo della superiorità del diritto scritto rispetto al diritto consuetudinario, sul quale il primo eccelle per «nobilitate (...) claritate et perspicuitate (...) certitudine iuris, quae in se maximum est bonum in regenda Ecclesia, quemadmodum iuris incertitudo quamplurima habet incommoda»³⁴⁶. E nemmeno circa il fatto che il progetto della Sede Apostolica di promuovere un'effettiva uniformità della disciplina, verrebbe irrimediabilmente frustrato se si lasciasse campo aperto alle consuetudini soprattutto a quelle particolari «contra ius, praeter ius commune»³⁴⁷. In tale ottica, i problemi più gravi derivano dal principio tradizionale per il quale le consuetudini particolari e ragionevoli non possono essere abrogate da una legge contraria posteriore a meno che non ne faccia espressa menzione³⁴⁸. Urge pertanto la massima chiarezza da parte del legislatore nel riprovare in modo assoluto tutte le consuetudini contrarie al diritto divino, naturale e positivo, sia passate che future³⁴⁹, e nell'eliminare «expresse et specialiter» quelle contrarie ai canoni del nuovo codice ovunque introdotte e di fatto esistenti³⁵⁰. Altrimenti la nuova codificazione del diritto canonico si risolverebbe in un tentativo fatalmente «ineffi-

³⁴⁵ Occorre tenere presente che nelle fasi previe, dedicate alla suddivisione delle materie, il canonista della Compagnia di Gesù, contrariamente all'ordine della bozza, avrebbe voluto che la consuetudine venisse trattata dopo la legge ed i rescritti, avendo riguardo alla netta distinzione tra diritto scritto e diritto non scritto, F.X. WERNZ, *Annotazioni*, in ASV, *Fondo CIC*, scatola 1. Il suo *Votum De Consuetudine*, premettendo coerentemente analoghe valutazioni circa l'ordine delle materie – «Porro ratio scientiae canonicae exigit, ut ad instar locorum theologicorum ab initio disputetur de *fontibus* iuris canonici. Cum autem summopere expediat, ut idem sit ordo codicis iuris canonici atque scientiae canonicae, ordo ille vere logicus et scientificus etiam in codificatione iuris canonici videtur esse retinendus» (p. 1) – si articola in quattro paragrafi: «§ 1 *De vi et ambitu iuris consuetudinarii*» (pp. 4-7); «§ 2 *De historia iuris consuetudinarii*» (pp. 7-9); «§ 3 *De disciplina hucusque vigente circa ius consuetudinarium*»; «§ 4 *De schemate tituli de consuetudine novo codice iuris canonici inserendi*» (pp. 15-18), *Codex Iuris Canonici, Titulus II De Consuetudine, Votum R.mi P. Francisci Xav. Wernz*, Romae, Typis Vaticanis, 1904, (d'ora innanzi *Votum Wernz*), in ASV, *Fondo CIC*, scatola 13.

³⁴⁶ *Votum Wernz*, p. 15.

³⁴⁷ *Ivi*, p. 16.

³⁴⁸ *Ivi*, p. 8.

³⁴⁹ *Ivi*, p. 17.

³⁵⁰ *Ibidem*.

cax atque inanis»³⁵¹ al raggiungimento di dei suoi stessi obiettivi. Pertanto egli ritiene indispensabile stabilire una norma generale sul valore delle consuetudini già introdotte e su quelle che lo saranno in futuro³⁵². Quanto alle consuetudini *praeter ius* legittimamente introdotte e non contrarie alle nuove norme, non pare necessario abrogarle del tutto³⁵³. Tuttavia, secondo il Wernz, occorre valutare seriamente l'opportunità di porvi un freno per il futuro «ut etiamsi rationabiles et longaevae», in modo che non ottengano forza di legge se non in virtù di un consenso del legislatore speciale ed esplicito³⁵⁴. Sulle consuetudini *secundum ius, nulla quaestio*, data la permanente attualità ed efficacia dell'antichissimo adagio «consuetudo est optima legum interpretis»³⁵⁵. In questo quadro, come si evince chiaramente dal tenore dei canoni allegati, il canonista della Gregoriana non vede altra possibilità che un lavoro centrato su quel carattere della consuetudine così essenziale da determinarne l'intrinseca forza giuridica, e cioè sulle condizioni della sua *rationabilitas*³⁵⁶.

Nella medesima direzione ma, se possibile, con maggior esplicitzza e determinazione, si spinge il Voto di Domenico Palmieri che si articola in una duplice proposta.

La prima più radicale abolirebbe del tutto le consuetudini *contra ius* e *praeter ius*³⁵⁷.

La ragione è chiara: in primo luogo il diritto consuetudinario è di per sé incerto³⁵⁸, fonte costante di dubbi e controversie ed è del tutto sconve-

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² V. *ibidem*.

³⁵³ V. *ibidem*.

³⁵⁴ *Ivi*, p. 18.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ Meritano pertanto d'essere qui riportati i tre canoni che il Wernz correda di un dettagliato apparato critico, che riporta le fonti essenziali ad identificare le consuetudini manifestamente *irrationabiles*: «1°. Consuetudines quaecumque, inductae vel inducendae, etiam immemoriales, quae sunt *contra* ius divinum, sive naturale sive positivum, vel in iure expresse notantur tanquam abusus sive corruptelae, vel disrumpunt nervum ecclesiasticae disciplinae, vel dant occasionem peccati, vel inaniter conferunt potestatem ordinis, vel imponunt gravamen Ecclesiae, vel canonibus (novi) codicis iuris canonici sunt contrariae, penitus reprobantur, prohibentur, irritantur»; «2°. Consuetudines quoque in se rationabiles, longo etiam immemoriali tempore *contra* statuta canonica sive universalis sive particularia in posterum non amplius quovis modo induci possunt, nisi a Superiore ecclesiastico expresse, specialiter fuerint approbatae»; «3°. Consuetudines *praeter ius* sive universales sive particulares licet fuerint rationabiles et longaevae atque adeo immemoriales, futuro tempore non iam vim legum obtinere possunt, nisi similiter a competente Superiore ecclesiastico expresse, specialiter scriptoque fuerint approbatae», *ivi*, pp. 19-20.

³⁵⁷ V. CODEX IURIS CANONICI, *Titulus II De Consuetudine, Votum Rmi P. Dominici Palmieri consultoris*, Typis Vaticanis, Romae, 1904, (d'ora innanzi *Votum Palmieri*), p. 3, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

³⁵⁸ Infatti, «eius sane probatio (...) est difficillima et (...) paene impossibilis», v. *ibidem*.

niente che le comunità cristiane si reggano «incertis iuribus»³⁵⁹; in secondo luogo, a differenza del diritto romano in cui la «vis consuetudinis» trae origine dal fatto che l'«autorità di stabilire la legge» apparteneva in ultima istanza al «popolo»³⁶⁰, nella Chiesa la *potesta regendi* «non a populum ascendit ad pastores, sed a Christo dimanat in primum pastorem et ab hoc in ceteros»³⁶¹ ed al popolo non resta che l'«obbligo di obbedire»³⁶². In tale ottica, la Chiesa non ha fatto altro che conservare «quod usu receptum invenit, non quia id constitutio eius postularet, sed quia noluit moribus iam receptis et per se indifferentibus adversari»³⁶³.

Pertanto, Palmieri, manterrebbe il solo riferimento al valore ermeneutico della consuetudine, in quanto «optima interpret legum», risolvendolo in un unico canone da aggiungere al titolo *De Constitutionibus*³⁶⁴.

Tuttavia egli non si nasconde l'alta probabilità di insuccesso di una proposta tanto ardita, avendo ben presente la *ratio* che, nell'opinione dei più, suggerirebbe invece di preservare integra la dignità storica del diritto consuetudinario. E cioè la sollecitudine della Chiesa diffusa in mezzo a popoli, «quorum mores diversissimi sunt» e «qui latere possunt legislatorem»³⁶⁵, si spinge fino a concedere loro «ut si quae leges eorum moribus non congruant ut nonnisi aegerrime servari possint, per desuetudinem, ipso consentiente legislatore, desinant, et per contrariam consuetudinem aliae inducantur»³⁶⁶. In tale prospettiva, egli presenta pochi canoni a partire dall'«evidenza»³⁶⁷, e dunque della palese riconoscibilità, in una consuetudine, che si reputi dotata di forza giuridica o destinata ad ottenerla, della sua effettiva *rationabilitas*.

La condizione essenziale per l'efficacia della *consuetudo contra legem* viene espressa in modo netto e asciutto: «consuetudo contra legem pro lege suscipitur, si sit rationabilis et legitime praescripta»³⁶⁸.

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ *Ivi*, pp. 3-4.

³⁶² *Ivi*, p. 4.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ È interessante la redazione proposta, che esclude qualsiasi interferenza alla piena efficacia della *lex scripta*: «Nihil habeat vim legis nisi quod auctoritate eorum qui regunt constitutum est, nullaque lex abrogata censeatur, nisi per aliam legem eidem oppositam. Consuetudini tamen vis reliqua maneat interpretandi leges», *ibidem*.

³⁶⁵ *Ivi*, p. 5.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ Per tre volte, nel corso della sua esposizione, Palmieri si appella a questo criterio elementare. La totale inefficacia della consuetudine, «contra ius naturale ac divinum», «res est evidens», come pure «res est evidens» l'irrilevanza del decorso del tempo per la consuetudine approvata espressamente o tacitamente dal legislatore. Mentre discende «ex natura rei» il fatto che «etsi lex prohibeat aliquam consuetudinem induci fieri tamen potest, ut, mutatis circumstantiis, nova consuetudo contra eam legem praevaleat» *ivi*, pp. 7, 10 e 12.

³⁶⁸ *Ivi*, p. 7.

Se l'*irrationabilitas* della consuetudine contro il diritto naturale e divino di per sé «res evidens est»³⁶⁹, quella della consuetudine contro il diritto umano si documenta in un elenco dettagliato dal quale risulti inequivocabilmente il suo carattere irragionevole tanto che «et potius corruptela appellanda est»³⁷⁰: si tratta dei casi, ben noti ai consultori, in cui attraverso di essa «nervus rumpitur disciplinae ecclesiasticae, (...) adversatur libertati et immunitati Ecclesiae, quae viam sternit pravis moribus vel impedit correctionem morum, (...) grave damnum infert ecclesiis aut personis ecclesiasticis»³⁷¹ ovvero essa stessa «tanquam irrationalis a lege traducitur, seu sacris adversa institutis»³⁷².

Le conseguenze a livello disciplinare sono rilevanti.

La regola del tutto «evidente» per cui l'approvazione espressa o tacita del legislatore libera dall'osservanza dei tempi prescritti ai fini della validità della consuetudine non vale per quella irragionevole che è sempre priva di vigore anche nel caso in cui il legislatore, pur conoscendola, per qualunque motivo contingente, non renda noto il suo dissenso³⁷³.

Analogamente la clausola «non obstante quacumque consuetudine» non prevale sulla consuetudine particolare «quae sit rationabilis» né la proibizione della legge impedisce che «mutatis circumstantiis, nova consuetudo contra eam legem praevaleat»³⁷⁴: il che discende «ex natura rei», in quanto «consuetudo, dummodo rationabilis sit, quamlibet legem abrogare possit»³⁷⁵.

Insomma, come sottolinea Palmieri, il solo principio che sorregge il diritto consuetudinario, ovvero la «ratio cur consuetudini a legislatore ius tribuatur»³⁷⁶, altro non è che l'«utilitas Ecclesiae ac populorum salus, quae pariter est ratio condendarum legum»³⁷⁷. Ne discende che il perno della disciplina *De Consuetudine* dovrà necessariamente ruotare attorno alla nota della *rationabilitas* seguendone il dinamismo in rapporto al mutamento delle circostanze di tempo e di luogo.

La complessità dei problemi sollevati nei *Vota* innesca un dibattito intensissimo all'interno della Consulta, che peraltro ha già destato un certo interesse presso gli studiosi³⁷⁸.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ *Ivi*, pp. 7-8.

³⁷¹ *Ivi*, p. 8.

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ *Ivi*, pp. 8-9.

³⁷⁴ *Ivi*, pp. 11-12.

³⁷⁵ *Ivi*, p. 12.

³⁷⁶ *Ivi*, p. 13.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ Cfr., in proposito, M. SANS GONZÁLEZ, *La costumbre en la etapa preparatoria del CIC de 1917*, cit., pp. 774-777; G. FELICIANI, *La consuetudine nella codificazione del 1917*, in *Ius Ecclesiae*, 2007, pp. 333-346 ed ora anche in G. FELICIANI, *Le pietre, il ponte e l'arco. Scritti scelti*, cit., pp. 24-27.

Ci si limiterà a seguire il ragionamento dei consultori intorno al tema che qui interessa, non senza avere accennato per sommi capi al delinearsi nel corso della discussione di un orientamento di fondo, a livello argomentativo e dunque trasversale alle diverse proposte di soluzioni tecniche, destinato ad incidere profondamente sulla percezione successiva della *rationabilitas*.

Dinanzi alla questione pregiudiziale «se cioè debba mantenersi o no la consuetudine *contra ius*»³⁷⁹ la Consulta si divide a metà, tra chi «si dichiara favorevole all'abolizione» *tout court* e chi «opina (...) debba essere ritenuta entro certi limiti»³⁸⁰. L'argomento forte a favore dell'abolizione risulta difficilmente confutabile: lasciare aperto «l'adito della consuetudine contro il nuovo Codice»³⁸¹ significava, come già paventato nei *Vota*, esporre al fallimento dell'obiettivo principale della riforma, rinunciando di fatto all'uniformità della disciplina.

Il timore tutt'altro che infondato di fare «un buco nell'acqua»³⁸², deve però fare i conti non solo con la natura della società ecclesiastica ma anche con quella del fenomeno consuetudinario.

Da un lato, l'esempio, indicato da Pio da Langogne, del Codice Napoleonico, «il quale, nonostante la diversità delle varie regioni, abolì la consuetudine nella Francia, che per secoli aveva vissuto col diritto consuetudinario»³⁸³, mal si attaglia alla realtà della Chiesa in cui non solo «ha tanta forza la tradizione»³⁸⁴ ma, come rileva Lombardi, proprio «per la sua natura di società universale», sarebbe «assurdo voler imporre una legge uguale per tutti»³⁸⁵.

Dall'altro, la replica di Giustini che il legislatore particolare può derogare al diritto comune «per iscritto, senza lasciare il campo aperto alle consuetudini»³⁸⁶ sottovaluta la dinamica «irresistibile» del fenomeno consuetudinario³⁸⁷. Infatti, come osserva Bucceroni, abolire la consuetudine *contra ius* è sì «teoricamente buono», «ma praticamente impossibile»³⁸⁸: bisognerebbe fermare nel suo punto sorgivo il flusso da cui scaturisce l'intera esperienza giuridica. Conviene piuttosto regolarla: infatti, secondo

³⁷⁹ Così viene introdotta la discussione dal Presidente nella *Consulta parziale del 18 dicembre 1904*, cit.

³⁸⁰ Si tratta della valutazione conclusiva della seduta da parte di Gasparri, *ibidem*.

³⁸¹ Così il Giustini, *ibidem*.

³⁸² Tanto temeva Pio da Langogne, *ibidem*.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ Così De Lai, *Consulta parziale del 18 dicembre 1904*, cit.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ In questi termini, assai suggestivi, si esprime Melata, *ibidem*.

³⁸⁸ *Ibidem*.

De Lai, «circondando la consuetudine *contra ius* di tutte le opportune clausole e limitazioni, si impedisce facilmente che del (...) Codice si faccia *tabula rasa* in poco tempo»³⁸⁹.

In tale ottica, Gasparri prende le mosse dal «sillogismo» sul quale «riposa», «il valore» di ogni legittima consuetudine antinomica³⁹⁰, con l'intento però di chiarire i principi comuni alle consuetudini *contra* e *praeter legem*.

Il punto di partenza è dunque il seguente: «il legislatore vuole che la consuetudine, rivestita di determinate qualità, abroghi la legge. Atqui in casu la consuetudine è rivestita di quelle qualità. Ergo abroga la legge»³⁹¹. La premessa maggiore si basa sulla volontà del legislatore; quella minore sulle qualità cui si dirige la medesima volontà. In mancanza di esse quindi il *consensus legislatoris* resterebbe privo del suo oggetto.

Quanto al *consensus legislatoris* dev'essere chiaro che soltanto attraverso di esso la consuetudine ottiene vera e propria forza di legge. E dunque pare opportuno sostituire la locuzione «vis iuridica»³⁹² con quella «vis legis»³⁹³, che richiama più direttamente l'effetto del medesimo consenso, per il quale appunto la consuetudine, provvista delle «debite qualità»³⁹⁴, «deroga alla legge»³⁹⁵.

Quanto alle «debite qualità», il Presidente ritiene senz'altro si debba «esaminare» con particolare attenzione «la consuetudine *contra ius*». In essa infatti è possibile cogliere i connotati essenziali dell'intero fenomeno consuetudinario, secondo tutta la loro portata e nel loro dinamismo «irresistibile»³⁹⁶.

Pertanto egli prenderebbe le mosse dalle disposizioni di Gregorio IX, il quale, «troncando tutte le antiche questioni»³⁹⁷, stabilì che «nessuna con-

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ *Consulta parziale del 22 dicembre 1904, Mons. Gasparri Presidente, Mgr. Giustini, Mgr. De Lai, Mgr. Melata, P. Wernz, P. Buceroni, P. Palmieri, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² *Consulta parziale del 26 dicembre 1904, Mons. Gasparri Presidente, Mgr. Giustini, Mgr. De Lai, Mgr. Melata, Mgr. Lombardi, P. Wernz, P. Buceroni, P. Palmieri, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13. Tale è l'opinione del Wernz che, trovando positivo riscontro all'interno della Consulta segnerà, come si avrà modo di apprezzare nel prosieguo del lavoro, anche la legislazione latina postconciliare, v. *infra*, cap. II, § 3.2. Da questa concezione prenderà invece decisamente le distanze la Commissione per la codificazione del diritto delle Chiese Orientali, v. *infra*, cap. III, § 3.2.

³⁹³ Secondo Wernz, infatti, «si tratta non di diritto subiettivo, ma di consuetudine che ha forza di legge», *ibidem*.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ *Ibidem*.

³⁹⁶ V. *supra*.

³⁹⁷ *Consulta parziale del 26 dicembre 1904, cit.*

suetudine poteva derogare al diritto naturale, ma poteva derogare bensì al diritto positivo umano, purché essa fosse ragionevole e legittimamente prescritta»³⁹⁸.

Riguardo al carattere «rationabilis», Gasparri non ha dubbi: poiché «tutte le formule in cui si enumerano i casi in cui la consuetudine è irragionevole si possono ridurre ad una riprovazione»³⁹⁹ la questione da dirimere è una sola e cioè se «adoperare la frase generale in *iure reprobata* oppure annoverare i singoli casi»⁴⁰⁰.

Un simile approccio però si rivela da subito fortemente limitativo.

La formula proposta dal Presidente della Commissione, soprattutto se si guarda al crinale sottile che corre tra riprovazione e proibizione⁴⁰¹, ed al dato di fatto che, con il decorso del tempo, «molte cose (...) dette *corruptelae* e *reprobatae*, possono *mutatis circumstantiis* cessare di esserlo»⁴⁰², risulta all'evidenza «equivoca»⁴⁰³ in quanto, paradossalmente, a seconda del punto di vista, «è insufficiente» o «vuole troppo»⁴⁰⁴.

Ora sul primo problema, si ritiene, in linea generale, che «nella proibizione vi è negazione del consenso, mentre nella riprovazione, oltre alla negazione del consenso, vi è anche la dichiarazione di irragionevolezza»⁴⁰⁵ e dunque, se si intendesse equiparare proibizione e riprovazione in riferimento alla *rationabilitas*, si potrebbe dire, secondo Gasparri, «rationabilis praesumitur (consuetudo) si non est reprobata aut prohibita in iure»⁴⁰⁶.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

⁴⁰¹ A tale proposito Wernz osserva come «nel diritto abbiamo talvolta una semplice proibizione delle future consuetudini contrarie alla legge e non la riprovazione» e quindi «anche ciò deve essere meglio espresso», *ibidem*.

⁴⁰² Tale notazione cruciale si deve a Gaetano De Lai, *ibidem*.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ Così sempre De Lai, mentre Wernz, dal canto suo, «stima che la frase *reprobata in iure* non sia abbastanza comprensiva». *Ibidem*.

⁴⁰⁵ Una precisazione dovuta a Sili che permette, come si vedrà, un avanzamento importante nel dibattito, *ibidem*.

⁴⁰⁶ *Ibidem*. È bene tenere in considerazione le diverse varianti proposte nei dattiloscritti, verosimilmente distribuiti ai Consultori, tra una seduta e l'altra, in quanto documentano l'evolversi del dibattito. Così tra la Consulta parziale del 22 dicembre e quella del 26 dicembre si rinvergono le seguenti redazioni dattiloscritte del canone qui considerato: «Can. III. Juri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest aliquatenus derogare; sed neque juri ecclesiastico praeiudicium generat, nisi fuerit rationabilis et legitime praescripta. I. Rationabilis praesumitur [est] si non est in iure canonico reprobata [aut prohibita]; simplex autem revocatio [aut prohibitio] supprimit existentes consuetudines, etiam immemorales, dummodo de his expressa mentio facta fuerit, sed non impedit quominus nova introduci queat. II. Est legitime praescripta, si continuata fuerit saltem per quadraginta annos frequentibus, publicis, liberis, non interruptis actibus majoris communitatis partis», *Titulus II. De Consuetudine*, dattiloscritto, in ASV, Fondo CIC, scatola 13; «Can. IV. Consuetudo juri positivo ecclesiastico praeiudicium generare potest, si fuerit rationabilis et legitime prae-

D'altro canto, come egli sottolinea, non si può trascurare la differenza tra proibizione e riprovazione. Mentre «in fondo la proibizione delle contrarie consuetudini future è inerente a qualunque legge»⁴⁰⁷ ed il legislatore talvolta «la pone *ad abundantiam*, come un mezzo per inculcare sempre più l'osservanza della legge data»⁴⁰⁸; «la riprovazione equivale a dichiarazione di irragionevolezza e finché essa dura si presume sempre che la consuetudine sia e rimanga irragionevole»⁴⁰⁹. Dunque, «nella riprovazione la consuetudine contraria è proibita ed irritata»⁴¹⁰; e di conseguenza «la negazione del consenso da parte del legislatore è tale che le toglie la forza di abrogare la legge»⁴¹¹. Il che non si verifica nella semplice proibizione, «la quale non esclude il consenso legale»⁴¹².

In tale contesto teorico, del tutto coerente, il Presidente della Commissione è però costretto a riconoscere la consistenza del secondo problema, relativo alla possibilità che, «mutatis circumstantiis»⁴¹³, la consuetudine cessi di essere irragionevole. Una possibilità remota finché si vuole, ma tanto reale da meritare costante attenzione nella tradizione canonistica e nella prassi ecclesiale, come ben documentano i rilievi emersi nelle fasi previe al processo di codificazione vero e proprio⁴¹⁴. Dinanzi ad una simile eventualità, egli, pur senza cambiare registro, deve distinguere tra riprovazione «intrinseca», nel qual caso «è inevitabile e non può cessare»⁴¹⁵, e «riprovazione non intrinseca ma voluta dal legislatore»⁴¹⁶, ed al-

scripta. I. Rationabilis praesumitur, si non est reprobata in iure, nec similis reprobatis. II. Legitime autem praescripta, si continuata fuerit saltem per decennium frequentibus, liberis non interruptis moribus maioris communitatis partis cum scientia legis. III. Simplex consuetudinis revocatio supprimit existentem consuetudinem, etiam immemoriam, dummodo de hac expresse mentio facta fuerit. IV. At non impedit quominus nova consuetudo introduci possit»; *Titulus II. De Consuetudine, [altra redazione secondo il diritto vigente]*, dattiloscritto, *ibidem*; «Can. III Iuri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest aliquatenus derogare; sed nec iuri ecclesiastico praeiudicium generat, nisi fuerit rationabilis et legitime praescripta. I. Rationabilis praesumitur si non fuerit in iure reprobata; sola autem abrogatio consuetudinis praeterita aut simplex prohibitio consuetudinis futurae eius rationabilitatem per se non excludit. II. Censetur legitime praescripta, si continuata fuerit saltem per 40 annos frequentibus, uniformibus, non interruptis, liberis actibus maioris partis communitatis; sed contra legem quae clausulam continet, futuras consuetudines prohibentem, sola praescribere potest consuetudo centenaria aut immemorialis», *Titulus II. De Consuetudine [altra redazione]*, dattiloscritto, *ibidem*.

⁴⁰⁷ *Consulta parziale del 26 dicembre 1904*, cit.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ *Ibidem*.

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ *V. supra*.

⁴¹⁴ *V. supra*, §§ 1, 2.1., 2.2.

⁴¹⁵ *Consulta parziale del 26 dicembre 1904*, cit.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

lora può cessare al mutare delle circostanze. In ogni caso, egli avverte che «sebbene possa accadere, e sia di fatto accaduto, che sia cessata la riprovazione, *mutatis circumstantiis*», non si deve parlare nel Codice «di questa eventualità»: basta fissare il concetto che «una consuetudine non possa procedere, se *reprobata in iure*, perché irragionevole»⁴¹⁷.

A questo livello si accende una discussione tra De Lai, Wernz e Gasparri, nella quale viene a galla il vero nodo da sciogliere.

Secondo De Lai, in luogo della «formula generica *reprobata in iure*», ne occorrerebbe una più specifica, che si riferisca in modo inequivoco alla «riprovazione per così dire *oggettiva*, cioè per malizia intrinseca»⁴¹⁸ la sola rilevante nel contesto allo studio e non anche a quella «soggettiva, cioè per volontà del legislatore»⁴¹⁹.

Ma è il Wernz a colpire nel segno il problema di fondo che l'impostazione del Presidente vuole ignorare. Il canonista della Gregoriana «non approva la definizione della *consuetudo rationabilis* proposta»⁴²⁰ non solo «perché è definizione meramente negativa»⁴²¹ ma anche perché «non è nemmeno esatta»⁴²²: infatti «un costume può essere molto *irrationabilis* e non essere riprovato *in iure*»⁴²³.

A questa obiezione radicale, che rivela una precisa opzione di metodo da parte del Wernz, preoccupato forse più di altri di contenere entro limiti ben definiti il fenomeno consuetudinario, ma altrettanto determinato a farlo senza tradirne la fisionomia essenziale, Gasparri risponde ancora una volta attaccandosi alla lettera della sua proposta. E cioè l'obiezione del Wernz sarebbe rilevante se si dicesse «*rationabilis est*»⁴²⁴, ma poiché vi si dice «*praesumitur*»⁴²⁵, «la definizione è esatta»⁴²⁶ in quanto «comprende due punti»⁴²⁷: «1. se una consuetudine è riprovata, *praesumitur* che sia e rimanga *irrationabilis*; 2. se non è *reprobata in iure praesumitur* che sia ragionevole»⁴²⁸.

In questa malcelata disparità argomentativa, al Wernz non rimane che fare appello all'evidenza, come del resto aveva fatto Palmieri nel suo Voto.

⁴¹⁷ *Ibidem.*

⁴¹⁸ *Ibidem.*

⁴¹⁹ Quest'ultima infatti «*mutatis circumstantiis* può cessare», *ibidem.*

⁴²⁰ *Ibidem.*

⁴²¹ *Ibidem.*

⁴²² *Ibidem.*

⁴²³ *Ibidem.*

⁴²⁴ *Ibidem.*

⁴²⁵ *Ibidem.*

⁴²⁶ *Ibidem.*

⁴²⁷ *Ibidem.*

⁴²⁸ *Ibidem.*

Egli dunque «metterebbe solo *rationabilis*, senza dare alcuna definizione»⁴²⁹, così da lasciare «tale compito alla scuola»⁴³⁰: «ognuno del resto capisce quando la consuetudine è ragionevole»⁴³¹.

Benché De Lai sia del medesimo avviso, la discussione prosegue senza lasciare intravedere l'ipotesi di una soluzione condivisa nella sostanza e non solo nella forma.

Infatti Gasparri, riepilogando lo *status quaestionis*, non esita ad affermare che la nozione di *rationabilitas* così come è stata proposta – «*rationabilis praesumitur, si non fuerit in iure canonico reprobata*»⁴³² – sia quella «vera»⁴³³.

Un'affermazione perentoria che, analogamente a quanto era accaduto a proposito del termine «*instituuntur*» nel canone introduttivo *De legibus ecclesiasticis*⁴³⁴, sembra voler sbarrare la strada all'avventura interpretativa sulla quale invece puntava il maestro della Gregoriana a partire dalla certezza dell'evidente riconoscibilità nell'esperienza giuridica della *rationabilitas* o meno di una consuetudine.

Non sorprende che a questo punto si rinsaldi l'orientamento contrario all'impostazione gasparriana.

Alle obiezioni già emerse si affianca il rilievo centrale di Giustini, per il quale «la riprovazione o meno di una consuetudine è bensì uno degli indizi, e magari l'indizio più pratico e sicuro della sua ragionevolezza o irragionevolezza, ma non è la causa efficiente della *rationabilitas*, non è ciò che costituisce la ragionevolezza *formaliter*»⁴³⁵. Si noti che l'avverbio *formaliter* indica qui la forma intrinseca, l'essenza propria della categoria in esame.

E mentre De Lai ribadisce il suo dissenso al «fare criterio della ragio-

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ *Ibidem*.

⁴³¹ Pertanto, secondo il canonista della Gregoriana, *rebus sic stantibus*, «la sola controversia esistente» rimarrebbe «quella riguardante il tempo», *ibidem*.

⁴³² *Consulta parziale del 29 dicembre 1904, Mons. Gasparri Presidente, Mgr. Giustini, Mgr. De Lai, Mgr. Lombardi, P. Wernz, P. Bucceroni, P. Palmieri, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

⁴³³ Egli riprende più distesamente la sua argomentazione circa la comprensività della proposizione «*rationabilis praesumitur, si non fuerit in iure canonico reprobata*» delle due ipotesi possibili: «1^a (la contraria) *irrationabilis praesumitur, quae est in iure canonico reprobata*. Vero è che quando la riprovazione non sia per intrinseca malizia, anche una consuetudine riprovata può col tempo, *mutatis circumstantiis*, divenire *rationabilis*; ma la presunzione è sempre che essa sia irragionevole, onde la prova contraria competerebbe a chi affermasse la sua ragionevolezza. Perciò si è posto *praesumitur, non est*. 2^a) *rationabilis praesumitur, si non est in iure canonico reprobata*. Anche qui si dice *praesumitur, non est*, perché potrebbe accadere che una consuetudine, pur irragionevole, non si trovasse riprovata *in iure canonico*; ma anche in questo caso l'onere della prova apparterebbe a chi affermasse la sua irragionevolezza», *ibidem*.

⁴³⁴ V. *supra*, § 3.1.

⁴³⁵ *Consulta parziale del 29 dicembre 1904*, cit.

nevolezza la volontà del legislatore, che spesso può cambiare»⁴³⁶, Wernz sottolinea ancora una volta l'inammissibilità di una formula «meramente negativa»⁴³⁷, proponendo piuttosto una redazione ispirata alla «dottrina di vari autori»⁴³⁸: «rationabilis praesumitur, si nec iuri naturali nec divino adversetur, nec iure canonico reprobetur»⁴³⁹.

La replica secca di Gasparri ancora una volta non entra nel merito della preoccupazione del Wernz⁴⁴⁰ ed induce i consultori a rinunciare a ulteriori affondi sul «terreno» della ragionevolezza. Un terreno che De Lai non esita a definire «molto difficile e pericoloso»⁴⁴¹.

Una traccia di questa discussione resta in una bozza dattiloscritta in preparazione della seduta successiva che contiene un cenno alla *rationabilitas* nella sua forma sostantiva: «rationabilis praesumitur si non fuerit in iure reprobata; sola autem reprobatio consuetudinis praeteritae aut etiam simplex prohibitio consuetudinis futurae, eiusdem rationabilitatem per se non excludit»⁴⁴². A tale primo cenno ne seguiranno soltanto altri due ad esso strettamente connessi e di cui si darà subito conto, l'uno nelle argomentazioni di De Lai e l'altro nelle osservazioni di Giustini, che presiede la seduta in luogo di Gasparri assente. È bene tener presente sin d'ora che alla luce della documentazione acquisita, non ve ne saranno altri, nell'intera parabola codificatoria del novecento. Vale la pena sottolineare da subito questo dato, all'apparenza trascurabile, ma, come si vedrà, tutt'altro che irrilevante nella prospettiva della presente ricerca.

Dunque, De Lai non approva «la definizione della *rationabilitas* proposta (...) in quanto indotta da un solo criterio negativo, mentre ce ne sono tanti altri»⁴⁴³: infatti «secondo quella definizione, in pratica, se una consuetudine non fosse *reprobata in iure*, ma pur fosse intrinsecamente disso-

⁴³⁶ *Ibidem*.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ Egli si limita ad osservare contro la redazione del maestro della Gregoriana «1° che del diritto naturale e divino se ne parla a parte alla testa del canone, 2° che se una consuetudine è contraria al diritto naturale o divino non *praesumitur* ma *est* irragionevole, 3° che la consuetudine *contra ius naturale vel divinum* è sempre *reprobata in iure canonico*», *ibidem*.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² *Titulus II. De Consuetudine, [Altra redazione]*, dattiloscritto, in ASV, Fondo CIC, scatola 13. Si tratta di una bozza che si aggiunge ad un'altra dattiloscritta in cui nulla si dice della *rationabilitas* in quanto tale: «Can. III. Iuri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest aliquatenus derogare; sed nec iuri ecclesiastico praeiudicium generat nisi fuerit rationabilis et legitime praescripta saltem per quadraginta annos», *Titulus II. De Consuetudine, Per la Consulta dell'8 gennaio 1905*, dattiloscritto, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

⁴⁴³ *Consulta parziale dell'8 gennaio 1905, Mons. Giustini presidente (in assenza di Mons. Gasparri), Mgr. De Lai, Mgr. Melata, Mons. Sili, Mons. Pompili, Mons. Giorgi, Mons. Lucidi, P. Wernz, P. Bucciaroni, P. Ojetti, E. Pacelli assistente*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

lutiva della disciplina ecclesiastica, dovrebbe presumersi ragionevole»⁴⁴⁴. Il parametro di valutazione dell'irragionevolezza si sposta così per l'ultima volta sul piano sostanziale e cioè sul carattere intrinseco della consuetudine, dovuto nel caso di specie alla forza «intrinsecamente dissolutiva della disciplina ecclesiastica». Se ne deduce a contrario una concezione del tutto plausibile e positiva della *rationabilitas* come fattore decisivo di incremento della disciplina ecclesiastica. Tuttavia essa rimarrà confinata nell'implicito. Infatti, anche di fronte a tale estrema sollecitazione, proveniente tra l'altro dal maggior fautore, nello studio parallelo dello *ius singulare*, della necessità di «una legislazione pratica, oggettiva»⁴⁴⁵, Giustini, in qualità di Presidente, si limita a ribadire «quanto alla *rationabilitas*»⁴⁴⁶ che «essa si debba considerare anche oggettivamente»⁴⁴⁷.

Dalle bozze relative alla *consuetudo praeter legem*, emerge peraltro un dato ulteriore, anch'esso molto significativo nell'economia di questo discorso.

Nei primi testi sottoposti alla Consulta, la consuetudine introduttiva di una nuova legge o *praeter jus*, a seconda delle redazioni, è ammessa «si probetur rationabilis ad instar legis scriptae»⁴⁴⁸ ovvero «ad instar aliarum legum»⁴⁴⁹. Viene così esplicitato in relazione alla *rationabilitas* della consuetudine il vero termine di paragone e cioè la *rationabilitas* delle leggi scritte. Rimane dunque costante la percezione unitaria di tale dimensione che appartiene all'essenza dello *ius scriptum* quanto dello *ius non scriptum*. Ne discende che a quest'ultimo non vanno fatti sconti sotto questo profilo proprio in ragione della irrinunciabilità al carattere *rationabilis* delle altre leggi.

A queste proposte si affianca un'ulteriore redazione in cui tale esplicito

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁴⁵ Così si era espresso De Lai riguardo alle cause di nullità dei rescritti nella *Consulta parziale del 2 gennaio 1905*, Mons. Gasparri Presidente, Mons. Giustini, Mons. De Lai, Mons. Melata, Mons. Pompili, Mons. Giorgi, Mons. Lucidi, P. Wernz, P. Bucciaroni, P. Pio da Longone, E. Pacelli assistente, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

⁴⁴⁶ *Consulta parziale dell'8 gennaio 1905*, cit.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ Si tratta di una bozza manoscritta, rinvenuta anche in forma dattiloscritta nella medesima collocazione archivistica, in preparazione della Consulta di lunedì 26 dicembre 1904 e che integralmente prevede: «Can. V. Consuetudo potest quoque legem introducere, si probetur rationabilis ad instar legis scriptae, et legitime praescripta cum animo introducendi legem», *Titulus II De Consuetudine, Per la Consulta di lunedì 26 dec. 1904*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

⁴⁴⁹ Si tratta di una bozza dattiloscritta, in preparazione della Consulta di giovedì 29 dicembre 1904, di cui si è rinvenuto nella medesima sede anche il manoscritto, che prospetta: «Can. IV Consuetudo praeter jus, quae non sit merae devotionis (servata cum animo obligationis) potest quoque legem inducere, dummodo probatur rationabilis ad instar aliarum legum et legitime, ut supra, praescripta», *Titulus II De Consuetudine, Per la Consulta di giovedì 29 dicembre 1904*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

il riferimento si scioglie nella spiegazione del termine *rationabilis*, «nempe ducens ad finem honestum»⁴⁵⁰.

Peraltro, la preoccupazione della coerenza e dell'uniformità di disciplina, spingono il Wernz a chiedere l'eliminazione dell'inciso «ad instar aliarum legum», «perché altrimenti si danno della *rationabilitas* due diverse definizioni per la *consuetudo contra e praeter legem*»⁴⁵¹.

Tale richiesta viene sostanzialmente accolta, come risulta dalla bozza manoscritta allegata agli atti dell'ultima Consulta parziale dedicata alla consuetudine⁴⁵². Tuttavia, prima e oltre la lettera della legislazione allo studio, che come si è visto tace sulla *rationabilitas* della legge scritta, la traccia di quel termine di paragone e della sua vitalità permane grazie all'introduzione dell'avverbio «pariter» nella formula pressoché definitiva del canone: «consuetudo praeter ius (...) potest quoque legem inducere, si pariter probetur rationabilis»⁴⁵³. Quel «pariter» resta un prezioso indice rivelatore di una percezione della *rationabilitas*, talora implicita, ma profondamente unitaria e trasversale all'intero dinamismo delle fonti, a partire dalla legge scritta.

Nell'adunanza plenaria del 2 aprile 1905 si respira senz'altro una maggiore apertura ed un conseguente maggior investimento ideale sulla consuetudine antinomica e su quella *praeter legem* che certamente esigono d'esser contenute «entro i più stretti limiti»⁴⁵⁴ ma cui non sembra «possibile, giusto e di buona politica» rinunciare⁴⁵⁵.

In tale ottica, il Pillet vorrebbe meglio spiegata la parola «rationabilis»⁴⁵⁶. Coerentemente con il suo scritto programmatico⁴⁵⁷, egli ritiene la questione di capitale importanza e, in un parere «ex adunatione diei 2 aprilis 1905»⁴⁵⁸, non esita ad impegnarsi personalmente nel prospettare

⁴⁵⁰ *Titulus II. De Consuetudine, Altra redazione secondo il diritto vigente*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

⁴⁵¹ *Consulta parziale del 29 dicembre 1904, Mons. Gasparri Presidente, Mons. Giustini, Mons. De Lai, P. Wernz, P. Bucceroni, P. Palmieri, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13. Egli peraltro si era già espresso in tal senso nella seduta precedente, v. *Consulta parziale del 22 dicembre 1904*, cit.

⁴⁵² Il testo è provvisoriamente approvato nei termini seguenti: «Can. 4°. Consuetudo praeter legem potest quoque legem inducere, si fuerit rationabilis et per 40 (saltem) annos servata actibus, qui non sint merae facultatis (o cum opinione obligationis o cum animo obligationis, od anche, unendo la parte positiva e negativa, cum opinione (o animo) obligationis, non actibus qui sint merae facultatis), *Consulta parziale dell'8 gennaio 1905*, cit.

⁴⁵³ Così il can. 4 dello schema a stampa sottoposto alla plenaria del 2 aprile 1905, *Liber I. Pars Generalis. Titulus II De Consuetudine*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

⁴⁵⁴ *Adunanza plenaria del 2 aprile 1905, Mons. Gasparri Presidente*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

⁴⁵⁵ V. *ibidem*.

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

⁴⁵⁷ V. *supra*, § 2.2.

⁴⁵⁸ *A. can. Pillet, Titulus II De Consuetudine, Ex adunatione diei 2 aprilis 1905*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

qualche ipotesi di soluzione: «consuetudo iuxta legem et praeter legem est rationabilis quando explicat ius divinum, naturale vel ecclesiasticum, et quando, consentientibus omnibus vergit in bonum Ecclesiae et in utilitatem fidelium»⁴⁵⁹; «consuetudo contra legem est rationabilis quando versatur circa praecepta quae forte sunt inutilia vel nociva populum fidelium, ex mutatione circumstantiis»⁴⁶⁰.

Analoghe considerazioni si rinvencono in un manoscritto anonimo, collocato nella medesima sezione documentale e decisamente favorevole alla promozione della consuetudine nel Codice che, secondo l'autore, potrebbe giocare un ruolo decisivo sia nella soppressione delle «corruptelae» sia nel mantenimento di quelle «rationabiles»⁴⁶¹. In tale ottica, si ritiene che le consuetudini *contra legem* svolgano una funzione irrinunciabile, quella cioè di dimostrare nel vivo dell'esperienza giuridica l'inapplicabilità di certe leggi alla concretezza di una data situazione o di un dato luogo, ovvero la loro contrarietà al bene comune di una determinata comunità⁴⁶².

Di tali suggerimenti peraltro non vi è traccia alcuna nello schema inviato all'episcopato che infatti accusa l'insufficiente elaborazione concettuale della *rationabilitas* in rapporto alla consuetudine: «iuvat indicare criteria quibus consuetudines rationabiles dignoscantur»⁴⁶³.

Un rilievo che forse spiega la redazione finale del can. 27 del *Codex* in cui rispetto alle bozze precedenti, si incrementa, sia pur lievemente, il riferimento alla *rationabilitas*: il termine *rationabilis* vi è infatti impiegato per tre volte, due in senso positivo ed una in senso negativo⁴⁶⁴. Esso descrive positivamente la disciplina della consuetudine antinomica legittimamente prescritta per quarant'anni continui e completi e della consuetudine centenaria o immemorabile in quanto prevalente sulla clausola che proibisce le consuetudini future⁴⁶⁵. La formula negativa riguarda invece il breve paragrafo dedicato al tema cruciale del dibattito ed estromesso,

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

⁴⁶¹ *Animadversioni al titolo De consuetudine e alle note che lo accompagnano*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

⁴⁶² V. *ibidem*. Cfr. in proposito M. SANS GONZÁLEZ, *La costumbre en la etapa preparatoria del CIC del 1917*, cit., 776.

⁴⁶³ Così si esprimono i padri delle provincie di Toledo e New Orleans, cfr. in ASV, Fondo CIC, scatola 83 e *Riassunto*, cit., p. 10.

⁴⁶⁴ Cfr. E. ROELKER, *The meaning of the term "rationabilis"*, cit., p. 157.

⁴⁶⁵ *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus praefatione fontium annotatione et indice analytico-alphabetico ab E.mo Petro card. Gasparri auctus*, Typis Poliglottis Vaticanis, Romae, MCMLXXIV, (d'ora innanzi CIC 1917), can. 27 § 1: «Iuri divino sive naturali sive positive nulla consuetudo potest aliquatenus derogare; sed neque iuri ecclesiastico praeiudicium affert, nisi fuerit rationabilis et legitime per annos continuos et completos praescripta; contra legem vero ecclesiasticam quae clausulam contineat futuras consuetudines prohibentem, sola praescribere potest rationabilis consuetudo centenaria aut immemorabilis».

probabilmente proprio per la sua «difficoltà»⁴⁶⁶, negli schemi successivi ai lavori della Consulta parziale: «consuetudo quae in iure expresse reprobatur, non est rationabilis»⁴⁶⁷.

Quanto alla disciplina della dispensa, il suo sviluppo tardivo, sul quale ci si è soffermati in altra occasione, costringe a focalizzare l'attenzione sui due voti redatti a cura di Auguste Boudhinon⁴⁶⁸ e di Giacomo Sole⁴⁶⁹, probabilmente in seguito alle sollecitazioni dell'episcopato in materia di indulti e verosimilmente dopo il 1914⁴⁷⁰. Ai fini della presente ricerca, ciò che senz'altro rileva di tali contributi è la scelta terminologica descrittiva della *causa dispensandi*.

Nel testo di Boudhinon, «dispensatio quaecumque dari nequit nisi (...) ex iusta, rationabili et proportionata causa, attenta gravitate legis»⁴⁷¹; in quello del Sole, «a lege ecclesiastica ne dispensetur sine iusta et rationabili causa, attenta gravitate legibus a qua dispensatur»⁴⁷². La scelta del legislatore cade, come noto, su questa seconda formulazione, in cui si omette il riferimento esplicito alla proporzione della *causa dispensandi*. Tuttavia, anche alla luce del dibattito dottrinale precedente l'*Arduum sane munus*, l'endiadi «iusta et rationabilis», non solo impedisce di concepire i due termini in questione come interscambiabili, ma evoca all'evidenza i criteri essenziali che devono entrare in gioco nella «proporzione tra legge e dispensa»⁴⁷³, quali «la prudenza», «l'equità» e l'adeguata ponderazione delle «circostanze pratiche»⁴⁷⁴.

⁴⁶⁶ V. *supra*.

⁴⁶⁷ CIC 1917, can. 27 § 2.

⁴⁶⁸ V. *De indultis. Voto del prof. Boudhinon*, (d'ora innanzi *Voto Boudhinon*), in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

⁴⁶⁹ V. *De Dispensationibus. Observationes P. Michaelis Sleuthjes in Votum Prof. Sole e Titulus VII De dispensationibus*, in ASV, Fondo CIC, scatola 23, (d'ora innanzi *Votum Sole*). Per la descrizione e la collocazione di questi documenti nel processo di codificazione v. C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello «ius singulare»*, cit., pp. 72-74.

⁴⁷⁰ Benché, «sulla base dei documenti a disposizione», la genesi del progetto di un titolo *De dispensationibus* e della sua tardiva inserzione nello *Schema Codicis* del 1914, «rimanga piuttosto oscura», si è formulata qualche congettura in proposito sia alla luce dell'andamento dei lavori della Commissione codificatrice sui rescritti e sui privilegi, sia in considerazione delle *animadversiones episcoporum* sullo schema 1912. Sul primo versante l'inserzione del titolo *de dispensationibus* segnala la criticità del primitivo disegno sistematico, «troppo rigido nell'imporre una forma onnicomprensiva e nel proporre un unico modello sostanziale». Sul versante delle *Animadversiones*, «i vescovi della provincia di Rouen denunciano l'assenza nel titolo *de privilegiis* di qualsiasi cenno agli indulti e, d'altra parte, l'insufficienza delle «normae generales de rescriptis ad interpretanda omnia indulta», perché, se è innegabile la familiarità di questi ultimi con i rescritti, «specificae tamen differunt», v. C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 129-130.

⁴⁷¹ *Votum Boudhinon*, p. 6.

⁴⁷² *Votum Sole*, p. 4.

⁴⁷³ V. *supra*.

⁴⁷⁴ V. *supra*.

Se si guarda all'intero percorso che ha condotto da un lato alla scelta di non riprodurre nel *Codex* la definizione sostanziale di legge, e dall'altro a codificare nei termini sopradescritti la disciplina della consuetudine *contra e praeter legem* e della *causa dispensandi*, si ritiene di poter evidenziare un tratto comune particolarmente significativo. Seguendo il filo delle argomentazioni dei consultori, non si può cioè fare a meno di rilevare come l'eredità della tradizione sia rimasta in larga misura nella dimensione implicita di uno sforzo costruttivo che, nelle tre direzioni indicate, è parso determinato più a risolvere in modo pragmatico le questioni controverse, che a custodire un patrimonio concettuale cui pure attingeva costantemente.

Gli accenni al carattere *rationabilis* della consuetudine antinomica o della causa della dispensa, nella loro assoluta sobrietà, evocano l'immagine della punta dell'iceberg: non si dà soluzione di continuità tra la base ed il vertice che ne è sorretto e che, a sua volta, ne segnala la presenza profonda.

Assai sintomatico, sotto questo profilo, è parso il contributo della dottrina *post codicem*.

In linea generale è innegabile che i criteri ermeneutici imposti da Benedetto XV nel *motu proprio Cum iuris canonici*⁴⁷⁵ e le direttive metodologiche fissate dalla Congregazione *de Seminariis et de Studiorum Universitatibus* all'indomani della promulgazione del *Codex*⁴⁷⁶, abbiano avuto la

⁴⁷⁵ Con tale provvedimento, il 15 settembre 1917, Benedetto XV, intendendo evitare il riprodursi della situazione di confusione cui il Codice aveva posto fine, stabiliva «l'obbligatorietà dell'inserimento nel Codice di eventuali aggiunte future, ma sempre mantenendo immutata la successione numerica», C. REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al Codice di diritto canonico del 1917 e a quello del 1983*, in *Periodica*, 1997, p. 63. Veniva inoltre istituita la Commissione per l'interpretazione autentica del Codice: «questa ha svolto un'attività molto intensa ed è riuscita ad imporsi alla dottrina (nella maggior parte dei casi poco incisiva fin oltre gli anni '60) e a sostituire nella funzione d'interpretazione la giurisprudenza, la quale, vigendo il Codice del 1917, si è occupata quasi esclusivamente della materia matrimoniale», P. LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 35.

⁴⁷⁶ Ci si riferisce alle due istruzioni della S. Congregatio *de Seminariis et de Studiorum Universitatibus* pubblicate nei mesi successivi alla promulgazione del Codice. La prima, «emanata il 7 agosto 1917, come chiaramente affermato dal titolo: *De novo Iuris Canonici Codice in scholis proponendo*, aveva lo scopo di dare indicazioni per l'utilizzo del nuovo Codice nelle Università degli studi e in quelli che venivano chiamati *licei* di diritto canonico». La seconda, «emanata poco più di un anno dopo, il 31 ottobre 1918, completava le disposizioni della prima con riferimento agli esami e ai gradi accademici: il titolo infatti è: *De experimentis ad gradus in iure canonico assequendos*». Nella prima istruzione si stabiliva che dal momento dell'entrata in vigore del Codice «eo uno utendum esse (...) in disciplina Ecclesiae moderanda», nell'attività giudiziaria e nelle scuole. A tale fine si disponeva che negli istituti dipendenti dalla S. Congregazione nella cosiddetta *schola textus* – la denominazione viene ritenuta adattissima (“aptissime nuncupata”) – il Codice venisse spiegato non sinteticamente, ma analiticamente e canone per canone, conservando “religiosissime” la successione numerica». In ogni caso, «agli alunni non era necessario altro libro se non il Codice: il docente che ritenesse di dover utilizzare anche un altro testo, avrebbe dovuto adattare il suo ordine sistematico a quello del Codice e non viceversa». Coerentemente, la seconda istruzione fissava una triplice direttiva: «gli esami devono avere per oggetto i canoni del Codice

conseguenza di restringerne l'interpretazione «alla mera esegesi del testo, impedendo alla scienza canonistica di impiegare altri metodi, come quello storico o quello logico sistematico o la loro articolata combinazione»⁴⁷⁷.

Tuttavia è proprio ad alcune opere, concepite sotto l'«impero del Codice» e nel «regno dell'esegesi»⁴⁷⁸, che si deve la trasmissione, oltre la lettera del *Codex*, di quell'eredità ricchissima sulla *rationabilitas*, sottaciuta, eppure mai rinnegata, dal legislatore piobenedettino⁴⁷⁹. In questo filone dottrinale gli spunti offerti dal Pillet dopo la plenaria del 1905 acquistano lo spessore che egli avrebbe voluto caratterizzassero la disciplina codificata⁴⁸⁰.

Tra le opere più significative, cui si deve il contributo di maggior pregio sulla *rationabilitas*, è indispensabile ricordare i primi volumi del *Commentarium Lovaniense* coordinato e in gran parte scritto da Alphonse Van

e non tesi o elencazioni della dottrina; anche per il conseguimento dei gradi accademici I candidati devono esporre l'«exegesis» o l'«interpretationem» dei canoni del Codice, presi singolarmente o collegati fra di loro; infine i candidati devono essere in grado di dare un saggio («specimen») per ciascun istituto circa la sua origine, il suo divenire e la sua storia», C. REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al Codice di diritto canonico del 1917 e a quello del 1983*, cit., pp. 58-59. Quanto all'effetto che queste disposizioni hanno causato per molti decenni, e cioè quell'«isolamento del diritto canonico dalle premesse teologiche e dal contesto storico-culturale da cui promana e da cui riceve sempre nuovi impulsi innovativi» (così, C. FANTAPPIÈ, *L'insegnamento del diritto canonico in Italia dal Concilio Vaticano I ai Codici vigenti*, in *L'insegnamento del diritto canonico, Atti del XL Incontro di Studio Centro turistico Pio X, Borca di Cadore (BL), 1-5 luglio 2013*, a cura del gruppo Italiano Docenti di diritto canonico, Associazione canonistica italiana, ed. Glossa, p. 41), v., più ampiamente, C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 1063-1160.

⁴⁷⁷ C. FANTAPPIÈ, *L'insegnamento del diritto canonico in Italia dal Concilio Vaticano I ai Codici vigenti*, cit., pp. 40-41.

⁴⁷⁸ *Ivi*, p. 42. Cfr. in proposito C. REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al Codice di diritto canonico del 1917 e a quello del 1983*, cit., pp. 57-100,

⁴⁷⁹ Ci si riferisce qui a quel filone che si sviluppa nell'alveo della *schola Institutionum ad normam codicis*, che «produce un numero e una qualità maggiore di pubblicazioni» rispetto al parallelo indirizzo della *scola Textus*. Tuttavia, il genere letterario delle Istituzioni «non corrisponde più a quello tradizionale»: esso ora «sta ad indicare un'opera sintetica di introduzione generale, un corso completo di diritto canonico oppure le singole partizioni di esso» che, a loro volta, «assumono denominazioni falsamente classiche come *Epitome*, *Summa*, *Compendium* e *Institutiones*». Tra queste vanno senz'altro annoverate le opere di F. MAROTO, *Institutiones ad normam novi Codicis*, t. I, Apud Commentarium pro Religiosis, Roma, 1921, pp. 166-200, pp. 263-271, pp. 360-368; F.M. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, Apud Aedes Universitatis Gregoriana, Roma, 1928-1936, pp. 55-65, pp. 93-98; I. CHELODI, *Ius canonicum de personis*, Libreria Moderna Editrice, Vicenza-Trento, 1942, pp. 98-149; M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum*, Marietti, Taurini, 1950, pp. 1-9, pp. 42-44, pp. 112-113; A. VERMEERCH - I. CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, t. I, H. Dessain, Mechliniae-Romae, 1963, pp. 94-97, pp. 161-162, pp. 200-201. Secondo la dottrina più autorevole, rientra nel medesimo contesto «l'adattamento al Codice del *Ius decretalium* di Wernz da parte dei confratelli Pedro Vidal, Felipe Aguirre e Felice Cappello»: si tratta dello *Ius canonicum ad Codicem normarum exactum*, Romae, 1923-1952. Cfr. C. FANTAPPIÈ, *L'insegnamento del diritto canonico in Italia dal Concilio Vaticano I ai Codici vigenti*, cit., p. 42. Si avverte che le pagine via via indicate per ciascuna opera si riferiscono ai luoghi, ove talora sono presenti alcuni brevi richiami alla *rationabilitas*.

⁴⁸⁰ V. *supra*.

Hove e le *Normae Generales* di Gommarus Michiels⁴⁸¹. In particolare a quest'ultimo si devono un commento organico alla definizione tomista di legge, con un affondo decisivo sull'attributo «rationabilis»⁴⁸², ed uno studio approfondito nell'ambito della consuetudine sul «conceptus seu natura rationabilitatis»⁴⁸³, nei quali gli insegnamenti tradizionali, dal lascito romanistico al patrimonio della canonistica classica, dal sistema suareziano ai contributi posttridentini, vengono ricomposti in modo coerente e funzionale alla comprensione del dettato codiciale.

La dottrina dunque prende atto della brevità dei richiami alla *rationabilitas* da parte del legislatore, ma continua a riecheggiarne la percezione vitale che le derivava dalla tradizione.

Non si deve però pensare che la scelta del legislatore di lasciare nella «penombra» il principio della *rationabilitas*⁴⁸⁴ risulti del tutto innocua nel contesto ermeneutico e applicativo che si delinea sotto il vigore del *Codex*. Infatti, lo sbilanciamento dell'equilibrio tradizionale tra *rationabilitas* e *potestas*, che ne deriva⁴⁸⁵, a tutto vantaggio di quest'ultima, potenzia l'impianto fortemente gerarchico e centralizzato della legislazione piobenedettina, alimentando una concezione della norma canonica come «“patrimonio del legislador” que se reserva incluso la interpretación auténtica»⁴⁸⁶. Così, paradossalmente, da un lato si incrementa la presunzione di ragionevolezza delle norme del Codice al punto che la loro citazione si configura sempre più spesso come il ricorso a veri e propri «luoghi teologici»⁴⁸⁷, e pertanto indiscutibili; dall'altro istituti chiave come la consuetudine o l'equità faticano a svolgere la loro funzione in un ordinamento in cui «le norme o sono oggetto di un'applicazione burocratica o semplicemente non si applicano»⁴⁸⁸.

⁴⁸¹ È in queste opere che «si apprezza il carattere sistematico della trattazione con l'apporto di ampie discussioni dottrinali e di una breve ricostruzione storica degli istituti», C. FANTAPPIÈ, *L'insegnamento del diritto canonico in Italia dal Concilio Vaticano I ai Codici vigenti*, cit., p. 43.

⁴⁸² V. G. MICHIELS, *Normae Generales*, cit., vol. I/I, pp. 156-163. Cfr. A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis, Commentarium lovaniense in Codicem juris canonici*, H. Dessain, Mechliniae-Romae, 1930, vol. I, t. II, pp. 83-87.

⁴⁸³ V. G. MICHIELS, *Normae Generales*, cit., vol. II/I, pp. 136-161; cfr. A. VAN HOVE, *De consuetudine. De temporis supputatione, Commentarium lovaniense in Codicem juris canonici*, H. Dessain, Mechliniae-Romae, 1933, vol. I, t. II, pp. 83-87.

⁴⁸⁴ V. P. LOMBARDÍA, *Codificación y ordenamiento canónico*, in P. LOMBARDÍA, *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, Eunsa, Pamplona, 1991, vol. V, p. 175.

⁴⁸⁵ V. *Ibidem*.

⁴⁸⁶ P. LOMBARDÍA, *Norma canónica*, in P. LOMBARDÍA *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, cit., vol. IV, p. 469.

⁴⁸⁷ V. P. LOMBARDÍA, *Codificación y ordenamiento canónico*, cit., p. 175.

⁴⁸⁸ P. LOMBARDÍA, *Norma canónica*, cit., p. 469.

Tuttavia, anche in questo sistema che assume sempre più il tono «personalista», di cui parlava Lombardía, rivelandosi assai poco propizio a promuovere i dinamismi tipici dell'esperienza giuridica ecclesiale, non viene meno, a livello teorico, quella concezione non frammentata del fenomeno normativo basata sulla *rationabilitas*, in virtù della quale ogni deviazione dalla legge, sia essa una consuetudine o una dispensa, «is controlled ultimately by the term “rationabilis”»⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ E. ROELKER, *The meaning of the term “rationabilis”*, cit., p. 154.

CAPITOLO II

IL CODEX IURIS CANONICI DEL 1983

SOMMARIO: 1. Le sfide della revisione postconciliare. – 2. Il problema del metodo e la crisi del diritto canonico. – 3. La riforma delle «norme generali». – 3.1. «Lex instituitur cum promulgatur». – 3.2. «Quid sibi vult verbum “rationabilis”?».

1. *Le sfide della revisione postconciliare*

Le linee di forza che guidano la storia giuridica e culturale del *Codex Iuris Canonici* vigente risultano all'evidenza inassimilabili a quelle che determinarono la prima opzione del legislatore supremo per una codificazione di tipo moderno.

Il dato più vistoso è il mutamento radicale di prospettiva che conduce l'intera revisione del Codice piobenedettino: non più lo sforzo enorme di dominare la massa del materiale legislativo che si era accumulato per sedimentazioni plurisecolari¹, al fine di restituirne l'accessibilità e l'utilità, ma la traduzione in linguaggio giuridico del grande evento conciliare², a partire da un contesto normativo, decisamente ridotto e semplificato³.

Quanto all'idea forte della codificazione, così come venne sentita ed interpretata dalla canonistica agli inizi del '900, il suo ruolo nel rinnovarsi della scelta per il medesimo modello formale, secondo gli osservatori più attenti, non è che «modesto»⁴. Semmai, ciò che emerge all'indomani del

¹ V., per tutti, P. LOMBARDÍA, *Técnica jurídica del nuevo Código (una primera aproximación al tema)*, in ID., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, Eunsa, Pamplona, 1991, vol. V, p. 203.

² V. *ibidem*.

³ V. *ivi*, p. 200. Per rendersi conto dell'entità della produzione normativa successiva al *Codex Iuris Canonici* del 1917 fino all'avvio della sua revisione si possono consultare i primi tre volumi delle *Leges Ecclesiae post Codicem Iuris Canonici 1917 editae, collegit, digessit notisque ornavit X. Ochoa*, Ediurcla, Romae, 1966 e ss.: *Leges annis 1917-1941 editae*, vol. 1, Romae, 1966; *Leges annis 1942-1958 editae*, vol. 2, Romae, 1969; *Leges annis 1959-1968 editae*, vol. 3, Romae, 1972.

⁴ Così P. LOMBARDÍA, *Codificación y ordenamiento canónico*, in ID., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, cit., vol. V, p. 171.

Vaticano II, in modo più esplicito e perentorio, è la vocazione strumentale della forma Codice nell'ordinamento canonico. Una vocazione che, come si è potuto dimostrare, apparteneva già al DNA della prima codificazione – si pensi a quella ricerca seria ed obiettiva della proporzione del mezzo al fine che connota tutte le fasi prodromiche all'*Arduum sane munus*⁵ ed alla valenza pastorale che essa aveva assunto nella *mens* del legislatore supremo, fino ad orientarne tutta la politica legislativa⁶. Ma che raggiunge con Giovanni Paolo II la sua definitività: «instrumentum, quod *Codex* est, plane congruit cum natura Ecclesiae, qualis praesertim proponitur per magisterium Concilii Vaticani II in universum spectatum, peculiarique rationem per eius ecclesiologicam doctrinam»⁷.

Se la prospettiva della revisione e l'intenzione del legislatore che l'animava non potevano essere più lineari, nei fatti la transizione dal Vaticano II al nuovo Codice latino si rivela oltremodo tortuosa. Non appena per i problemi specifici legati al sorgere dell'esigenza di una legge costituzionale comune alla Chiesa latina e alle Chiese orientali ed allo studio dell'ipotesi relativa⁸ nonché, in linea generale, per le difficoltà tecniche a tradurre in linguaggio giuridico le deliberazioni conciliari⁹. Ma forse più ancora

⁵ V. *supra*, cap. I, §§ 1, 2, 3.

⁶ V. *ivi*. Oltre alla bibliografia cospicua ed aggiornata nella ricorrenza del centenario della morte di Pio X, cui si è già fatto riferimento (v. cap. I, § 3), vale la pena ricordare qui, per la sua efficacia, la testimonianza di Merry del Val circa la decisione personale di Pio X nell'intraprendere l'*Arduum sane munus*: «prima di tutto egli era sacerdote e pastore e, per temperamento, amante di provvedimenti pratici ed efficaci»; il che «non deve suscitare meraviglia, poiché più di una volta Pio X aveva constatato la propria impossibilità di governare bene con decreti che ammettevano diverse interpretazioni, leggi complesse antiquate e un cumulo di disposizioni che erano lungi dall'essere sempre in armonia tra loro o dall'essere confacenti con le nuove circostanze». La codificazione del diritto canonico, in tale ottica, era «una misura (...) importantissima», che «avrebbe rappresentato un contributo per mantenere con maggiore determinazione i principi immutabili e la forza della disciplina ecclesiastica, *nova et vetera*», R. MERRY DEL VAL, *San Pio X. Un santo che ho conosciuto*, trad. it., Fede e Cultura, Verona, 2012, p. 53.

⁷ GIOVANNI PAOLO II, Cost. Ap. *Sacrae disciplinae leges*, 25 gennaio 1983, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1983, p. XI.

⁸ Il 20 novembre 1965, Paolo VI, rivolgendosi ai membri della *Pontificia Commissio Codicis Iuris canonici recognoscendo*, si esprimeva in questi termini: «Peculiaris vero existit quaestio aequae gravis, eo quod duplex est Codex Iuris Canonici, pro Ecclesiae Latinae et Orientali, videlicet num conveniat communem et fundamentalem condici Codicem ius constitutum Ecclesiae continentem», PAULUS VI, *Oratio ad E. mos Patres Cardinales et ad Consultores Pontificii Consilii Codicis Iuris Canonici recognoscendo*, 20 novembris 1965, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1965, p. 985. Per una ricostruzione dell'evoluzione di questo progetto e delle relative problematiche si veda almeno D. CENALMOR PALANCA, *La ley fundamental de la Iglesia. Historia y análisis de un proyecto legislativo*, Eunsa, Pamplona, 1991.

⁹ Come ricorda Lombardía, «en los momentos iniciales – y sobre todo en la discusión sobre la “Lex fundamentalis” – parecía que lo que se reclamaba era la inclusión de textos conciliares en el Codex, más que construcciones técnicas que ayudarían a aplicar la doctrina del Vaticano II a la vida social de la Iglesia. De aquí que, en ocasiones se ha plantado un problema fundamental de lenguaje», P. LOMBARDÍA, *Técnica jurídica del nuevo Código*, cit., p. 204. Per una trattazione organica del tema si rinvia senz'altro a G. LO CA-

per quella messa in discussione della legittimità stessa di un diritto ecclesiale¹⁰, che si alimenta in questa fase e che condizionerà pesantemente la percezione della dimensione giuridica nella vita della Chiesa fino ad oggi.

Non è possibile dar conto in questa sede della pluralità dei fattori remoti e prossimi che premono in questa direzione negli anni della *revisio* – dai molteplici «effetti» della prima codificazione sull'esperienza giuridica del corpo ecclesiale e sulla scienza canonistica *post codicem* alle tensioni che attraversano il Concilio e l'immediato post-Concilio, a livello teologico, ecclesiologico e pastorale oltreché nel più vasto contesto socioculturale¹¹, caratterizzato dalla tendenza a demonizzare «tutto ciò che è diritto ed istituzione»¹².

È importante tuttavia tener presente la complessità dello scenario entro il quale matura la svolta del nuovo Codice per poter cogliere, almeno nei tratti essenziali, se vi è stato, e quale sia stato, lo sviluppo del pensiero canonistico su una categoria che appartiene evidentemente all'esperienza giuridica come la *rationabilitas* e se vi è stato, e quale sia stato, l'investimento del legislatore su di essa.

In tale prospettiva, si seguirà un percorso diverso rispetto a quello richiesto dallo studio della codificazione piobenedettina. Lo spazio riservato al tema nel contesto della revisione postconciliare non giustificherebbe

STRO, *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari nelle fonti del diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1970.

¹⁰ Per una esposizione schematica delle ragioni e dei fondamenti di questo atteggiamento denominato sinteticamente «antigiuridismo», si rinvia alla «selezione» di P. LOMBARDÍA, *El derecho en el actual momento de la vida de la Iglesia*, in ID., *Escritos de derecho canónico*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1973, vol. II, pp. 435-436.

¹¹ Per una lettura equilibrata del difficile rapporto che si instaura nel postconcilio tra diritto canonico e teologia e quindi tra ecclesiologia e canonistica e per una riflessione profonda sugli sviluppi metodologici più recenti e le prospettive del presente si rinvia senz'altro a C. FANTAPPIÈ, *Ecclesiologia e canonistica nel Post-Concilio*, in *Periodica*, 2014, pp. 165-205, ora anche in *Recte sapere, Studi in onore di G. Dalla Torre*, a cura di G. BONI-E. CAMASSA-P. CAVANA-P. LILLO-V. TURCHI, Giappichelli, Torino, 2014, vol. I, pp. 316-338.

¹² C. FANTAPPIÈ, *L'insegnamento del diritto canonico*, cit., p. 51. Su questa complessa problematica, e nel contesto di quel dibattito, si segnala l'originalità del pensiero di Lombardía: «mi preoccupa sia la posizione che nega o sottovaluta la funzione ecclesiale del diritto canonico per sottolineare l'importanza dei carismi, sia quella che esalta l'elemento giuridico partendo esclusivamente dal dato istituzionale e gerarchico, perché tanto l'una quanto l'altra mi sembrano unilaterali». Infatti secondo il canonista spagnolo «ambidue coincidono, in definitiva, nel concepire il diritto nella Chiesa come qualcosa che ha senso solo alla luce del dato istituzionale e nel vedere il dinamismo carismatico come qualcosa che, per la sua vitalità, resta ai margini del diritto». Ora, per Lombardía, «quel che è di più importante il Concilio Vaticano II ha mostrato al canonista non è il fatto che si trovino nei suoi documenti testi che mostrano la validità permanente della dimensione istituzionale e gerarchica della Chiesa e la sua coerenza e armonia con l'elemento carismatico»; «quel che è più significativo della dottrina del Vaticano II in rapporto al diritto canonico è che anche i carismi personali (...) hanno rilevanza giuridica», P. LOMBARDÍA, *Il diritto della Chiesa, ordinamento dinamico*, in ID., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiastico del Estado*, Eunsa, Pamplona, 1991, vol. IV, pp. 521-522.

ciò che nemmeno le giuste proporzioni di questa ricerca consentirebbero: e cioè un approccio analitico agli atti conciliari, nei quali peraltro non è dato rintracciare riferimenti diretti al riguardo, ed uno studio capillare degli apporti dottrinali, i quali a loro volta non offrono trattazioni organiche in materia. Pare invece più proficuo, ai fini della riflessione in atto, evidenziare dapprima le linee tendenziali più significative del pensiero canonistico che, lambendo da diversi angoli di visuale la ragionevolezza canonica, offrono qualche spunto critico per una lettura adeguata delle carte relative alla revisione delle norme piobenedettine in oggetto. Quanto alla dottrina conciliare, cui costantemente si riferisce lo sforzo costruttivo dei gruppi di lavoro, basterà seguire il loro andamento per coglierne l'influsso nell'uso di una categoria tecnica tradizionale qual è la *rationabilitas*.

2. Il problema del metodo e la crisi del diritto canonico

Dal punto di vista tecnico, è innegabile che al Codice piobenedettino sia toccata una sorte curiosa, che a un giurista secolare sarebbe risultata quanto meno «sorprendente»¹³: un corpo legislativo che veniva considerato vecchio a poco più di mezzo secolo di vita quando, negli stessi anni, solo a titolo d'esempio, qualsiasi giurista spagnolo assolveva al proprio compito coordinando «con toda normalidad las disposiciones recientes con un Código civil promulgado en el siglo pasado»¹⁴.

In realtà, la malattia che affliggeva il *Codex* non era tanto la vecchiaia quanto, secondo la diagnosi di Lombardía, il suo «inmovilismo»¹⁵, legato in larga misura ai rigidi meccanismi di interpretazione e di innovazione delle norme codicistiche predisposti da Benedetto XV, ma anche all'atteggiamento conseguente della scienza canonistica *post-codicem*¹⁶.

Eppure, era convinzione diffusa che «nemmeno con il *Codex* la Chiesa aveva rinunciato alla vantata "elasticità" del diritto canonico»¹⁷.

¹³ J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El derecho del pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho canónico. I Introduccion. La constitucion del la Iglesia*, Eunsa, Pamplona, 1970, p. 133.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ivi*, p. 34.

¹⁶ A soli quindici anni dalla sua promulgazione un acuto osservatore ne accusava i limiti più gravi: «i quattro quinti delle pubblicazioni sul codice sono catechismi ricalcati sul codice stesso: si è avuto il coraggio di frammentare il codice, vivisezionarlo spietatamente, ridurlo a domande e risposte e vender tutto come oro colato, a peso d'oro!», così S. ROMANI, *Per una migliore conoscenza del diritto canonico*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1932, pp. 22-23.

¹⁷ A.C. JEMOLO, *Il «Codex Iuris Canonici» nel suo primo venticinquennio di vita*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1943, p. 312. A tale riguardo, Pio Fedele richiamava come «in generale si è ravvisata nell'elasticità del diritto canonico una sua caratteristica così peculiare ed incompatibile con la codificazione da rendere questa assolutamente impossibile, avuto ri-

Del resto, la disciplina codificata non solo aveva mantenuto sostanzialmente inalterati i tradizionali fattori di flessibilità dell'ordinamento, come il privilegio e la dispensa¹⁸, ma non aveva potuto spezzare la continuità con la concezione tradizionale della legge «que no fundamenta su eficacia sólo en la *voluntas principis*, sino fundamentalmente en la *rationabilitas*»¹⁹.

Sarebbe peraltro fuorviante pensare che il paradigma di riferimento ad una dimensione essenzialmente dinamica come la *rationabilitas* rimanesse tale e quale lo sentiva la dottrina maggioritaria all'indomani della promulgazione del *Codex*. Ed in effetti è possibile cogliere accenti diversi negli indirizzi dottrinali che maturano negli anni successivi sino alla revisione postconciliare²⁰.

Ci si riferisce innanzitutto a quel ripensamento metodologico, inaugurato negli anni trenta/quaranta del secolo scorso dalla scuola italiana, che, traendo lo studio del diritto canonico dalle secche dell'esegesi e riaprendolo all'orizzonte vasto e stimolante del confronto con l'intera scienza giuridica, ne prospetta una impostazione «nuova ed originale»²¹.

guardo all'ampiezza dei poteri del giudice ecclesiastico, all'inesistenza, nell'ordinamento canonico, del principio della divisione dei poteri, alla contrarietà della Chiesa alla fissità del diritto». Così, quando, a quasi cinquant'anni dalla codificazione piobenedettina, «si è voluto richiamare l'attenzione sulle esigenze pratiche che determinarono la codificazione del diritto canonico e sul bene spirituale da essa prodotto», dinanzi «alla necessità della revisione del *Codex* ed all'accusa della sua flessibilità, nel senso che parecchie norme non urgono quando concorra una *iusta et gravis causa* o una *gravis causa* e perfino una *rationabilis causa*, e che molti precetti sono snervati dall'istituto della dispensa, dai privilegi, perfino dall'*epicheia*», non si è potuto negare che «con queste norme derogatorie, non poche disposizioni vengono di fatto attenuate o anche soppresse», ma si è dovuto ammettere che «qui è tutta la realistica sapienza della Chiesa, che adatta le sue leggi alle varie situazioni, nelle diverse parti del mondo» e che «così si raggiunge la giustizia vera, l'equità in ogni caso concreto», cfr. F. ROBERTI, *Il Cardinal Gasparri*, in *Miscellanea in memoriam Petri card. Gasparri*, in *Apollinaris*, 1960, pp. 40 ss., e P. FEDELE, *Discorsi sul diritto canonico*, Officium Libri Catholici, Roma, 1973, p. 45.

¹⁸ Di più, secondo Pio Fedele, l'istituto della dispensa e «gli altri ad esso più o meno affini», «lungi dall'essere un ricordo storico, hanno visto, a seguito e per effetto della codificazione aumentata di gran lunga la loro importanza e potenziata la loro funzione», P. FEDELE, *Discorsi sul diritto canonico*, cit., p. 46.

¹⁹ P. LOMBARDÍA, *Técnica jurídica del nuevo Código*, cit., p. 194.

²⁰ Per un punto di vista sintetico sui protagonisti della scienza canonistica successiva al Codice piobenedettino e sulla sua evoluzione sino alla vigilia della revisione postconciliare cfr., tra gli altri, A. DE LA HERA, *Introducción a la ciencia del Derecho Canónico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1967, pp. 104-127; P. LOMBARDÍA, *Ciencia canónica*, in ID., *Escritos de derecho canónico*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1974, vol. III, pp. 419-420; J. FORNÉS, *La ciencia canónica contemporánea (Valoración crítica)*, Eunsá, Pamplona, 1984, pp. 296-317.

²¹ G. FELICIANI, *Il diritto canonico nelle Università non ecclesiastiche*, in AA.VV., *L'insegnamento del diritto canonico*, Edizioni Glossa, Milano, 2014, p. 116. Per un opportuno inquadramento di questo indirizzo metodologico, della statura scientifica dei suoi protagonisti, delle implicazioni a livello didattico e più in generale per la questione del metodo nel diritto canonico, si vedano in particolare P. LOMBARDÍA, *Sobre la enseñanza universitaria y el*

È bene però tener presente da subito che non ci si trova dinanzi a studi organici, come forse ci si attenderebbe data la natura della questione e la sua portata vitale anche a livello metodologico, ma a cenni, più o meno consistenti, dai quali si percepisce un mutamento di registro tanto discreto quanto significativo.

L'avventura culturale della scuola canonistica italiana nasce, come noto, dall'«esigenza» che «anche il diritto canonico sia studiato col metodo proprio degli ordinamenti giuridici; il quale del resto, non è che il procedimento solito, imposto dalla logica formale per l'intendimento di ogni ordinamento di leggi e dettami»²². Una esigenza che per quanto variamente interpretata e diversamente tradotta dai protagonisti di questo dibattito – i quali, come è bene ricordare, «avevano opinioni non sempre concordanti, anche su questioni di grande rilevanza»²³ – non li induce mai «a sottacere l'esistenza di significative differenze tra il diritto della Chiesa e il diritto dello Stato»²⁴. Anzi, sotto questo profilo, va rilevato che «i canonisti italiani non si limitano ad affermazioni di carattere generale, ma si preoccupano di indicare specificamente ed enumerare accuratamente le “peculiarità” del diritto della Chiesa»²⁵. In tale ottica vanno apprezzate alcune riflessioni sulla *rationabilitas* ed il tentativo, sia pure incidentale in rapporto alle tematiche via via poste in primo piano, di una sua ricostruzione dogmatica.

metodo de estudio del derecho canónico. A proposito de un libro, in Id., *Escritos de derecho canónico*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1973, vol. I, pp. 95-111; P. LOMBARDÍA, *El derecho canónico en las Facultades de Derecho*, in *ivi*, pp. 279-309; P. LOMBARDÍA, *Aportaciones de Vincenzo Del Giudice al estudio sistemático del derecho canónico*, in *ivi*, pp. 431-495; AA.VV., *Scienza giuridica e diritto canonico*, a cura di R. BERTOLINO, Giappichelli, Torino, 1991; R. TORF, *Les écoles canoniques*, in *Revue de droit canonique*, 1997, pp. 94 ss.; S. BERLINGÒ, *L'insegnamento del diritto canonico nelle Università Statali Italiane. Lo statuto epistemologico di una canonistica laica*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 1997, pp. 145 ss.; M. VISMARA MISSIROLI, *Diritto canonico e scienze giuridiche. L'insegnamento del diritto della Chiesa nelle università italiane dall'Unità al Vaticano II*, Cedam, Padova, 1998; C. FANTAPPIÈ, *Pietro Agostino d'Avack: dal confronto con la canonistica curiale all'autonomia scientifica del diritto canonico*, in AA.VV., *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, a cura di J.I. ARRIETA e G.P. MILANO, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1999, pp. 139-170. M. VISMARA MISSIROLI, *Il diritto canonico nel quadro delle Facoltà di Giurisprudenza secondo d'Avack e Lombardía*, in *ivi*, pp. 367-368; G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto, III, L'uomo, il diritto, la giustizia*, Giappichelli, Torino, 2012; C. MINELLI, *La questione del metodo nel diritto canonico. Il rinnovarsi di una sfida*, in *Ius Ecclesiae*, 2013, pp. 449-458; ed il recentissimo contributo che racchiude gli atti del Convegno promosso dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di storia, filosofia del diritto e diritto canonico dell'Ateneo di Padova e dall'ADEC (Padova, Palazzo del Bo, 27-29 ottobre 2011) su *Gli insegnamenti del diritto canonico ed ecclesiastico a centocinquanta anni dall'Unità*, nell'omonimo volume a cura di M. MIELE, Il Mulino, Bologna, 2015.

²² V. DEL GIUDICE, *Sulla questione del metodo nello studio del diritto canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1939, pp. 230-231.

²³ G. FELICIANI, *Il diritto canonico nelle Università non ecclesiastiche*, cit., p. 117.

²⁴ *Ivi*, p. 119.

²⁵ *Ivi*, p. 120.

Ci si limiterà qui a due soli contributi, rispettivamente di Pio Fedele ed Orio Giacchi, che riflettono emblematicamente le implicazioni della nuova corrente di pensiero.

Il primo appartiene ad uno studio del 1937 dedicato dal canonista perugino all'«*animus communitatis*» nella dottrina canonistica della consuetudine»²⁶. In esso emerge già la tempra vigorosa di chi intende percorrere una via fino in fondo e, solo dopo averla tutta percorsa, renderà conto «dell'altrui pensiero», ch  allora soltanto potr  «vagliare», alla stregua della sua tesi, «la forza di resistenza di quelle altrui»²⁷.

Il problema specifico che egli si pone riguarda la relazione, in rapporto all'«efficacia della consuetudine antinomica»²⁸, tra il concetto di *bona fides*, sul quale il legislatore piobenedettino tace, ed il concetto di *rationabilitas*, espressamente contemplato dal *Codex*.

Ora, secondo Fedele, «non   peculiare alla dottrina canonistica della consuetudine il requisito della *rationabilitas*; ma s  a questa dottrina   peculiare il concetto di *rationabilitas* nella soggetta materia»²⁹: e «qual   questo concetto?»³⁰.

Per rispondere a questa domanda occorre, a suo dire, concentrare l'attenzione sul «punto fondamentale»³¹ intorno al quale ruota tutta la dottrina, e cio  «non essere *rationabilis* la consuetudine *contra legem*, che determini o favorisca uno stato di peccato per gli utenti i quali compiano determinati atti *contra legem*»³².

Peraltro, per illuminare questo punto, coerentemente con la determinazione di fondo che lo caratterizza, egli sceglie di rifarsi agli autori pi  antichi, i quali «in modo pi  espressivo ed originale esprimono quel pensiero, che i posteriori persino con le stesse parole, a volte riprodussero nelle loro trattazioni diffusissime, ma quasi sempre prive di una nota, se non nuova, almeno personale»³³. E si concentra sulla posizione di Antonio da Butrio dalla quale risulta chiaramente «quanto diverso sia nel campo ecclesiastico e nel campo civile il concetto di *rationabilitas*»³⁴: «si

²⁶ Pi  specificamente, dopo aver «determinato (...) il concetto di *bona fides*» il Fedele si prefigge di affrontare «il problema se debba ritenersi necessaria la *bona fides*, in materia di consuetudine». Tuttavia «tale problema non pu  essere affrontato se, oltre il concetto di *bona fides*, non sia prima determinato il concetto di *rationabilitas*, che tanta parte occupa nella dottrina canonistica della consuetudine», P. FEDELE, *Il problema dell'animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*, cit., p. 116.

²⁷ *Ivi*, p. 130.

²⁸ *Ivi*, p. 132.

²⁹ *Ivi*, p. 116.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ivi*, p. 117.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ivi*, p. 118.

ratio consuetudinis particularis determinationi applaudet boni publici et aeterni, haec rationabilis est secundum omne ius. Ideo si bonum suadet publicum et religioni conveniens sit, quod non repugnet aeterno bono, et sic non nutriat peccatum, haec est rationabilis. Si tamen suadet disponi bonum publicum et commune humanum, secundum ius civile rationabilis est. Sed christicolae illam rationabilem non apprehendunt quae suadet bonum publicum contra aeternum»³⁵.

Tale impostazione, cogliendo nel segno «per quanto tocca la non coincidenza del concetto di *bonum publicum* nel diritto della Chiesa e nel diritto civile»³⁶, fa capo, secondo Fedele, «ad un criterio unitario»³⁷. In questo modo si intendeva scongiurare «il pericolo dell'arbitrio»³⁸ alimentato dalla *communis opinio* che rimetteva «al giudice la decisione della *rationabilitas* di una determinata consuetudine»³⁹.

Dunque, «in mezzo a tanta incertezza»⁴⁰, il merito di Antonio da Butrio è indubbiamente «quello di aver fatto richiamo ad un criterio generale»⁴¹. Un criterio generale, ma «non assoluto»⁴²: egli infatti aveva chiaro che il parametro «per decidere se una consuetudine possa considerarsi *rationabilis*»⁴³ non è «identico in ogni ordinamento giuridico»⁴⁴ proprio in quanto risulta essenzialmente «connesso con il fine che l'ordinamento giuridico si propone di perseguire»⁴⁵. E quindi, se «l'ordinamento canonico ha come suo fine la "*foelicitas animae*", cioè la salvezza eterna»⁴⁶, «*rationabilis* per questo ordinamento è la consuetudine che non

³⁵ ANTONII A BUTRIO, *Super prima primi Decretalium Commentaria*, Venetiis, 1578, tom. I, Comm. al can. 11 *Quum tanto*, fol. 80 recto, n.14.

³⁶ P. FEDELE, *Il problema dell'animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*, cit., p. 118.

³⁷ *Ivi*, p. 119.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Si tratta della posizione chiarita dal Panormitano: «Et concordando omnia praedica, dicerem quod hoc reliquendum est arbitrio iudicis, ut voluerunt Hostiensis et Johannis Andrea. Sed iudex informando animum suum habebit respectum ad theoricas praedictas. Nam ponderabit, utrum finis consuetudinis sit bonus vel malus. Item utrum sit contrarius, vel praeter, et an ex aliqua ratione iusta fuerit inducta, et utrum ius approbet similem consuetudinem, vel reprobet, et hoc tene menti», ABBAS PANORMITANUS, *Commentaria primae partis in primum Decretalium librum*, Venetiis, 1582, Comm. al c. 11 *Quum tanto*, fol. 109 recto, n. 5. Egli dunque fa sue le tesi già sostenute da Enrico da Susa, Giovanni d'Andrea e dall'Arcidiacono Guido da Baisio, citate dal Fedele nel medesimo contesto, P. FEDELE, *Il problema dell'animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*, cit., p. 119.

⁴⁰ *Ivi*, p. 121.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

contrasta con questo fine»⁴⁷; «per converso la consuetudine che contrasta con questo fine è *irrationabilis*»⁴⁸. Quanto all'ordinamento civile che «ha come suo fine il *bonum publicum*»⁴⁹, analogamente *rationabilis* sarà «la consuetudine che non contrasta con tale fine»⁵⁰, *irrationabilis* quella che vi contraddice.

L'obiezione sostanziale del Panormitano e cioè che vi sono delle consuetudini le quali, «pur non tendendo in *foelicitatem aeternam*, tuttavia sono approvate dal diritto positivo e non possono quindi considerarsi *irrationabiles*»⁵¹, consente al Fedele di precisare la sua tesi. Il canonista perugino infatti non vede nell'impostazione di Antonio da Butrio il richiamo al criterio positivo della *foelicitas aeternam*, quanto piuttosto l'assunzione di un criterio meramente negativo, in quanto vi si afferma che «*rationabilis* è quella consuetudine che non è *nutritiva peccati*, non già quella che *tendit ad foelicitatem aeternam*»⁵².

Dunque la difficoltà, sollevata dal Panormitano, e cioè che «accettando la regola posta dal Butrio riesce impossibile dire quando una consuetudine sia *rationabilis*»⁵³, scompare quando, «invece di assumere un criterio positivo, se ne assuma uno negativo, così come realmente il Butrio aveva fatto, ponendo in particolare evidenza la diversa posizione del diritto canonico e del diritto civile anche nel presente argomento»⁵⁴.

Qui, secondo il Fedele, è «la verità fondamentale» cui è «informata tutta la dottrina canonistica in tema di *rationabilitas*»⁵⁵. Una verità che «si comprende di per sé, senza bisogno di nessuna dimostrazione, o di vasta cultura canonistica o moralistica, perché anche il profano è in grado di intuirlo»⁵⁶: «il concetto di *rationabilitas* dipendere dalla considerazione del peccato»⁵⁷. Per il Fedele non vi sono dubbi: «è un concetto negativo quello da cui si deve partire»⁵⁸; «il concetto del *peccatum*, il concetto morale e religioso, che non trova riscontro in nessun altro ordinamento giu-

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem.* Per un affondo sul concetto di bene comune nel sapere giuridico ed una visione prospettica in rapporto alle definizioni ed ai problemi attuali, si veda P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Giappichelli, Torino, pp. 39-48.

⁵¹ P. FEDELE, *Il problema dell'animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*, cit., p. 122.

⁵² *Ivi*, p. 123.

⁵³ *Ivi*, p. 124.

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ivi*, p. 125.

⁵⁸ *Ibidem.*

ridico antico o moderno»⁵⁹. E quindi, «è nell'assenza di *peccatum* o di *periculum peccati* che si deve porre il criterio razionale, rispondente allo spirito ecclesiastico, il principio informatore, alla stregua del quale si deciderà se una consuetudine sia *rationabilis* o meno»⁶⁰. In tale ottica, poco importa che «il *peccatum* o il *periculum peccati* si manifesti sotto una forma piuttosto che sotto un'altra, che esso sia escluso da una causa piuttosto che da un'altra, che esso si riveli in una consuetudine che sia “contra nervum ecclesiasticae disciplinae, vel contra libertatem ecclesiae” o in una consuetudine che sia “contra legem divinam sive positivam sive naturalem” o anche “contra positivam legem ecclesiasticam”, purché peccato ci sia o non ci sia»⁶¹.

La cartina di tornasole è il silenzio legislativo del *Codex* circa il requisito della *bona fides* che, per il Fedele, ha evidentemente «valore sintomatico»⁶².

Infatti, se si parte dal presupposto che *bona fides* e *rationabilitas* dipendono «in due campi nettamente distinti, l'uno subiettivo e l'altro obiettivo, da un medesimo concetto, meramente negativo, l'assenza di peccato»⁶³, è di tutta evidenza che, «agli effetti della successiva approvazione legislativa di una consuetudine antinomica, viene in rilievo l'obiettiva *rationabilitas* della consuetudine stessa, non l'opinione subiettiva degli utenti»⁶⁴. In altre parole, «perché la consuetudine sia *rationabilis* è indifferente che *bona fides* vi sia o non vi sia; giacché lo spirito del diritto canonico è salvo qualora si sia di fronte ad una consuetudine *rationabilis* e non esige altri estremi per la sua perfetta realizzazione»⁶⁵.

La funzione della *rationabilitas* si rivela dunque «perfettamente adeguata allo spirito ecclesiastico»⁶⁶; «molto più adeguata, secondo il canonista di Perugia, di quello della *bona fides*, nel senso che il carattere *rationabilis* riflette la perfetta armonia della consuetudine *contra legem* con i principi supremi cui tutto il diritto della Chiesa, nelle sue più umili come nelle sue più alte manifestazioni, è informato, esprimendo nel modo più completo e sicuro, l'assenza di motivi che con quei principî si troverebbero in contrasto»⁶⁷. Insomma, nella costruzione del Fedele, la *rationabilitas* «soppianta ed esaurisce la funzione della *bona fides*»⁶⁸, in quanto «più idonea, anzi la sola idonea

⁵⁹ *Ivi*, p. 126.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ivi*, pp. 126-127.

⁶² *Ivi*, p. 130.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ivi*, p. 131.

⁶⁵ *Ivi*, p. 132.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ivi*, pp. 132-133.

⁶⁸ *Ivi*, p. 133.

a rappresentare il fondamento della consuetudine *contra legem*»⁶⁹.

Si comprende così «come nel diritto della Chiesa possa discutersi di *bona fides* e di *rationabilitas*, nella consuetudine, con assoluta autonomia rispetto alle discussioni che intorno ai medesimi concetti si fanno nell'ambito del diritto civile»⁷⁰. E quindi, in ultima analisi, come, nel diritto della Chiesa, essi «debbano essere affrontati e risolti nel quadro e secondo lo spirito dell'ordinamento giuridico canonico»⁷¹.

Non è difficile cogliere in questa ricostruzione le linee di forza di quel pensiero tanto originale nell'alveo della scuola italiana da suscitare, alla sua prima esposizione organica nel *Discorso generale sull'ordinamento canonico*⁷², l'impressione dello Jemolo di trovarsi dinanzi ad una di quelle opere «che fanno epoca non per le conclusioni che pongono ma per i problemi che agitano»⁷³. Non stupisce pertanto che, proprio nell'ambito di quella medesima vivace avventura culturale di cui si tratta, anzi proprio al livello più cruciale di essa, e cioè la questione del metodo, l'impostazione del canonista perugino fosse destinata a destare più d'una perplessità. A chi gli obietterà, come d'Avack, che una simile rappresentazione del diritto canonico non corrisponde alla realtà storica, in quanto, «la Chiesa ha desunto la massima parte del suo sistema giuridico non già dalla teologia, trasportando nel campo del diritto concetti religiosi ed etici e trasformandoli in concetti ed istituti sociali e giuridici, sibbene proprio dal diritto civile ed in particolare dal diritto romano»⁷⁴, egli replicherà agevolmente esplicitando con chiarezza l'itinerario speculativo cui già appartiene lo studio della *rationabilitas*: «la mia rappresentazione del diritto canonico è fondata non già sulla trasformazione di concetti etici e religiosi in concetti giuridici, ma sulla trasformazione di concetti giuridici sotto l'influenza di elementi etico-religiosi, la quale, senza nulla togliere alla loro giuridicità, fa assumere a questa una particolare fisionomia che rende concetti, istituti e fenomeni canonistici del tutto diversi da quelli civilistici»⁷⁵.

Il contributo di Orio Giacchi si può cogliere nei due momenti estremi della parabola culturale della scuola italiana: quello iniziale, caratterizzato dall'affinamento delle «categorie dogmatiche» necessarie per la costru-

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ivi*, p. 129.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Cedam, Padova, 1941.

⁷³ Egli riteneva infatti che la forza di attrazione del *Discorso* di Fedele stesse «nei problemi che pone, e che offrono a tutti, vecchi e giovani studiosi, esca a discussioni e rimeditazioni», A.C. JEMOLO, *Recensione a Pio Fedele, Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Cedam, Padova, 1941, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, 1941, pp. 125 e 127.

⁷⁴ P.A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico*, I, Giuffrè, Milano, 1956, p. 166.

⁷⁵ P. FEDELE, *Discorsi sul diritto canonico*, cit., p. 7.

zione del «sistema»⁷⁶, e quello finale, definitivamente segnato dal confronto con la novità del Vaticano II.

Alla prima fase appartiene lo studio della causa in quegli atti che già alla fine degli anni trenta egli qualificava «atti amministrativi canonici»⁷⁷.

L'intento del maestro della Cattolica altro non è che «porre a servizio della costruzione del sistema canonistico quei risultati della elaborazione giuridica moderna nei quali siano espressi in forma approfondita e costruttiva gli stessi principi e gli stessi concetti (...) già impliciti nel diritto della Chiesa»⁷⁸. E nel tentativo di costruire una teoria dell'atto amministrativo canonico, a partire dalla fisionomia di figure quali il privilegio e la dispensa, la sua attenzione si concentra sull'elemento della causa.

Nella costruzione di Giacchi, la causa in senso tecnico non coincide affatto con quell'elemento cui «con determinazioni varie (“iusta”, “rationabilis”, “legitima”, “gravis”, “gravissima”, ecc.) il Codex si riferisce»⁷⁹, e che il legislatore «sovente richiede, esigendo la sua presenza per un gran numero di atti amministrativi della più diversa specie»⁸⁰. Se infatti «occorre indagare se la causa sia giusta o sufficientemente grave (...) vuol dire che non si tratta di accertare la presenza o l'assenza di un elemento determinato dal diritto e perciò sempre uguale per tutta una categoria di atti, ma di accertare un elemento di fatto, da valutarsi caso per caso, per ogni singolo atto concreto»⁸¹. Tale elemento motivante dell'atto si configura piuttosto come presupposto di fatto⁸². In questo senso, secondo il canonista milanese, il problema della dottrina amministrativistica italiana e francese relativo alla funzione di tali presupposti nella formazione dell'atto e la loro relazione con la causa in senso tecnico, si pone «di fronte alle norme

⁷⁶ Egli riteneva infatti che «se, come non può farsi, si concepisce l'ordinamento della Chiesa come ordinamento giuridico (...) la meta principale, se non l'unica, alla quale deve tendere la scienza canonistica è quella stessa meta che dev'essere raggiunta dalla scienza giuridica ogni volta che essa si ponga a studiare un determinato ordinamento: una costruzione completa e armonica di tale ordinamento che ne offra il sistema», O. GIACCHI, *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna*, in ID., *Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica*, a cura di O. FUMAGALLI CARULLI, vol. I, Giuffrè, Milano, 1981, p. 71.

⁷⁷ Una tesi che il maestro milanese argomenta in un saggio dedicato a «cogliere i lineamenti dell'atto amministrativo nei rescritti» e a «sistemare questa categoria tra le altre categorie di atti amministrativi canonici», v. O. GIACCHI, *Natura giuridica dei rescritti in diritto canonico*, Circolo giuridico della R. Università, Siena, 1937, p. 23. Sulla portata di questa definizione nell'evoluzione del pensiero canonistico in materia e delle soluzioni tecniche successive, segnatamente la costruzione della categoria degli atti amministrativi singolari, si veda più ampiamente C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 147-154, pp. 267-277.

⁷⁸ O. GIACCHI, *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna*, cit., p. 89.

⁷⁹ O. GIACCHI, *La causa negli atti amministrativi canonici*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. IV, Cedam, Padova, 1940, p. 254.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ivi*, p. 255.

⁸² *V. ibi*, pp. 256-257.

del *Codex* (...) in maniera assai più chiara»⁸³. Risulta cioè in esse, più evidente quel nesso «strettissimo»⁸⁴, evidenziato dalla dottrina laica allora dominante, che corre «tra presupposti e causa, senza confonderli, sì che questa sorge in certo modo da quelli»⁸⁵. Il richiamo del Codice canonico quindi definisce la misura della libertà discrezionale riconosciuta all'autorità di «accertare se, nel caso, esistano o non esistano presupposti per l'emanazione dell'atto»⁸⁶. E, proprio in virtù della funzione di limite all'apprezzamento discrezionale, che vi si realizza, tali presupposti costituiscono gli indispensabili «segni indicatori della causa in senso tecnico»⁸⁷, in quanto riflettono l'esigenza «che esista una ragione giustificatrice che tale sia oggettivamente»⁸⁸. La causa coincide dunque con un elemento «indicato dalla legge canonica implicitamente – attraverso le esplicite disposizioni che esigono la presenza dei presupposti di fatto – come requisito dell'atto al raggiungimento dell'interesse generale della Chiesa»⁸⁹. Si tratta cioè, in ultima analisi, di un elemento astratto «facente parte dell'astratta struttura dell'atto amministrativo canonico, quale è predisposta dall'ordinamento della Chiesa»⁹⁰.

Tale affascinante ricostruzione che ha il limite evidente, già rilevato in altra occasione, di dare per scontato quanto invece andava provato, e cioè l'esistenza di un modello astratto di atto amministrativo canonico⁹¹, ha un importante valore sintomatico.

Non può sfuggire infatti come il carattere *rationabilis* della causa nel pensiero di Giacchi si riduca ad «una delle determinazioni varie» dell'elemento tecnico⁹² che, per la sua pretesa affinità all'omologa categoria del diritto amministrativo secolare, svolge, questo sì, una funzione determinante nella costruzione del sistema.

L'accento tipico sulla *rationabilitas* della causa che, come si è visto, non ha mai cessato di evocare la proporzione del provvedimento alle concrete circostanze del caso ed alla legge, eventualmente soggetta a sospensione o a cessazione, si stempera qui in un "coacervo di indistinti" che poco o nulla ha da dire sulla natura giuridica degli atti in questione.

Se questa è la ricaduta inevitabile del sacrificio al sistema costruito

⁸³ *Ivi*, p. 257.

⁸⁴ *Ivi*, p. 256.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ivi*, p. 257.

⁸⁷ *Ivi*, p. 261.

⁸⁸ *Ivi*, p. 258.

⁸⁹ *Ivi*, p. 261.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ V. in proposito C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico*, cit., p. 154.

⁹² V. O. GIACCHI, *La causa negli atti amministrativi canonici*, cit., p. 79.

sull'elemento causale *tout court* del suo carattere *rationabilis*, non mancano altri spunti nella riflessione del maestro milanese che impediscono di imputargli una totale svalutazione della *rationabilitas*.

Lo spunto più marcato appartiene peraltro all'ultima fase dell'avventura culturale cui egli prende parte attivamente e che deve misurarsi con l'evento del tutto inaspettato ed epocale del Concilio ecumenico Vaticano II e con il conseguente avvio della revisione del Codice piobenedettino.

L'occasione di un affondo sulla *rationabilitas* viene offerto al canonista dell'Università Cattolica nella relazione introduttiva al primo Congresso organizzato direttamente dalla *Consociatio internationalis iuris canonici promovendo* e dedicato alla *Norma nel diritto canonico*, che si svolge a Pamplona nel 1976 in un clima di grande fervore culturale, animato da un dibattito scientifico vivace e senza sconti.

Nell'affrontare la nuova temperie caratterizzata dalla tentazione di opporre l'«*Ecclesia iuridica*» all'«*Ecclesia spiritualis*»⁹³, che incrementava il diffondersi dell'antigiuridismo, Giacchi non viene meno all'impostazione metodologica che ha contraddistinto l'intero suo itinerario speculativo.

Contro l'artificiosa contrapposizione tra termini che riflettono i profili diversi «di una stessa sublime realtà»⁹⁴, egli non può fare a meno di prendere atto del dato originario: «se questa vita umana è stata sussunta ed elevata sul piano soprannaturale in tutti i suoi aspetti, dal pensiero all'arte, dalla poesia alla vita quotidiana anche nei suoi aspetti più modesti, era consequenziale che questa stessa divina trasformazione investisse anche quel senso profondo della giustizia e quei rapporti di diritto che ne scaturiscono e che sono anch'essi una parte di questa vita terrena a cui il Redentore ha dato un volto soprannaturale»⁹⁵. Peraltro, «le norme di ori-

⁹³ O. GIACCHI, *La norma nel diritto canonico*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico, Actas del III Congreso internacional de derecho canónico*, Pamplona, 10-15 de octubre de 1976, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, vol. I, p. 21.

⁹⁴ Una contrapposizione ricorrente che, secondo Giacchi, riguarda «gli eretici del basso Medioevo, soprattutto Wyclif e Huss, nei quali la tesi del contrasto tra l'essenza della Chiesa e il suo diritto è solo implicita; Lutero e i suoi seguaci, da cui questa tesi viene affermata con assoluta chiarezza, anche se non in modo sistematico; alcuni seguaci del "modernismo" del primo Novecento, nei quali la tesi torna ad affiorare più come conseguenza di altri atteggiamenti del loro pensiero che come logica deduzione di sicure premesse». In linea generale, «ogni affermazione di riduzione della Chiesa al puro cosiddetto "evangelismo" contiene, in forma più o meno conseguente ed esplicita, una profonda diffidenza verso l'aspetto giuridico della Chiesa; così che la storia delle lotte condotte muovendo da questo punto di partenza può considerarsi anche come la storia delle affermazioni del preteso contrasto fra Chiesa di Cristo e ordinamento canonico». Del resto «non va dimenticato che la lotta contro le norme canoniche, contro le "Decretali", è stata molte volte non il frutto di una aspirazione, come ad esempio in Dante, ad un ritorno alle fonti primitive della Chiesa, ma ad un aspetto della battaglia contro la efficace presenza di essa, contro la forza della sua organizzazione, realtà particolarmente intollerabili per chi ha rotto con il cristianesimo (un esempio fra molti, Rabelais)», *ivi*, pp. 21-22.

⁹⁵ *Ivi*, p. 22.

gine e di fine soprannaturali (...) si comportano, devono comportarsi come tali, cioè come ordinamento incentrato sulla giustizia»⁹⁶: ne discende che «il sistema del diritto canonico è propriamente un sistema giuridico che va indagato ed applicato con gli strumenti giuridici»⁹⁷. In tale prospettiva si può comprendere «come la teoria generale del diritto e il carattere formale dell'ordinamento giuridico diventino elementi della missione stessa della Chiesa, che si possono naturalmente studiare separatamente dalla sua teologia, ma che vi sono intimamente connessi»⁹⁸.

Secondo Giacchi dunque «l'esistenza della norma canonica si coordina mirabilmente con tutta la sostanza umana e divina della Chiesa»⁹⁹.

Tuttavia egli non si nasconde «la folla di problemi»¹⁰⁰ relativi all'«impostazione stessa del concetto di norma canonica»¹⁰¹, «specialmente discusso» nel «tormentato periodo postconciliare»¹⁰². Un concetto da taluni «ristretto fino a far considerare la norma come un mero strumento delle finalità ecclesiali senza alcuna propria consistenza»¹⁰³ e da altri «esaltato fino a farla combaciare con la teologia»¹⁰⁴, «smarrendo nell'uno e nell'altro caso il carattere proprio della norma, che per essere canonica, non cessa di essere norma giuridica»¹⁰⁵.

Occorre dunque cogliere «il *proprium* dell'ordinamento canonico»¹⁰⁶, «unico ed irripetibile in tutta la storia umana»¹⁰⁷ e cioè «la sua apertura verso l'alto»¹⁰⁸ in virtù della quale «norme aventi origine divina e che per loro natura trascenderebbero l'ordinamento umano, terreno della Chiesa, entrano invece in esso ed anzi lo dominano»¹⁰⁹. E «questo mirabile fenomeno di compenetrazione del divino nell'umano»¹¹⁰ rende la Chiesa «società-mezzo per eccellenza»¹¹¹, essenzialmente strumentale «al raggiungimento di un fine, che non le è insito, chiuso in essa, ma fuori di essa»¹¹².

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ *Ibidem.*

⁹⁹ *Ivi*, p. 23.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 24.

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ *Ivi*, pp. 24-25.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 25.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 26.

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁹ *Ibidem.*

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ *Ibidem.*

¹¹² *Ibidem.*

La sua medesima sovranità non le appartiene se non nella misura di un decentramento radicale e cioè nel non avere «in essa il suo centro»¹¹³ e nell'essere le sue dimensioni fondamentali «proiettate verso l'infinito e l'eterno»¹¹⁴. Dunque «le norme di diritto divino non possono non fare parte integrante dell'ordinamento canonico»¹¹⁵ in quanto ne costituiscono «il fondamento e la struttura essenziale»¹¹⁶.

Il problema secondo Giacchi quindi non si pone tanto al livello della «giuridicità ed efficacia immediata nell'ordinamento della Chiesa delle norme attinte dalla Rivelazione»¹¹⁷, «diritto divino positivo»¹¹⁸, né a livello del «diritto naturale»¹¹⁹, una volta che sia chiarito «in quale senso vada intesa la "natura"»¹²⁰, vale a dire quell'«ordine, profondo ed essenziale»¹²¹, che «un Essere onnipotente e misericordioso»¹²² ha impresso all'«origine di tutti gli esseri»¹²³, «mancando al quale essi mancano anzitutto a se stessi, alla loro verità ed autenticità»¹²⁴.

In definitiva il diritto divino, positivo e naturale, si configura come «un sistema di norme superordinato al rimanente complesso delle norme canoniche»¹²⁵ le quali pertanto «non possono in alcun modo dissentire da tale sistema»¹²⁶; e cioè «in parte ne sono applicazione diretta e puntuale»¹²⁷, «in parte vi si ricollegano ordinandosi ad esse»¹²⁸ ed «in parte ancora sono norme tecniche»¹²⁹ le quali, pur non implicando «la soluzione di problemi etici»¹³⁰ ma semplicemente la precisa regolamentazione «di rapporti di vario genere»¹³¹, restano comunque «illuminate dallo scopo cui tende tutto l'ordinamento, la gloria di Dio, la salvezza delle anime»¹³².

¹¹³ *Ivi*, p. 27.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ivi*, p. 28.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Ibidem*.

Più difficile è, per Giacchi, la soluzione del problema centrale che riguarda appunto questo complesso di norme di natura e di origine umana, e cioè quello «della loro proporzione alla giustizia»¹³³. Un termine quest'ultimo che si collega «intrinsecamente» alla *charitas*, la quale, «stando al cuore della Chiesa, è anche il centro motore del suo ordinamento»¹³⁴.

Pur ritenendo qui del tutto pertinente il riferimento all'*aequitas canonica*, che in modo «fondatissimo» viene fatta coincidere con la norma suprema, Giacchi ritiene di dovervi «guardare più a fondo»¹³⁵.

Infatti, «quest'anima profonda ed essenziale»¹³⁶ che consiste nell'«identificazione di ogni norma canonica, scritta o non scritta, con la giustizia, una giustizia che culmina nella *charitas*»¹³⁷, si ridurrebbe ad «un vago discorso moralistico»¹³⁸ se non vi fosse «il mezzo tecnico per realizzare tale identificazione ed equazione»¹³⁹.

La vera questione, poiché ci si trova «all'interno di un ordinamento giuridico»¹⁴⁰, è quindi poter «conoscere *come* la norma si riduca a giustizia e *charitas*»¹⁴¹.

Ora, «il mezzo tecnico», secondo il maestro milanese, consiste «essenzialmente nella cessazione della efficacia della norma quando essa conduca ad un risultato iniquo o di "nimis rigor iuris"»¹⁴².

A questo punto entra in gioco la *rationabilitas*.

Ad essa infatti la letteratura canonistica riferisce il principio «cessante ratione legis cessat lex»¹⁴³ che consente la sospensione e la sostituzione della norma scritta o consuetudinaria, divenuta «iniqua» proprio per il venir meno della *ratio legis* cui si deve il suo vigore¹⁴⁴. Ancora una volta la *rationabilitas* funzionerebbe come criterio negativo, non più a presidio della tipicità della logica canonistica come in Fedele, ma a garanzia della coerenza sistematica dell'ordinamento canonico.

Il canonista della Cattolica però non si ferma qui e compie un passo ulteriore, breve ma estremamente significativo, chiarendo che *rationabilitas* «non è soltanto ragione secondo natura ma deve ispirarsi a quella supre-

¹³³ *Ivi*, p. 29.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ivi*, p. 31.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ivi*, p. 32.

¹⁴⁴ V. *Ibidem*.

ma ragione che è la *charitas*»¹⁴⁵. Egli non esita cioè a far suo l'insegnamento di Giuseppe Capograssi, riconoscendovi quella «norma suprema»¹⁴⁶ cui il «grande e venerato maestro»¹⁴⁷ riconduceva «l'essenza dell'ordinamento canonico e il suo gioco tra positività ed equità, tra certezza e *charitas*»¹⁴⁸.

La *rationabilitas* diviene così la chiave di volta del sistema in quanto riflette «una razionalità più profonda di quella che si esprime, sia pure con alta saggezza, nel principio “cessante causa, cessat effectus”»¹⁴⁹: ed è «la sapienza fondata sull'amore»¹⁵⁰.

Non è difficile cogliere la diversità di accento di quest'ultimo contributo che senza sconfessare il postulato della necessità di una costruzione sistematica alla luce della categorie dogmatiche moderne, nel tentativo di arginare la deriva antiggiuridica dilagante, restituisce alla *rationabilitas* la centralità nei gangli vitali dell'ordinamento canonico.

In tale ottica muta sensibilmente il registro degli argomenti, meno determinato dall'urgenza di inquadrare l'ordinamento canonico secondo i criteri tecnici approntati dalla scienza giuridica laica che dalla preoccupazione di valorizzarne l'originale dimensione di giuridicità.

Peraltro, tale rivisitazione tutta giuridica della *rationabilitas* non ha grande presa in un contesto culturale attraversato da tensioni così forti da scuotere, proprio durante i dibattiti di Pamplona, i cardini di ogni costruzione ispirata all'eredità classica.

Non si può infatti dimenticare che, in quella sede, viene radicalmente

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*. Come sottolinea Capograssi, nella sua riflessione sulla certezza giuridica nell'ordinamento canonico, «ogni norma è non una qualunque norma che potrebbe appartenere a qualunque ordinamento, ma norma canonica nel suo intrinseco, in quanto non è che lo svolgimento e la determinazione della norma fondamentale»: «è l'essere determinazione di questa norma che la fa norma e norma canonica». Ora, «a questo si riduce il requisito della *rationabilitas* della legge e della consuetudine, se si guarda esattamente, uscendo fuori dalle determinazioni di carattere logico o generico a cui spesso si ricorre, e rimanendo come si deve nella considerazione puramente giuridica della *ratio* la quale è tale in quanto ha per suo imprescindibile oggetto l'ordinamento stesso a cui la legge inerisce». Dunque «la legge è *rationabilis* in quanto è la posizione particolare di questa norma»: «se non è questo, se la contraddice non è legge». Pertanto «ogni norma (...) in quanto posizione particolare della norma suprema è essa stessa nella sua particolarità, ed insieme è la norma suprema in quanto posizione particolare di questa»; «e quindi si può dire che ogni norma nel suo essere se stessa, in quanto porta inclusa in sé la norma suprema, in quanto non è nella sua essenza che la norma suprema, è subordinata, come particolare, alla norma fondamentale, alla piena e sovrana validità di questa norma e trova in essa una perpetua ed intrinseca limitazione della sua portata». Cfr. G. CAPOGRASSI, *Presentazione* a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Casa Editrice Gismondi, Roma, 1968, pp. 28-29.

¹⁴⁹ O. GIACCHI, *La norma nel diritto canonico*, cit., p. 33.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

discussa, per la prima volta in campo cattolico, la definizione di legge tomista.

In un intervento destinato a suscitare molto scalpore, Eugenio Corecco giudica «sintomatico»¹⁵¹ quello che egli ritiene uno dei limiti più evidenti del Congresso, e cioè l'aver evitato di affrontare, parlando della norma canonica, «il problema della definizione di legge»¹⁵²: è come, a suo dire, «se la si ritenesse definitivamente acquisita e non discutibile»¹⁵³.

Invece, per il professore di Friburgo, «rilanciare» la discussione sul punto non significava tanto «riprendere il movimento pendolare (...) tra il realismo e il volontarismo»¹⁵⁴, cosa che nessuno all'evidenza voleva fare, quanto invece «riproporre il problema all'interno del rapporto tra ragione e fede»¹⁵⁵.

Per chiarire i termini della questione egli prende le mosse da quella analoga, relativa alla definizione di diritto. Secondo Corecco, nozioni tradizionali, del tipo «quod est iustum» o «obiectum iustitiae»¹⁵⁶, non tengono conto della «profonda diversità» esistente tra diritto secolare, «anche quando è pensato all'interno della tradizione cristiana»¹⁵⁷, e diritto canonico, «in quanto realtà specifica del mistero della Chiesa»¹⁵⁸.

Tali definizioni essenzialmente «monistiche» appartenevano ad un «regime di cristianità» in cui «il diritto canonico era valido anche come diritto comune»¹⁵⁹. Dinanzi all'urgenza crescente «di ridefinirlo nella sua purezza ecclesiale»¹⁶⁰, nel contesto della modernità, le definizioni «tramandate dal pensiero filosofico-teologico cristiano»¹⁶¹ non sono in grado di offrire «una nozione formale di diritto canonico atta a suggerire e a postulare una metodologia adeguata alle esigenze della scienza canonistica moderna»¹⁶².

Evidentemente il presupposto da cui muove Corecco è che «la canoni-

¹⁵¹ Nell'ambito del Congresso di Pamplona, il canonista elvetico prese parte attiva alla *Tercera mesa redonda* dal titolo *Fundamentos actuales de la teoría de las fuentes del derecho canónico*, con una relazione dedicata al *Valore dell'atto «contra legem»* (E. CORECCO, *Valore dell'atto «contra legem»*, in *ivi*, pp. 839-860), ma soprattutto, infiammando il dibattito conclusivo della sessione, con una serie di interventi molto penetranti sulla questione dell'identità epistemologica del diritto canonico. E. CORECCO, *Intervento*, in *Deliberaciones sobre las ponencias y comunicaciones de la tercera mesa redonda*, in *ivi*, p. 1177.

¹⁵² *Ibidem.*

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁶ *Ibidem.*

¹⁵⁷ *Ivi*, pp. 1177-1178.

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 1178.

¹⁵⁹ *Ibidem.*

¹⁶⁰ *Ibidem.*

¹⁶¹ *Ibidem.*

¹⁶² *Ibidem.*

stica non può più essere considerata primariamente come scienza giuridica bensì come scienza teologica»¹⁶³.

In tale orizzonte, «si inserisce il problema della definizione della legge»¹⁶⁴.

Ora, secondo Corecco, non è più possibile «applicare al diritto canonico»¹⁶⁵ la definizione tomista dell'«*ordinatio rationis*», in quanto «di provenienza non teologica ma filosofica, essendo stata formulata non in vista di cogliere la natura della legge canonica, ma della legge in quanto tale»¹⁶⁶.

Infatti, nel «sistema di S. Tommaso la “*ordinatio rationis*” non significa semplicemente che la legge deve essere razionale, vale a dire intelligente o saggia, ma che il suo criterio costitutivo ultimo è la ragione, sia essa divina che umana»¹⁶⁷. Mentre «il criterio ultimo e determinante dell'ordinamento canonico non può essere la ragione, ma la fede, poiché si tratta dell'ordinamento giuridico proprio al mistero della Chiesa»¹⁶⁸. Il problema non è pertanto ancora una volta quello «della scelta tra la ragione e la volontà, ma tra la ragione umana e la fede, come strumenti diversi di conoscenza che esistono solo nell'uomo e non in Dio, per il quale l'*ordinatio rationis*, *mutatis mutandis*, sta bene»¹⁶⁹.

Corecco non giunge ancora alla sostituzione dell'«*ordinatio rationis*» con l'«*ordinatio fidei*», cui dedicherà l'omonimo saggio di poco successivo, ma indica con chiarezza che tale è la direzione da seguire per costruire la nuova definizione della legge canonica¹⁷⁰.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ivi*, p. 1179.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Egli infatti chiarisce in questi termini le sue intenzioni: «non è che io intenda sostituire alla “*ordinatio rationis*” una “*ordinatio fidei*”; la nuova definizione di legge canonica è da costruire, credo però che dobbiamo andare in questa direzione», *ibidem*. Peraltro, di lì a poco, questi spunti troveranno sviluppo organico nel saggio E. CORECCO, «*Ordinatio rationis* o «*ordinatio fidei*? *Appunti sulla definizione della legge canonica*, in *Strumento Internazionale per un Lavoro Teologico: Communio*, 1977, pp. 48-69, ora in *Id.*, *Ius et communio. Scritti di Diritto Canonico*, a cura di G. BORGONOVO e A. CATTANEO, Facoltà di Teologia di Lugano-Piemme, Lugano-Casale Monferrato (AL), 1997, vol. I, pp. 135-156. Per il canonista elvetico, «la legge canonica deve essere definita come “*ordinatio fidei*” perché non è prodotta da un legislatore umano qualsiasi, ma dalla Chiesa, il cui criterio epistemologico decisivo non è la ragione, ma la fede». Del resto «la priorità della fede sulla ragione non si avvera solo quando la Chiesa scopre o riconosce, in forza del carisma che ha ricevuto, i principi supremi del “*ius divinum*”, ma si impone anche quando essa si applica ad “incarnare” questi ultimi, con norme giuridiche positive dentro la situazione storica sociale e culturale particolare in cui essa vive, servendosi del “*lumen rationis*”, cioè del metodo giuridico». D'altro canto la sua visione non risente affatto del dualismo imperante in quegli anni, in quanto «non può esistere dicotomia tra il livello epistemologico dei principi supremi e quello operativo e produttivo della norma giuridica concreta, poiché non esiste dicotomia tra la Chie-

Tanto basta per suscitare la reazione decisa di Pedro Juan Viladrich¹⁷¹. Egli non sottovaluta l'esigenza di un profondo rinnovamento metodologico che liberi la scienza canonistica «de la estrechez de la pura exégesis normativa y de la falta de sentido eclesiológico del positivismo»¹⁷². Tuttavia non è disposto a condividere l'impostazione che fa coincidere tale rinnovamento con la conversione della scienza canonistica in una «disciplina teologica con método jurídico»¹⁷³. Secondo Viladrich la scienza canonistica assolve la sua funzione ecclesiale nella misura in cui riesce ad essere autentica scienza giuridica. Secondo la sua vocazione propria di «elaborar la justicia jurídicamente»¹⁷⁴, ovvero «sub ratione prudentiae»¹⁷⁵. L'opinione contraria, secondo la quale la scienza canonistica per essere realmente ecclesiale dovrebbe convertirsi in scienza teologica in realtà con-

sa spirituale e quella sociologica»: «l'unità tra l'epistemologia e la prassi, attorno al principio della fede, distingue la Chiesa da ogni altro soggetto conoscitivo e caratterizza il metodo canonistico da ogni altra metodologia umana», *ivi*, p. 156. Per un approfondimento della concezione metodologica di Eugenio Corecco v., in particolare, W. AYMANS, *Lex canonica. Consideraciones sobre el concepto de ley canónica*, in *Ius Canonicum*, 1985, pp. 463-478; A. CATTANEO, *La necessità del metodo teologico per la canonistica nel pensiero di Eugenio Corecco*, in *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, a cura di J.I. ARRIETA e G.P. MILANO, cit., pp. 78-94. Non sono mancate naturalmente riprese successive di queste tesi, anche di segno opposto. Per una valutazione critica, tra le più recenti, si veda l'accenno di A. BETTETINI, *Umano e divino nel diritto della Chiesa*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2003/4, pp. 1315-1316. Per una ripresa convinta delle tesi del giovane Corecco, si veda L. GEROSA, *Introduzione al diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2 voll., 2012, segnatamente vol. I, pp. 186-197 e vol. II, pp. 64-65. Vale peraltro la pena tener presente quanto ha rivelato in proposito Giorgio Feliciani, riferendosi ad una conversazione privata con «il futuro vescovo di Lugano», e cioè come Corecco stesso «avesse rilevato una non indifferente ambiguità in tutto il relativo dibattito, a causa della mancanza di una definizione certa e universalmente accettata di cosa si dovesse precisamente intendere per metodo giuridico e per metodo teologico», G. FELICIANI, *Esperienze canonistiche nella Università italiana del secolo XX*, in AA.VV., *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, cit., p. 207.

¹⁷¹ «Per dare un'idea del clima», nel quale si accese questo dibattito, recentemente Giorgio Feliciani ha voluto ricordare un episodio personale: «al termine della relazione in questione e del dibattito che ne era seguito soprattutto ad opera di Juan Viladrich, mi venne incontro uno dei nostri più insigni maestri che, sapendo dei miei cordiali rapporti col canonista svizzero, mi affrontò in questi termini "quel seminatore di zizzania del suo amico Corecco"; il che poi non impedì ai due di diventare amici e, pur nella diversità di opzioni metodologiche, di stimarsi vicendevolmente», G. FELICIANI, *Esperienze canonistiche nella Università italiana del secolo XX*, cit., p. 203.

¹⁷² P.J. VILADRICH, *Intervento*, in *Deliberaciones sobre las ponencias y comunicaciones de la tercera mesa redonda*, cit., p. 1201. Se la distinzione della sua posizione concettuale e metodologica rispetto a quella di Corecco doveva essere ben nota, egli tiene a sottolineare una preoccupazione comune e condivisa «en el "sentimiento" en favor de una más intensa especificidad del derecho canónico»: «el pluralismo conceptual y, sobre todo, metodológico me parece positivo, siempre, claro está, que la discrepancia no se sitúe falsamente a nivel del "sentimiento" al que me he referido». *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ivi*, p. 1202.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

traddice la natura stessa della Chiesa: all'origine della dissociazione tra dimensione canonistica e dimensione giuridica, non vi è altro che la confusione da una parte de «lo jurídico con la ciencia jurídica estatal de signo positivista»¹⁷⁶ e dall'altra de «lo canónico con la teología (una teología hipertrofiada y sinónima de *scientia sacra*)»¹⁷⁷.

Il silenzio sulla *rationabilitas*, da entrambi i fronti del dibattito, è di per sé eloquente.

Di fronte all'ipotesi di far *tabula rasa* della definizione tomista, si avvertiva la necessità innanzitutto di riguadagnare un minimo di certezza circa lo statuto epistemologico del diritto canonico, guardandosi dal «rischio di teologizzare il diritto e di giuridicizzare la teologia»¹⁷⁸. E di conseguenza pareva urgente precisare che «le leggi non sono un genere letterario per la trasmissione della dottrina della fede»¹⁷⁹, ma «una norma di valutazione – di misura – degli atti umani, dirette ad aumentare il bene comune della società ecclesiastica, la pace e la concordia tra i fedeli»¹⁸⁰. Esse non sono fatte «per definire dogmi ma per ordinare condotte»¹⁸¹: tant'è che «la qualifica» corrispondente ad «una buona legge»¹⁸², «non è quella di vera, ma quella di giusta e prudente»¹⁸³. Insomma andava riguadagnata l'evidenza che «il legislatore in quanto tale non insegna ma decide»¹⁸⁴. Tuttavia, non ci si poteva nascondere che il contesto nel quale andava esercitata l'invocata *prudencia iuris* era profondamente mutato. In un ambiente culturale come quello moderno dove, come osservava Corecco, «la fede – non solo in quanto supera la razionalità umana, ma anche in quanto la informa per aiutarla nel suo compito originario – non è più accettata come punto di riferimento del *bonum commune* poiché la *ratio* slegata da ogni legame strutturale con la fede è diventata, anche nell'ipotesi migliore dell'accettazione dell'esistenza di un diritto naturale, l'istanza ultima e insidiabile di ogni agire umano»¹⁸⁵, che ruolo poteva giocare la *rationabilitas*?

D'altro canto, come osservava Lombardía, nelle conclusioni del Con-

¹⁷⁶ *Ibidem.*

¹⁷⁷ *Ibidem.*

¹⁷⁸ P. LOMBARDÍA, *Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico*, cit., vol. II, p. 861 ed anche in *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesíastico del Estado*, cit., vol. IV, p. 209; Traduzione italiana in P. LOMBARDÍA, *Norma e ordinamento giuridico*, in *ivi*, p. 262.

¹⁷⁹ *Ibidem.*

¹⁸⁰ *Ibidem.*

¹⁸¹ *Ibidem.*

¹⁸² *Ivi*, rispettivamente, p. 862; p. 210 e p. 263.

¹⁸³ *Ibidem.*

¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ E. CORECCO, «*Ordinatio rationis*» o «*ordinatio fidei*»? *Appunti sulla definizione della legge canonica*, cit., p. 151.

gresso, si doveva prendere atto di una pericolosa abdicazione dall'uso di tale criterio nella prassi.

Dinanzi al moltiplicarsi di «comportamenti *contra legem*, generalizzati in determinate comunità, senza che si avesse notizia di interventi dell'autorità ecclesiastica al riguardo»¹⁸⁶, veniva da chiedersi se si trattasse di «mere violazioni della legge»¹⁸⁷ o di «condotte lecite, rispondenti a consuetudini *contra legem* già iniziate»¹⁸⁸. La soluzione si sarebbe dovuta cercare, prima di tutto, «nella *rationabilitas* di tali comportamenti e nell'*animus* con il quale venivano esercitati»¹⁸⁹. Quanto al *consensus legislatoris*, il suo silenzio avrebbe potuto far pensare ad «un *consensus legalis* per una consuetudine, in via di essere *legitime praescripta*»¹⁹⁰. Se non fosse che lo stesso silenzio si doveva registrare «di fronte a condotte di indiscutibile *irrationabilitas*, che nessuno si occupava di riprovare espressamente»¹⁹¹. In un contesto del genere, in cui urgeva innanzitutto «richiamare» l'attenzione dei pastori della Chiesa «sul dovere di osservare personalmente»¹⁹², e nell'«esercizio delle loro funzioni»¹⁹³, le norme giuridiche, aiutandoli «a ritrovare la tradizione canonica»¹⁹⁴, il rischio di non intendere più nemmeno il significato della parola *rationabilis* non poi era tanto remoto.

¹⁸⁶ P. LOMBARDÍA, *Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico*, cit., vol. II, p. 863, ed anche in Id., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesíastico del Estado*, cit., vol. IV, p. 212; Traduzione italiana in P. LOMBARDÍA, *Norma e ordinamento giuridico*, in *ivi*, p. 264.

¹⁸⁷ P. LOMBARDÍA, *Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico*, cit., vol. II, p. 863, ed anche in *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesíastico del Estado*, cit., vol. IV, p. 212; Traduzione italiana in P. LOMBARDÍA, *Norma e ordinamento giuridico*, in *ivi*, p. 265.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ P. LOMBARDÍA, *Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico*, cit., vol. II, p. 864, ed anche in *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesíastico del Estado*, cit., vol. IV, p. 212; Traduzione italiana in P. LOMBARDÍA, *Norma e ordinamento giuridico*, in *ivi*, p. 265

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² P. LOMBARDÍA, *Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico*, cit., vol. II, p. 860, ed anche in *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesíastico del Estado*, cit., vol. IV, p. 208; Traduzione italiana in P. LOMBARDÍA, *Norma e ordinamento giuridico*, in *ivi*, pp. 260-261.

¹⁹³ P. LOMBARDÍA, *Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico*, cit., vol. II, p. 860, ed anche in *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesíastico del Estado*, cit., vol. IV, p. 208; Traduzione italiana in P. LOMBARDÍA, *Norma e ordinamento giuridico*, in *ivi*, p. 261.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

3. La riforma delle «norme generali»

Lo sforzo costruttivo del legislatore postconciliare risulterebbe dunque difficilmente comprensibile al di fuori di quell'*humus* culturale che aveva favorito la diffusione nella Chiesa di «una sensazione di incertezza del diritto, quando non di pratica anomia, con rilassamenti della disciplina ecclesiastica e con esperimenti non sempre felici, talvolta tollerati o almeno non fermamente guidati»¹⁹⁵.

La stessa formulazione del primo principio direttivo della revisione – «imprimis novus Codex indolem iuridicam omnino retineat cum spiritu proprio»¹⁹⁶ – verrebbe percepita, senza una adeguata contestualizzazione, come una pura tautologia, data l'evidente difficoltà a concepire un Codice che non abbia indole giuridica o un corpo legislativo canonico che non risponda allo spirito dell'ordinamento ecclesiale¹⁹⁷. Ed invece proprio tale postulato di partenza ispira in modo determinante l'edificazione del libro I come l'ambito privilegiato per rielaborare le categorie fondamentali¹⁹⁸, necessarie alla traduzione normativa delle acquisizioni conciliari maggiormente rilevanti in campo giuridico. Si pensi alla relazione organica che inevitabilmente si sarebbe instaurata tra teoria della norma canonica e questioni disciplinari di alto spessore tecnico come la formalizzazione dei diritti fondamentali dei fedeli, la distinzione delle funzioni nell'esercizio della potestà ecclesiastica e la tutela contro ogni abuso di potere, che appartenevano in larga misura alla riflessione sul progetto della *Lex Ecclesiae Fundamentalis* e sulle quali si giocava in ogni caso la fisionomia stessa della revisione postconciliare¹⁹⁹.

Lo studio di tali reciproche interazioni esula evidentemente dai limiti della presente ricerca. Tuttavia non va dimenticato che, dinanzi a problematiche di quel calibro, l'impostazione di un'adeguata teoria delle fonti si doveva misurare con la difficile eredità del sistema piobenedettino. Non poteva cioè prescindere dal dato che, pur non essendo mai venuto meno il

¹⁹⁵ Così si esprimeva il Segretario di Stato Agostino Casaroli nel discorso alla solenne presentazione del Codice vigente il 3 febbraio 1983. V. *Osservatore Romano*, 4. II. 1983, p. 3.

¹⁹⁶ Pertanto «vitandae vel potius discernendae sunt a Codice novo quaelibet conceptiones vel suggestiones nuper per diversa scripta sparsae secundum quas futurus Codex pro fine principali habere deberet solum regulam fidei et morum proponere», *Principia quae Codicis Iuris canonici recognitionem dirigant*, in *Communicationes*, 1969/2, pp. 78-79.

¹⁹⁷ Cfr., in questo senso, P. LOMBARDÍA, *Técnica jurídica del nuevo Código*, cit., pp. 208-209 e ID., *Nuevo derecho canónico. La Iglesia renueva sus leyes*, cit., p. 19: «me imagino que, cuando, dentro de cien años, se lea esto, non dejará de hacer sonreír al investigagador de la Historia del Derecho. ¿Porque – se dirá – estos señores consideran necesario afirmar que un Código habrá de tener una índole jurídica?».

¹⁹⁸ Cfr. P. LOMBARDÍA, *Técnica jurídica del nuevo Código*, cit., p. 206.

¹⁹⁹ Cfr. P. LOMBARDÍA, *Norma e ordinamento giuridico*, cit., pp. 256-257 e ID., *Codificación y ordenamiento canónico*, cit., pp. 175-176.

legame profondo con la concezione sostanziale della norma, radicata nella *rationabilitas*, si era di fatto avallata una visione di essa poco propizia alla funzione di limite all'attività di governo e di garanzia della libertà dei governati, quasi si trattasse di un «patrimonio» esclusivo del legislatore²⁰⁰.

Se, proprio in considerazione degli obiettivi della riforma, urgeva una revisione del libro I del *Codex* ispirata innanzitutto ad un'opportuna traduzione «della distinzione di funzioni e del principio di legalità»²⁰¹, bisognava comunque fare i conti con l'effettiva consistenza ed attualità dell'impianto tradizionale.

Quale ruolo avrebbe potuto assolvere l'esigenza della *rationabilitas* in questo tornante decisivo della riforma postconciliare? E quale spazio, se ve n'era uno, le sarebbe stato riservato nel contesto delle *normae generales*, naturalmente orientato ad una piena rivalutazione della dimensione giuridica nella vita della Chiesa?

Nella traiettoria di queste domande, si è ritenuto opportuno, anche alla luce di alcuni documenti inediti²⁰², evidenziare i passaggi della revisione, relativi alla nozione di legge, al richiamo della *rationabilitas* nella disciplina della consuetudine e della *causa dispensandi*, nei quali emerge più chiaramente il pensiero degli estensori della nuova normativa.

3.1. «*Lex instituitur cum promulgatur*»

Per quanto riguarda la nozione di legge, l'adozione secca del lemma graziano – «leges instituuntur cum promulgantur»²⁰³ – da parte del legislatore del 1917, allo scopo dichiarato di evitare i pericoli insiti in ogni definizione giuridica²⁰⁴, si rivela all'evidenza insufficiente per affrontare la complessità delle problematiche cui si è fatto cenno.

A tale proposito, nei voti acquisiti dalla «Commissio “De normis generalibus”»²⁰⁵, in vista della discussione sul titolo dedicato alla legge eccle-

²⁰⁰ Cfr. P. LOMBARDÍA, *Norma canónica*, cit., p. 469.

²⁰¹ P. LOMBARDÍA, *Codificación y ordenamiento canónico*, in ID., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesial de el Estado*, cit., vol. IV, p. 176.

²⁰² Si avverte sin d'ora che le fonti archivistiche relative alla revisione del Codice piobenedettino sono state consultate, presso la Pontificia Università Gregoriana, Fondo Giurisprudenza, ove risultano prive di segnatura. Ciascun documento dunque verrà citato riproducendone letteralmente l'intestazione e tutti i dati utili alla sua precisa identificazione, mentre verranno contestualmente riportati i rispettivi riferimenti degli atti della Commissione o dei pareri, pubblicati dalla rivista *Communicationes* senza rivelare i nomi dei consultori o degli estensori via via implicati.

²⁰³ *Codex Iuris Canonici 1917*, can. 8.

²⁰⁴ V. *Supra*, Capitolo I, § 3.1.

²⁰⁵ Al *Coetus de normis generalibus* appartenevano: «Rev. P. Uldaricus Beste O.S.B., Relator; Exc.mi DD. Aurelius Sabattani, Floyd Laurentius Begin, Romanus Arrieta Villa-

siastica, emergono alcuni orientamenti significativi.

In linea generale, mentre ritornano motivi già presenti alla vigilia della codificazione piobenedettina, quali l'opportunità di prendere le mosse nella trattazione delle leggi ecclesiastiche «a quodam principio fondamentali ac generali de potestate legifera Ecclesiae»²⁰⁶, si avverte la necessità di corrispondere all'invito di Paolo VI, in modo ancor più stringente in una sede come quella dedicata alla legge ecclesiastica, che il nuovo diritto si conformi «novae mentis habitui, Concilii Vaticani II proprio»²⁰⁷. In particolare, il consultore Moss Tapajós si chiede se questa nuova mentalità, destinata a penetrare la fisionomia di tutti gli istituti canonistici, non debba illuminare «ipsum conceptum "iuris" et "legum" in Ecclesia»²⁰⁸, affinché parole fondamentali come «"ius", "lex", "auctoritas", "obligatio", etc.»²⁰⁹ siano concepite nella piena conformità al Vangelo «potius quam Iuri Romano vel Civili»²¹⁰. Pertanto egli premetterebbe «quoad conceptum legum ecclesiasticarum»²¹¹ i dati utili alla loro definizione, «quatenus sint rectae normae externae actionis, quorum observationem commune bonum postulat ita ut legitime auctoritas urgere queat»²¹², liberandone così l'osservanza da quell'«obsessio peccati», ben poco pertinente alla struttura propria delle leggi positive²¹³.

In un'ottica più tradizionale, Beste, rilevando la mancanza nel titolo dedicato alle leggi ecclesiastiche del concetto o della nozione *de re trac-*

lobos; Rev. DD. Petrus Andrieu-Guitrancourt, Iosephus M. Tapajós Moss, Iosephus Giménez y Martinez de Carvajal, Ioannes Bernhard, Rev. PP. Severinus Alvarez Menédez O.P., Petrus Tocanel O.F.M. Conv., Guillelmus O'Connell O.F.M., Guillelmus Bertrams S.I., Ill.mi DD. Stephanus Kuttner, Ioannes Gaudemet», *Communicationes*, 1969, p. 30.

²⁰⁶ In questa direzione il consultore Fogliasso osserva: «1) Mihi videtur haud mutandam esse rationem qua ductus Ecclesiasticus Codificator in Titulo I non tradidit completam et systematicam expositionem totius doctrinae de legibus ecclesiasticis, sed illa tantum principia ac normas expressit quae circa hoc argumentum definienda sunt pro foro externo. 2) Mihi tamen opportunum videretur Titulum De legibus Ecclesiasticis initium sumere a quodam principio fondamentali ac generali de potestate legifera Ecclesiae (...), *Votum circa recognitionem Canonum Tit. I De Legibus ecclesiasticis et tit. II De consuetudine Libri I C.I.C. a Sac. Aemilio Fogliasso, S.D.B. humiliter exhibitum*, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

²⁰⁷ PAULUS VI, *Oratio ad E.mos Patres Cardinales et ad Consultores Pontificii Consilii Codici Iuris Canonici recognoscendo*, 20 novembris 1965, cit., p. 988.

²⁰⁸ Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo. Commissio "De Normis generalibus", *Votum Consultoris J. Moss Tapajós*, N.B. *Votum restringitur ad cc. 8-24*, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ Infatti «peccatum (...) non habetur nisi per retractationem adhaesionis voluntatis humanae Deo factae, quod quidem, generatim, per alicuius legis inobservantiam, non habetur», *ibidem*.

tanda che normalmente introduce la trattazione di un argomento o di un istituto giuridico²¹⁴, richiama la definizione «notissima (...) et communiter accepta» di Tommaso d'Aquino²¹⁵. Basterebbe, a suo dire, premetterla come primo paragrafo al canone piobenedettino, che dunque assumerebbe il seguente tenore: «§ 1. Lex est rationis ordinatio ad bonum commune et ab eo qui curam communitatis habet, promulgata. § 2. Leges instituuntur, cum promulgantur. § 3. Lex non praesumitur personalis, sed territorialis, nisi aliud constet»²¹⁶.

Gli argomenti prevalenti nel *Coetus studii de normis generalibus*, chiamato a riesaminare la disciplina piobenedettina alla luce dei *vota* cui ci si è riferiti, non si discostano più di tanto da quelli che si erano imposti nella Commissione a suo tempo presieduta da Gasparri²¹⁷.

Riguardo alla previa enunciazione del potere legislativo della Chiesa, non solo si ritiene che «haec potestas supponi debet»²¹⁸, ma ancor più che una simile affermazione di principio, del tutto assente nei Codici statuali, «ad doctrinam pertinet, non ad legislationem»²¹⁹.

Quanto all'inserimento della definizione tomista nel nuovo Codice, oltre alla nota obiezione per cui «legislator abstinere debet a definitionibus quae non sunt omnino necessariae, quia omnis definitio in iure est periculosa»²²⁰, si affianca un rilievo specifico del Segretario Aggiunto della Commissione Onclin: «ad definitionem S. Thomae quod attinet, nimis lata est quia complectitur etiam praecepta»²²¹. La decisione unanime dei con-

²¹⁴ Infatti, a suo parere, «quispiam forsitan mirabitur, quod studio nostro *de legibus ecclesiasticis* nulla praemittitur dissertiuncula de theoria legum in genere». Da un lato, «ad parcendum tempori et laboribus membrorum Commissionis iam aliis curis adeo dintentorum, magis libet, praetermissa speculativa et, quod ad scopum muneris mihi traditi attinet, potius supervacanea, ut mihi videtur, expositione de generalibus legum principiis, procedere recto tramite ad examinandum ipsum textum iuris in canonibus Codicis constituti sub praeciso prospecto quaestionis, utrum in titulo *de legibus* quidquam sit vel occurrat quod in iure Codicis recognoscendo videtur opportune supplendum, addendum, demendum vel alias reformandum et variandum». Dall'altro, certamente «*Codex* ex materia in hoc titulo *de legibus ecclesiasticis* pauca tantum principia et puncta, quae pro foro externo peculiare momentum habent, ordinanda in usu et disciplina Ecclesiae ob oculos ponit et intra ambitum 17 canonum absolvit», U. BESTE, *Titulus I De legibus ecclesiasticis, Romae, 24 aprilis 1966*, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ V. *supra*, Cap. I, § 3.1.

²¹⁸ *Coetus studiorum recognoscendi normis generalibus Codicis, Conventus diebus 24 maii ad 27 maii anni 1966 habita*, (cfr. *Communicationes*, 1984/2, pp. 143-145; pp. 152-157), in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*. Riecheggiano qui gli accenti emersi nel dibattito conclusivo della *Tercera Mesa Redonda* nel Congresso di Pamplona del 1976 presieduta dallo stesso Onclin (*Deliberaciones de la Tercera Mesa Redonda*, in *La norma en el derecho canónico*, cit., pp. 1169-1172).

sultori di distinguere nettamente «quae sunt Codificationis et quae sunt doctrinae»²²² induce a mantenere il canone piobenedettino così come è, «sine ulla mutatione aut additione»²²³.

Bisogna attendere più di un decennio perché la questione venga nuovamente discussa sotto la spinta di due fattori concomitanti: uno emerge nell'evoluzione dei lavori all'interno del *Coetus*; l'altro proviene dalle sollecitazioni degli organi di consultazione raccolti nelle *Animadversiones*.

Quanto allo sviluppo dei lavori, vi si riflette chiaramente l'impegno del *Coetus* a gettare le basi di un sistema organico e coerente delle fonti del diritto nell'ottica garantistica cui si è accennato, come si evince dall'impianto strutturale che si voleva dare al libro I. Lo schema inviato agli organi consultivi recepisce «la tendenza», presente fin dall'inizio della revisione, «a dividere la maggior parte delle materie in due blocchi»²²⁴: il

ss.), e di cui si è ampiamente riferito. In particolare i rilievi di Corecco sulla definizione di S. Tommaso. Per il canonista elvetico «sarebbe errato credere che all'interno del suo sistema S. Tommaso abbia sempre applicato con purezza la metodologia teologica»: «vi sono dei punti in cui essa è estremamente limpida, altri invece dove S. Tommaso si lascia prendere la mano più dalla filosofia che dalla teologia». Pertanto egli riteneva che non si potesse «applicare al diritto canonico una definizione di legge, come quella data da S. Tommaso, cioè quella della “ordinatio rationis”, perché di provenienza non teologica, ma filosofica, essendo stata formulata non in vista di cogliere la natura della legge canonica, ma la natura della legge in quanto tale», *ivi*, p. 1196.

²²² *Coetus studiorum recognoscendi normis generalibus Codicis, Conventus diebus 24 maii ad 27 maii anni 1966 habita*, cit.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, in AA.VV., *Il nuovo Codice di diritto canonico. Aspetti fondamentali della codificazione postconciliare*, Il Mulino, Bologna, 1983, p. 77. La prima proposta di questo ordinamento sistematico risale all'aprile del 1968 e fu sottoposta ai Cardinali membri della Commissione in una Sessione plenaria il 28 maggio successivo. In essa, come si apprende dalla relazione informativa non firmata *De ordinatione systematica novi Codicis Iuris Canonici*, in *Communicationes*, 1969, pp. 101-113, il libro I comprendeva: «legislatio de fontibus iuris (leges et consuetudines) at quae de actibus administrativis qui influunt in conditionem iuridicam personarum (dispensationes, privilegia, etc.)», *ivi*, pp. 111-112. Tale orientamento, secondo quanto si deduce dalla informazioni del Segretario Aggiunto della Commissione, venne seguito anche dal gruppo di studio che si occupò della prima fase della revisione del libro I del Codice, durante la quale «si hanno presenti, in riferimento alla classificazione sopra richiamata, altri tipi di atti dell'autorità ecclesiastica, oltre a quelli considerati nel libro I del Codice del 1917» Cfr. W. ONCLIN, *De recognoscendis normis generalibus Codicis Iuris Canonici*, in *Communicationes*, 1971, p. 82; P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, cit., p. 77. Vi si considerano fonti del diritto «in senso stretto» la legge e la consuetudine, definite «come norme generali e con destinatario astratto». Tali fonti del diritto si contrappongono ad altri atti «che non sono leggi o non si chiamano leggi», e che «vero et ipsi influxum habere nati sunt in conditione iuridica personarum»: questi atti «plerique indolem administrativam se ferunt», W. ONCLIN, *De recognoscendis normis generalibus Codicis Iuris Canonici*, cit., p. 82. Si indicano, a questo proposito, «il rescritto, il privilegio singolare, la dispensa, le istruzioni, i precetti singolari e comuni, i decreti particolari e di esecuzione, gli statuti e gli “ordines”», *ibidem*. Per una valutazione critica di questa tendenza, che non verrà formalizzata del tutto nella redazione definitiva del Codice, si rinvia non solo al saggio già citato di P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, cit., pp. 78-79, ma

primo costituito dalle *fontes iuris* che unisce sotto un unico titolo i capitoli dedicati alle leggi ecclesiastiche e alla consuetudine; il secondo formato dagli altri atti normativi, a sua volta suddiviso nei due titoli *De decretis atque praeceptis generalibus et de instructionibus* e *De actibus administrativis singularibus*.

La scelta di adottare una categoria tecnica mutuata dal diritto statale, e di evidente derivazione positivista²²⁵, come quella di fonti del diritto, intendeva senza dubbio rispondere all'esigenza di distinguere «gli atti che debbono considerarsi manifestazione della funzione legislativa e gli altri che, se fosse loro attribuita natura amministrativa, sarebbero sottoposti al principio di legalità e, in tal modo, al procedimento di revisione»²²⁶.

In tale ottica matura l'ipotesi di dettare una nozione formale di legge nel titolo II, concepito per disciplinare gli atti normativi dell'amministrazione ecclesiastica e la loro relazione gerarchica con le leggi in senso stretto.

La bozza predisposta da Onclin viene discussa nel gennaio 1971: «Decreta generalia, quae feruntur ad aliquo legislatore ecclesiastico, intra fines suae competentiae, pro communitate legis recipiendae capace (qualia sunt decreta Concilii oecumenici, Decreta Conciliorum particularium et episcoporum Conferentiarum) proprie sunt leges et reguntur praescriptis canonum de legibus»²²⁷.

anche ai precedenti rilievi generali del canonista spagnolo sul significato delle sistematica nell'ordinamento canonico. All'indomani dell'annuncio della prossima revisione del Codice piobenedettino, egli aveva già sottolineato con forza che «la sistemática tiene un valor puramente instrumental»: «pero mucho más importante que el orden de un Código es su realismo – capacidad de adaptación a las circunstancias concretas y más diversas – y sus posibilidades de dar a la Iglesia un orden jurídico apto». In tale ottica, «una sistemática es buena si es clara y está lo más descargada de técnica que sea posible»; e dunque «no hemos buscado las fuentes de inspiración en la técnica de las codificaciones seculares, sino en la tradición canónica», P. LOMBARDÍA, *La sistemática del Codex y su posible adaptación*, in ID., *Escritos de derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 1973, vol. I, pp. 350-351.

²²⁵ Cfr. P. LOMBARDÍA, *Las fuentes del derecho en el proyecto del nuevo Código*, in P. LOMBARDÍA, *Escritos de derecho canónico e de derecho eclesiástico del Estado*, cit., vol. IV, pp. 565-567.

²²⁶ P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, cit., pp. 76-77. Del resto, una simile ripartizione della materia rispondeva alla più generale preoccupazione sistematica che dominava il *Coetus*: «esta preocupación de distinguir conceptos, incluso conceptos legales – vicio de muchos canonistas, especialmente de los colegas de lengua germánica – es el que evidentemente operó en los trabajos de codificación»; si trattava cioè di parlare finalmente di fonti del diritto «en contraposición a toda esta fonomenología jurídica de lo singular, que nos presenta el ordenamiento canónico en el fenómeno del precepto singular, de la dispensa o del privilegio». D'altro canto la rivisitazione del tema classico delle fonti del diritto «estaba cobrando una cierta luz nueva en las actuales preocupaciones por la corresponsabilidad eclesial y por tanto por las instancias que podían de alguna manera influir en el proceso de formación de la norma», P. LOMBARDÍA, *Las fuentes del derecho en el proyecto del nuevo Código*, cit., p. 566.

²²⁷ Pontificia Commissio Codici Iuris canonici recognoscendo, *Coetus studii "de normis generalibus"*, Sessio VI (Conventus dd. 25-30 ianuarii 71 habiti) (Cfr. *Communicationes*, 1988/1, pp. 95 ss., in particolare p. 100 e pp. 105-106), in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

È interessante notare che i rilievi critici dei consultori si appuntano sulla terminologia adottata nel progetto. In particolare, Giménez de Carvajal trova ostica l'espressione finale «(decreta generalia) proprie sunt leges»²²⁸: infatti «si proprie sunt leges, incongruum videtur quod appellantur Decreta!»²²⁹.

Del resto la difficoltà ad intendersi proprio a questo livello, ad aver chiari cioè quali fossero gli atti di natura legislativa da ricomprendere sotto la denominazione di decreti, era già stata messa in conto dall'estensore del testo come risulta dalla parentesi posta a titolo esemplificativo: «qualia sunt Decreta Concilii Oecumenici...»²³⁰. E, alla domanda se mantenere o meno questi esempi nella redazione definitiva, non mancano le risposte affermative, in considerazione dell'indole del Codice, «nedum theoreticam, seu scientificam, verum etiam "practicam"»²³¹, e dei suoi destinatari, non tutti studenti o professori di diritto canonico²³². Nonostante questo rilievo, Onclin rimane dell'avviso che la parentesi vada omessa, in quanto tali esemplificazioni «non congruunt textui iuridico»²³³. Nello stesso senso si orienta la maggioranza del *Coetus* e gli esempi vengono espunti.

Resta comunque l'impasse, che il consultore Alvarez non potrebbe descrivere meglio: «quam difficile est a maioribus nostris non fixatam, neque hodiernis temporibus adhuc fixabilem, terminologiam, velle illam nunc fixare»²³⁴.

Quanto alle sollecitazioni esterne, provenienti dagli organi di consultazione e determinanti la ripresa della problematica relativa alla definizione di legge, riacquistano consistenza i motivi già emersi nei *vota* e nelle prime sessioni dei lavori, segnalando l'entità di questioni che erano ben presenti ai consultori ma risultavano in questa fase, ancora in larga misura, irrisolte.

Da un punto di vista generale, l'intitolazione *de fontibus iuris* suscita non poche perplessità.

Le richieste di premettere qualche canone «de lege aeterna, de lege naturali (...) insuper de obligatione in conscientia servandi leges civiles (...) quae iure gentium oriuntur, dummodo rectae rationi sint consonae»²³⁵,

²²⁸ Mentre a Bertrams e Kuttner non piace l'aggettivo «generalia», v. *ibidem*.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ V. *supra*.

²³¹ Pontificia Commissio Codici Iuris canonici recognoscendo, *Coetus studii "de normis generalibus"*, *Sessio VI (Conventus dd. 25-30 ianuarii 71 habiti)*, cit.

²³² Esso si rivolge infatti anche a figure come i parroci o i coadiutori «quibus non suppetiit oportunitas frequentandi superiora studia iuridica», *ibidem*.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ Si tratta della richiesta del Card. Cooray, v. *Relatio Animadversiones systematicae exponens factas ad indicem generalem provisorium novi Codicis I. C. atque ad schema canonum "de normis generalibus"*, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

vengono subito respinte in quanto giudicate attinenti più ad un saggio di teologia morale che ad un Codice di diritto canonico²³⁶. Ad esse vanno aggiunte le istanze relative alla necessità di uno sviluppo previo della disciplina sulla potestà legislativa e più ampiamente sulla natura e l'esercizio dei poteri nella Chiesa, che si collocavano senz'altro nel solco delle preoccupazioni sostanziali del legislatore e che però, al momento della consultazione, rientravano tra le materie della *Lex Ecclesiae Fundamentalis*²³⁷.

Ma le obiezioni più gravi, che provengono soprattutto dalla Congregazione Orientale, suggeriscono l'eliminazione *tout court* di tale rubrica «*quae magis pertinet ad doctrinam, quam ad ius*»²³⁸.

Del resto, l'impianto strutturale cui essa è funzione da un lato non riesce ad abbracciare la complessità di un fenomeno ricchissimo, che non si riduce alla legge e alla consuetudine²³⁹; dall'altro, così come è concepito, mostra di trascurare un dato fondamentale che appartiene alla dinamica sorgiva del fenomeno giuridico e cioè che la consuetudine viene prima della legge²⁴⁰. La scelta di porre per prima la disciplina della legge «*sapit aliquem verticalismum*»²⁴¹: il che non rende giustizia all'«*eminenza*» nell'ordinamento ecclesiale della consuetudine «*quia oritur ex ipso populo christiano, ex spiritu et caritate*»²⁴².

Per quanto riguarda il capitolo *de legibus ecclesiasticis*, la Conferenza episcopale del Belgio rileva il silenzio pressoché assoluto «*de momento rationali legis, de eius significatione, utilitate*»²⁴³, come se «*tota vis legis a legislatoris voluntate penderet*»²⁴⁴. Nella stessa direzione, l'Università di Lovanio sottolinea, tra le altre cose, l'assenza di qualsiasi riferimento alle qualità della legge – «*sit honesta, iusta, possibilis*»²⁴⁵ – così come le sentiva tutta la tradizione, da Isidoro di Siviglia in poi.

²³⁶ V. *ibidem*.

²³⁷ V. in proposito la relazione di W. Onclin, relativa all'opera dei consultori nel *Coetus de lege ecclesiae fundamentalis*, in *Opera consultorum in parandis canonum schematibus*, in *Communicationes*, 1970/2, pp. 81-89.

²³⁸ *Relatio Animadversiones systematice exponens factas ad indicem generalem provisionum novi Codicis I. C. atque ad schema canonum "de normis generalibus"*, cit.

²³⁹ In particolare la Sacra Congregazione Orientale ed il padre Anastasius Gutiérrez, della Pontificia Università Lateranense e consultore della medesima Congregazione, insistono sul fatto che «*fontes esse iuris obiectivi etiam decreta generalia, instructiones, statuta et ordinationes, praescriptionem, privilegia et dispensationes (quia sunt fontes iuris obiectivi negative, quatenus supprimunt obligationem legis)*», *ibidem*.

²⁴⁰ Anche questo rilievo proviene dalla Sacra Congregazione Orientale e da padre Gutiérrez, *ibidem*.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ *Ibidem*.

La risposta del *Coetus* rivela peraltro un orientamento ormai del tutto consolidato che qualifica tali rilievi come pertinenti «ad philosophiam iuris et non ad ipsum ius positivum»²⁴⁶: «legislatoris non est philosophiam iuris tradere: notiones philosophicas supponit, non vero easdem exponit»²⁴⁷.

A critiche più penetranti e meno facili da liquidare si espone la nuova disciplina dei decreti generali di natura legislativa.

Sulla scia delle perplessità già emerse nel dibattito tra i consultori, si ritiene che la disposizione prospettata dia adito a grave confusione e pertanto vada eliminata o, quanto meno, trasferita nel capitolo *de legibus*²⁴⁸.

In particolare per la Congregazione della dottrina della Fede e la Congregazione Orientale «inutile est distinguere inter legem et illa decreta»²⁴⁹; anche perché, come osserva la Conferenza episcopale portoghese, non si capisce bene «qualia sunt decreta generalia quae sunt leges»²⁵⁰: «si sunt leges, hoc nomine vocanda sunt»²⁵¹.

La risposta si limita a richiamare gli esempi, espunti dal testo del canone: che ci siano nella prassi decreti, come quelli conciliari, «quae sunt verae leges»²⁵², è un fatto «quod negligi non potest»²⁵³.

Quanto al canone introduttivo del capitolo *de legibus*, che riproduce alla lettera la disposizione piobenedettina, ci si limita ad osservare «quod sola promulgatio consideratur»²⁵⁴, senza dire nulla dell'iter preparatorio della legge e della prassi consultiva che andava diffondendosi a livello delle Conferenze episcopali. Tali rilievi, peraltro respinti in virtù del fatto che non vi è alcun obbligo in capo al legislatore di avviare tali consultazioni, riflettono una considerazione della portata del canone in questione, puramente procedurale, ormai slegata dalla nozione sostanziale e formale del fenomeno "legge" che pure doveva introdurre.

La ripresa dei dibattiti alla luce delle *Animadversiones* documenta una chiara consapevolezza delle aporie cui dava luogo la riforma in corso e che gli organi di consultazione avevano inequivocabilmente avvertito.

Peraltro la stessa composizione del *Coetus specialis*, integrato da studiosi del calibro di Pio Fedele, Jean Gaudemet, Pedro Lombardía e Klaus Mörsdorf favoriva una valutazione ponderata dei problemi più delicati

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ Si esprimono in questo senso la conferenza episcopale della Germania, la Sacra Congregazione de Propaganda Fide, e il vescovo di Dar Es Salaam, v. *ibidem*.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*.

che erano emersi anche in rapporto alla tradizione precodificata²⁵⁵.

Riguardo all'impostazione sistematica, le maggiori perplessità emerse sulla rubrica *de fontibus iuris* trovano un importante riscontro nella richiesta della sua eliminazione, sia pure con accenti diversi, da parte di Fedele e Lombardía, e sulla quale si coagula un certo consenso.

Il canonista italiano sottolinea la scarsa comprensività della categoria, impiegata ad esclusione delle altre fonti formali di diritto contemplate nei titoli successivi e con il rischio di compromettere l'efficacia della nuova disciplina *de actibus administrativis*. La sua proposta è radicale: «reditus fiat ad CIC, suppressis titulis "de fontibus iuris" et "de actibus administrativis"»²⁵⁶.

D'altro canto, Lombardía non condivide affatto «ut in titulis affirmationes praebentur technicae»²⁵⁷ e sotto questo profilo preferisce nettamente «ut terminologia constans sit cum illa CIC»²⁵⁸, anche nella prospettiva di una maggior cura degli effetti del Codice nel governo della Chiesa «quam de eius systematica»²⁵⁹.

Una posizione più sfumata viene sostenuta da Gaudemet e Mörsdorf. Per lo storico francese si potrebbe conservare il titolo «de fontibus iuris», inserendovi anche la disciplina «de praeceptis et decretis generalibus, de

²⁵⁵ Al *Coetus specialis* "De normis Generalibus", che era presieduto dal Cardinale Rosario Castillo Lara, coadiuvato dal Segretario Aggiunto della Commissione William Onclin, presero parte anche Guillelmus O'Connell e Petrus Huizing, Olis Robleda e Xaverius Ochoa. Vi intervenne talvolta il Cardinal Pericle Felici e verbalizzò gli atti Marianus De Nicolò, v. *Coetus studiorum "De normis Generalibus"*, *Sessio I-Series II*, (dd. 7-11 mai a. 1979), (Cfr. *Communicationes*, 1991/2, pp. 141-165), in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*. Come ebbe ad osservare lo stesso Lombardía, «la redacción del nuevo Código, aunque no haya exigido proceder a codificar los materiales legislativos anteriores a 1917, se ha hecho en un momento en el que los estudios de Historia del derecho Canónico están muy desarrollados y está bastante arraigada en la doctrina la convicción de que el ordenamiento canónico sólo puede ser bien entendido al filo de su tradición histórica». Del resto, il fatto stesso che «entre los consultores de la Comisión Pontificia se hayan contado historiadores de la talla de S. Kuttner, A.M. Stickler o J. Gaudemet es muy significativo». Se poi a questi si aggiungono «los consultores que, sin ser historiadores del derecho Canónico en sentido estricto, están habituados a manejar en su tarea científica los resultados de la investigación histórico-jurídica, el elenco de nombres significativos habría de ser macho más extenso», P. LOMBARDÍA, *Técnica jurídica del nuevo Código*, cit., p. 201. Sulla statura scientifica e sull'orientamento metodologico di Mörsdorf si rinvia senz'altro al saggio di A. CATTANEO, *Questioni fondamentali della canonistica nel pensiero di Klaus Mörsdorf*, Eunsa, Pamplona, 1986, ed il relativo *Prólogo* a cura di Pedro Lombardía, nel quale il canonista spagnolo ricorda come il suo interesse per la dottrina canonistica del maestro monacense si fosse sviluppata «in circostanze poco propizie»: «nei lavori della codificazione la sua posizione fu infatti non di rado diversa dalla mia», P. LOMBARDÍA, *Prólogo a «Questioni fondamentali della canonistica nel pensiero di Klaus Mörsdorf» de A. Cattaneo*, in *Escritos de derecho canonico y eclesiastico del Estado*, cit., vol. V, pp. 519-532.

²⁵⁶ V. *Coetus studiorum "De normis Generalibus"*, *Sessio I-Series II*, (dd. 7-11 mai a. 1979), in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ibidem*.

statutis et ordinibus»²⁶⁰; mentre il canonista di Monaco lo sostituirebbe con una rubrica «de normis iuridicis» di per sé comprensiva anche della materia «de normis executoriis» e «de statutis et ordinibus»²⁶¹. Data la delicatezza del problema il *Coetus* rinvia ogni decisione sul punto alla fine della *recognitio* dei canoni.

La proposta del canonista tedesco merita di essere sottolineata per l'investimento sul termine «norma». Un termine che, pur sprovvisto di una vera e propria tradizione nel linguaggio canonistico²⁶², è destinato a giocare un ruolo importante nella revisione del canone introduttivo alla disciplina *de legibus ecclesiasticis*.

A tale proposito, lo stesso Mörsdorf sottolinea l'assenza nel Codice di un concetto formale di legge e propone di integrare il canone 8 con il seguente testo: «Lex, quae quidem est norma generalis pro communitate legis recipiendae capace a legislatore competenti lata, instituitur cum promulgatur»²⁶³.

Una bozza che suscita più d'una perplessità.

La posizione ormai consolidata e sostenuta dal presidente Castillo Lara che ritiene non si debba dare definizione alcuna nel Codice e l'analogo indirizzo di Robleda, per il quale «nihil textui addendum esse cum omnia in doctrina lucide habeantur»²⁶⁴, godono senz'altro di un seguito consistente²⁶⁵. Il che non impedisce una discussione più ampia che tocca i punti nevralgici della questione.

Ora, secondo Onclin, il tentativo di definizione proposto dal canonista tedesco si risolve in una pura tautologia «cum dicatur legem esse normam, quod idem est, a communitate legi recipiendae capace»²⁶⁶; per di più «clarum est legislatorem capacem esse debere»²⁶⁷. Un rilievo che Gaudemet sostanzialmente condivide, ma che diviene lo spunto per una riflessione ulteriore. Infatti da un lato egli ritiene che il canone piobenedettino sia troppo duro, a maggior ragione trattandosi «de textu in limine totius tractatus de legibus»²⁶⁸. Dall'altro non gli dispiacerebbe che si facesse qualche riferimento alla comunità destinataria della legge e pertanto riformulerebbe la proposta in questi termini: «Lex, quae quidem est ordi-

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ V. *Ibidem*.

²⁶² Cfr. P. LOMBARDÍA, *Norma canónica*, in ID., *Escritos de derecho canónico*, cit., vol. III, pp. 449 ss.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ Si dichiarano dello stesso parere anche i consultori Robleda, O'Connell e Huizing, v. *ibidem*.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ *Ibidem*.

natio ad bonum commune alicui communitati a competenti legislatore data, instituitur cum promulgatur»²⁶⁹.

A questo punto però Lombardía spezza una lancia a favore dell'idea di Mörsdorf «cum in iure canonico desit notio formalis legis»²⁷⁰ ed insiste soprattutto che si mantenga il riferimento al «legislatore competente», «quia hoc modo possibilitas praebetur acta impugnandi quae forte ab iis qui non sunt legislatores emissa sunt»²⁷¹.

La proposta di Gaudemet viene peraltro approvata a maggioranza e tutti i consultori, ad esclusione di Pio Fedele, contrario, e del presidente Castillo Lara, astenuto, concordano «ut loco “ordinatio” dicatur “norma”»²⁷².

Tale stesura – «lex, quae quidem est norma generalis ad bonum commune alicui communitati a competenti auctoritate data, instituitur cum promulgatur»²⁷³ – «cercava di apprestare una nozione di legge in senso formale»²⁷⁴, ma contemporaneamente «riaffermava il principio tradizionale del condizionamento dell'efficacia del precetto legislativo non solo alla volontà del legislatore, ma anche al fatto che il suo contenuto rispondesse a criteri di giustizia obiettiva»²⁷⁵.

Che tale fosse l'intenzione del *Coetus* risulta chiaro dalle risposte del Segretario aggiunto compendiate insieme alle *Animadversiones* dei padri della Commissione nella *Relatio* del 1981.

Riguardo all'opportunità di un canone del genere, veniva respinta l'obiezione del Card. König che giudicava «nimis generalis» la definizione di legge e ne suggeriva la soppressione²⁷⁶, in quanto «aliqua requiritur definitio, securitatis iuridicae causa»²⁷⁷: si riteneva cioè di dover determinare chiaramente «quandonam vere habeatur lex»²⁷⁸.

Nel merito del testo, i rilievi del Card. Suenens, che non condivideva il riferimento al «bonum commune, quia remanet idea nimis voluntaristica

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo codice di diritto canonico*, cit., p. 73.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ V. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em. mis atque exc. mis Patribus Commissionis ad novissimum schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a secretaria et consultoribus datis*, Typis Poliglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1981, (d'ora innanzi *Relatio complectens synthesim animadversionum*), (Cfr. *Communicationes*, 1982/2, pp. 116-154), in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*, p. 21.

²⁷⁷ *Ivi*, p. 22.

²⁷⁸ *Ibidem*.

legis, quae non est conformis Evangelio nec vitae Ecclesiae nec historiae»²⁷⁹, vengono decisamente respinti in quanto lo schema indica con precisione la duplice fonte dell'obbligo di legge che nasce «ex eiusdem promotione boni communis et ex impositione per legislatorem»²⁸⁰.

Questa ipotesi peraltro cade proprio alla vigilia della promulgazione del Codice, che, come noto, torna ad adottare la formula piobenedettina e, volgendola al singolare, le conferisce un tenore meno descrittivo e più dogmatico: «lex instituitur cum promulgatur»²⁸¹.

Quanto alla disposizione sui decreti generali che recepiva in parallelo la nozione formale di legge, il *Coetus* respinge l'ipotesi avanzata da Mörsdorf che, in considerazione dell'ampio spettro semantico coperto dalla parola «decretum» e per evitare confusioni tra atti «ex potestate sive legislativa sive esecutiva, sive iudiciaria promanantes»²⁸², l'avrebbe trasferita direttamente «ad caput de legibus»²⁸³. Prevale cioè l'opinione di Lombardía «ut practice remaeat uti nunc est»²⁸⁴. Infatti, a prescindere dalla questione sistematica, un simile canone, in forza della sua novità, «securitatem confert et actionis criterium dat alicui praxi ecclesiasticae adhuc nimis confusae»²⁸⁵.

Non è dato conoscere le ragioni del passaggio finale che ha espunto ogni riferimento esplicito alla concezione tradizionale della legge canonica, lasciando al canone sui *decreta generalia* di natura legislativa la funzione di gettare «las bases para una noción de ley en sentido formal»²⁸⁶. Neppure i resoconti di qualche membro del gruppo ristretto di esperti, convocati da Giovanni Paolo II per la revisione dell'intero testo da promulgare offre qualche spunto utile in proposito²⁸⁷. Quel che è dato di sapere è che tra i canoni da rivedere non figurava il can. 29 relativo ai *decre-*

²⁷⁹ *Ivi*, p. 21.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ *Codex Iuris Canonici 1983*, can. 7. Sulla problematicità di questa norma è tornato di recente il Presidente del Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi, Francesco Coccopalmerio, nella sua relazione «*Lex instituitur, cum promulgatur*». *Riflessioni sul can. 7 del codice di diritto canonico*, già citata.

²⁸² *Coetus studiorum "De normis Generalibus"*, *Sessio II-Series II*, (dd. 23-27 octobris a. 1979), in Archivio Pontificia Università Gregoriana, Fondo Giurisprudenza.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ P. LOMBARDÍA, *Codificación y ordenamiento canónico*, in ID., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesíastico del Estado*, cit., vol. V, p. 77.

²⁸⁷ Ci si riferisce in particolare alle notazioni di Umberto Betti: U. BETTI, *In margine al nuovo Codice di diritto canonico*, in *Antoniano*, 1983, pp. 628-647; e ID., *Appunto sulla mia partecipazione alla revisione ultima del nuovo Codice di diritto canonico*, in *Il processo di designazione dei vescovi. Storia, legislazione, prassi, Atti del X Symposium canonistico-romano*, 24-28 aprile 1995, in onore del Rev.mo P. Umberto Betti, OFM, già Rettore della Pontificia Università lateranense, PUL editrice, Città del Vaticano, 1996, pp. 27-45.

ta generalia mentre vi era senz'altro il can. 7²⁸⁸; che l'esame di questo canone è avvenuto verosimilmente il 3 luglio del 1982²⁸⁹; che tra gli esperti era presente in quella riunione Eugenio Corecco, il quale peraltro nutriva più d'una perplessità sullo *schema novissimum*²⁹⁰.

L'ipotesi dunque più probabile è che abbiano acquisito consistenza ulteriore i rilievi contenuti nella *Relatio* e che, in presenza del canone 29 in cui già si garantivano gli elementi utili ad una concezione formale della legge, si preferisse ritornare al lemma graziano nel can. 7, anche per non chiudere la possibilità di rintracciare nelle maglie del nuovo concetto di legalità la trama di una eredità confinata in un retroterra culturale antico, eppure mai censurata e per lasciare aperta la porta all'elaborazione della dottrina.

Del resto la sostituzione della parola «ordinatio» con il termine «norma» nell'evoluzione degli schemi aveva un valore sintomatico importante.

Essa segnava in qualche misura il distacco da una visione dinamica della legge come «ordinatio rationis» verso la visione statica e imperativa della «norma». La scelta di abbandonare la definizione dello *schema novissimum*, in cui quella sostituzione si consumava, ha dunque un significato notevole. Da un lato dischiude uno spiraglio alla ricchezza della tradizione, più volte invocata nei *vota* e nelle *animadversiones* provenienti dagli organi di consultazione, soprattutto in riferimento alla nota della *rationabilitas* della legge. Dall'altro rilancia l'avventura dell'interpretazione. Se si pensa all'intenso dibattito dottrinale sulla norma canonica²⁹¹, che si era sviluppato in parallelo alla revisione, è evidente che in un contesto in cui si espungeva la parola «ordinatio» adottando risolutamente la parola «norma», anche l'audace proposta di sostituire all'«ordinatio rationis» l'«ordinatio fidei», lanciata da Corecco, sarebbe risultata quanto meno incomprensibile.

3.2. «*Quid sibi vult verbum "rationabilis"?*»

Se si guarda all'esito della revisione dei canoni sulla legge sin qui svolta, si deve constatare che non vi è alcuna discontinuità tra i due Codici latini nella scelta di tacere ogni riferimento esplicito alla *rationabilitas*. La spinta riformatrice, che traeva linfa vitale dal Vaticano II, era giunta a

²⁸⁸ U. BETTI, *In margine al nuovo Codice di diritto canonico*, cit., p. 631.

²⁸⁹ U. BETTI, *Appunto sulla mia partecipazione alla revisione ultima del nuovo Codice di diritto canonico*, cit., p. 31.

²⁹⁰ V. *Ibidem*. Betti ricorda che al professore di Friburgo, «il Papa stesso spiega il programma di lavoro comunicatoci il 30 giugno» e commenta che «questa particolare attenzione gli è stata forse suggerita dalla nota avversità di Corecco al testo del nuovo Codice, manifestata in una lettera collettiva del 1981 ai cardinali della Commissione per la revisione del Codice e fatta pervenire al Papa stesso»: «quell'attenzione avrebbe dunque avuto lo scopo di ammansirlo un po'», *ibidem*.

²⁹¹ V. *supra*, § 2.

porre le basi di un nuovo concetto di legalità ma di fatto non aveva determinato un atteggiamento diverso da quello del Codice piobenedettino riguardo ad «una tradizione sostanziale nella definizione di legge»²⁹² che «non aveva paragone possibile in tutta la storia giuridica e culturale dell'Occidente»²⁹³.

Il tema della distinzione funzionale all'interno dell'unica potestà ecclesiastica è presente anche nel processo di revisione dei canoni sulla consuetudine²⁹⁴ ed incide profondamente sulla fisionomia della dispensa che per la prima volta viene classificata come atto amministrativo singolare²⁹⁵.

Ora, in un contesto dominato dalla preoccupazione di un'opportuna traduzione canonistica del principio di legalità, quale considerazione sarebbe stata riservata ai richiami diretti alla *rationabilitas* nella disciplina della consuetudine antinomica e della *causa dispensandi*?

Per quanto riguarda la consuetudine, tra i *vota* acquisiti dal *Coetus*, soltanto il contributo del consultore O'Connell tocca direttamente il tema in questione. Riferendosi al canone 27 § 2 del *Codex*, «consuetudo quae in iure expresse reprobatur non est rationabilis», egli ritiene che tale disposizione «debet esse norma per se stans, utpote quae pro omni specie consuetudinis valet»²⁹⁶ proprio per evitare il rischio che appaia «tamquam norma peculiaris consuetudinis contra legem»²⁹⁷.

Nonostante il peso di questa osservazione che rimette al centro dell'intera disciplina la nota della *rationabilitas*, il dibattito tra i consultori si concentra piuttosto sull'atteggiamento di fondo del legislatore del 1917 di fronte alla consuetudine quale traspare sin dal canone introduttivo del titolo allo studio. In particolare Kuttner rileva che la disposizione piobenedettina, secondo cui «consuetudo vim legis a consensu competentis Superioris ecclesiastici unice obtinet»²⁹⁸, così come è, «nimis duram enuntiat regulam, ac si legislator contrarius esset consuetudini»²⁹⁹. Egli propone

²⁹² P. LOMBARDÍA, *Norma canónica*, in ID., *Escritos de derecho canónico*, cit., vol. III, p. 468.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ V., in proposito, P. LOMBARDÍA, *Codificación y ordenamiento canónico*, in ID., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, cit., vol. V, pp. 178-179.

²⁹⁵ V. P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine e atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, cit., pp. 84 ss.

²⁹⁶ *Gulielmus O'Connell, Votum de recognoscendis titulis I et II Primi Libri Codicis, Romae, 30 aprilis 1966*, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

²⁹⁷ *Ibidem*. Egli ritiene peraltro che «tanta est diversitas rerum de qua consuetudo oriri potest ut nonnisi lineamenta generalia sint statuenda, ne subtiliores leges hac de re magnam confusionem ingerant». E dunque «pauci vero canones, sicut in iure vigenti, una cum recepta doctrina sufficiunt», *ibidem*.

²⁹⁸ *Codex Iuris Canonici 1917*, can. 25.

²⁹⁹ *Coetus studiorum recognoscendis normis generalibus codicis, Sessio II (diebus 13 ad 17 novembris a. 1967 habita)*, (cfr. *Communicationes*, 1985/1, pp. 35-37, p. 42), in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

dunque di eliminarla sostituendovi una formula generale del seguente tenore: «consuetudo vim legis obtinet secundum praescripta canonum qui sequuntur»³⁰⁰. Una proposta che Onclin considera inaccettabile sia nel merito che nel metodo. Da un lato, infatti non si può rinunciare ad un principio «fondamentale» come quello in forza del quale nessuna consuetudine ha valore «nisi cum consensu legislatoris»³⁰¹; dall'altro se si eliminasse la disposizione che lo contempla, si rischierebbe, in una valutazione comparativa dei due codici, di ingenerare l'equivoco che nella nuova disciplina «consuetudinem introduci posse etiam non consentiente legislatore»³⁰²; il che semplicemente non è ammissibile.

Tuttavia Kuttner insiste che si tolga almeno la parola «unice», in riferimento all'insostituibilità del «consensus legislatoris», «quia nimis durum est et magis affirmanda est distinctio inter legem et consuetudinem»³⁰³. Nella stessa direzione Bertrams richiama l'insistenza del Concilio Vaticano II sul Popolo di Dio e sulla conseguente necessità di definire la «parte» di questo popolo nella genesi delle norme giuridiche³⁰⁴.

La portata dei rilievi è tale da indurre Onclin a piegare verso una redazione un po' «meno dura»³⁰⁵: «Nulla in Ecclesia consuetudo vim iuris habet, nisi obtineat consensum saltem tacitum, legislatoris, iuxta praescripta canonum qui sequuntur»³⁰⁶.

Questo testo, che piace a Kuttner, non convince del tutto gli altri membri del *Coetus*. Tocanel, in particolare, preferirebbe una formulazione positiva che egli concepirebbe così: «Consuetudo a communitate christifidelium introducta vim legis a consensu legislatoris, saltem tacito, obtinet, ad normam canonum qui sequuntur»³⁰⁷.

Il consultore Moss Tapajós, invece, raccoglierebbe in un unico canone la disciplina essenziale relativa all'efficacia giuridica della consuetudine ed alla necessità della sua *rationabilitas*. A tale riguardo però altri ritengono che «momenti huius principii ratione, illud esse enuntiandum in separato canone»³⁰⁸.

Tale ultima sollecitazione, insieme alle altre emerse nel dibattito, sfocia nella proposta conclusiva di Onclin che viene approvata all'unanimità e che rimarrà sostanzialmente immutata fino alla promulgazione del *Codex*:

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ *Ibidem*.

³⁰⁴ *Ibidem*.

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ *Ibidem*.

«In Ecclesia ea tantum consuetudo a communitate christiana introducta vim legis habet, quae a legislatore approbata fuerit, ad normam canonum qui sequuntur»³⁰⁹. La disciplina della *rationabilitas* rimane pertanto confinata nella sede definita dal legislatore piobenedettino, quella della *consuetudo contra legem*, senza dare adito a discussioni ulteriori sino agli esiti della consultazione sullo schema del 1977³¹⁰.

Infatti, le perplessità latenti nel dibattito riemergono con forza e senza mezzi termini nelle *Animadversiones*.

Quanto al canone introduttivo della disciplina, la Congregazione Orientale, coerentemente con i rilievi già esposti a proposito della legge, ne farebbe volentieri a meno, «cum sufficiat can. 27, et ut vitetur verticalismus»³¹¹ o lo riformulerebbe in modo più aderente alla dinamica del fenomeno consuetudinario: «Consuetudo a communitate christiana inducta contra voluntatem legitimae auctoritatis vim iuris non habet»³¹². È interessante notare sin d'ora la preoccupazione, viva nella sensibilità orientale, di dire «“vim iuris”, “non vero legis”»³¹³ che si affermerà poi decisamente nell'elaborazione del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*. D'altro canto, secondo l'Università Cattolica Americana, il testo prospettato dal *Coetus* riflette un concetto marcatamente volontaristico della consuetudine e invece «ratio ob quam ligat consuetudo est eius rationabilitas»³¹⁴.

La questione della *rationabilitas* si rivela dunque, ancora una volta, cruciale.

Sotto questo profilo le *Animadversiones* sulla disciplina della *consuetudo contra legem* non potrebbero essere più penetranti.

Merita particolare attenzione la proposta dell'Università Gregoriana di una nuova e completa riformulazione del canone nei termini seguenti: «§ 1. Consuetudo, ut vim legis obtineat, debet esse rationabilis. § 2. Non autem est rationabilis consuetudo contra ius divinum nec quae in iure expresse reprobatur»³¹⁵.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ Si tratta di pochi rilievi di carattere formale emersi nella IV sessione dedicata alle norme generali. Il consultore Tocanel, a proposito del can. 26 § 2, osserva: «Melius est dicere: “Nec consuetudo contra aut praeter ius canonicum vim legis obtinere potest, nisi...” Idest ponatur prius subiectum et deinde praedicatum». Alla domanda di Onclin «utrum textus maneat an mutetur secundum propositionem Rev. Tocanel», i consultori deliberano all'unanimità che rimanga uti est», *Coetus studiorum recognoscendis normis generalibus codicis. Sessio IV (diebus 28-31 ianuarii 69 habita)*, (cfr. *Communicationes*, 1987/1, pp. 72-91), in Archivio Pontificia Università Gregoriana, Fondo Giurisprudenza.

³¹¹ *Relatio Animadversiones systematice exponens factas ad indicem generalem provisiorum novi Codicis I. C. atque ad schema canonum “de normis generalibus”*, cit.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ *Ibidem*.

Tale proposta traduce tecnicamente l'esigenza, già emersa nel dibattito, di offrire uno spazio normativo adeguato alla *rationabilitas*, concepita come dimensione costitutiva della rilevanza giuridica della consuetudine *tout court*.

Peraltro, anche le *animadversiones* che si appuntano sui due paragrafi del canone proposto dal *Coetus* riflettono criticità tali da mettere in crisi l'intera costruzione della materia. Ai rilievi tecnici si aggiungono infatti alcune osservazioni che ne evidenziano i punti nevralgici, sia a livello culturale sia a livello semantico.

Per quanto riguarda il paragrafo relativo all'inammissibilità della consuetudine «iuri divino sive naturali sive positivo contraria»³¹⁶, secondo la Conferenza episcopale argentina «norma haec pertinet ad LEF, non ad Codicem I.C.»³¹⁷. Peraltro, entrando nel merito del disposto, la Conferenza episcopale olandese si domanda: «quid est “ius naturale” in societate pluralistica?»³¹⁸.

Quanto poi al paragrafo successivo che prevede l'inefficacia giuridica della consuetudine *contra o praeter ius canonicum*, «nisi quae sit rationabilis»³¹⁹ e l'irragionevolezza della «consuetudo quae in iure expresse reprobatur»³²⁰, a tale ultimo riguardo l'Università di Salamanca in luogo di «consuetudo non rationabilis» direbbe semplicemente «reprobata quavis consuetudine contraria»³²¹, o addirittura sostituirebbe tale inciso con una nuova redazione del testo che prescinderebbe del tutto dal riferimento alla *rationabilitas*: «nec vim legis obtinere potest consuetudo contra aut praeter ius canonicum, si expresse in iure reprobatur»³²². Ma, ancor più radicalmente, la Conferenza episcopale olandese si domanda: «quid sibi vult verbum “rationabilis”?»³²³.

Di fronte alla portata di questi interrogativi, riemerge nel *Coetus* la preoccupazione di evitare le problematiche di natura squisitamente teorica. In particolare Gaudemet preferirebbe che il testo fosse mantenuto «demptis verbis in § 1 “sive naturali sive positivo” ad relinquendas doctrinae disputationes in materia»³²⁴. Tale proposta viene approvata dalla

³¹⁶ Pontificia Commissio Codicis Iuris Canonici recognoscendo, *Schema canonum libri I de normis generalibus*, Typis Polyglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1977, (d'ora innanzi *Schema 1977*) can. 25 § 1.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ *Schema 1977*, can. 25 § 2.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ *Relatio Animadversiones systematice exponens factas ad indicem generalem provisorium novi Codicis I. C. atque ad schema canonum “de normis generalibus”*, cit.

³²² *Ibidem*.

³²³ *Relatio Animadversiones systematice exponens factas ad indicem generalem provisorium novi Codicis I. C. atque ad schema canonum “de normis generalibus”*, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

³²⁴ *Coetus studiorum “De normis generalibus”, Sessio II – Series II (dd. 23-27 m. octobris a. 1979)*, (cfr. *Communicationes*, 1991/2, pp. 166-170), in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

maggioranza dei consultori, anche se il Presidente della Commissione chiede di verbalizzare il suo parere contrario proprio «causa disceptationis quae hodie saepe fit circa ipsum ius naturale»³²⁵. Prevale quindi la preoccupazione di non affrontare problemi di difficile soluzione nello spazio essenzialmente normativo di un Codice sull'esigenza, pur lucidamente avvertita, di difendere una posizione netta circa lo *ius naturale* nel più vasto contesto della cultura giuridica contemporanea.

Più difficile risulta seguire questa linea per la *rationabilitas*.

Una prima questione riguarda la formulazione del canone in discussione e cioè la possibile incongruenza della prima parte in cui ci si riferisce esplicitamente alla *consuetudo contra aut praeter legem* rispetto al secondo lemma che, contemplando l'irragionevolezza della consuetudine riprovata dal diritto, parla di «consuetudo» *tout court*.

Ora, secondo Gaudemet, andrebbero eliminate le distinzioni in quanto «consuetudo quae neque contra neque praeter ius est videtur secundum ius esse ideoque de ea sermonem instituendum non esse»³²⁶. E nonostante Mörsdorf faccia osservare come la «consuetudo secundum ius suam habere in nostro iure momentum»³²⁷, lo storico francese insiste nella sua richiesta³²⁸.

In realtà, quale che sia l'assetto della consuetudine dinanzi all'ordinamento giuridico nel suo complesso, il vero scoglio viene a galla quando si tocca la concezione della *rationabilitas*.

Gaudemet si vede costretto ad ammettere che «rationabilitatis conceptum omnimode obscurum esse etsi commodum pro legislatore»³²⁹. Ed anche Castillo Lara ritiene che si debba trattare della *rationabilitas* soltanto «in obliquo»³³⁰, con locuzioni del tipo «non esse rationabilis, dicitur, nisi...»³³¹.

Da questi rilievi che riflettono una evidente perplessità di fondo ma anche l'intenzione chiara di non entrare più di tanto nel merito del problema, si distingue la posizione di Lombardía.

Il canonista spagnolo non elude la domanda cruciale dell'episcopato olandese e si sofferma sulla ragione che deve indurre a conservare la parola «rationabilis», in quanto «sensus in traditione canonistica sibi proprium habet»³³². A partire da questa certezza è possibile risolvere anche la formulazione del canone, tenendo conto della varietà degli assetti del fe-

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ V. *ibidem*.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ *Ibidem*.

³³² *Ibidem*.

nomen consuetudinario e della essenziale riconducibilità di ciascuno di essi entro il grembo della *rationabilitas*. Infatti, poiché si danno consuetudini irragionevoli «quae neque contra ius divinum sunt neque a iure expresse reprobantur»³³³, egli non ritiene conveniente forzare il testo del canone. Del resto anche Robleda constata che la *rationabilitas*, proprio perché «in materia consuetudinis plura continet elementa»³³⁴, dice molto di più «quam consuetudo quae non contra ius divinum sit et expresse non reprobata»³³⁵.

Pertanto, dopo aver escluso il testo dell'Università Gregoriana interamente dedicato alla *rationabilitas*, la maggioranza approva la redazione sottoposta agli organi di consultazione, così come è, e che rimarrà invariata sino alla promulgazione³³⁶.

È interessante notare che, nel suo affondo sul significato della parola *rationabilis*, Lombardía si limita a richiamare la tradizione canonistica, senza esplicitarne la portata semantica. Del resto, come ampiamente documenta la produzione scientifica del canonista spagnolo³³⁷, non vi è dubbio che egli vedesse nella *rationabilitas* la chiave di volta dell'ordinamento canonico nel suo dinamismo originale e dunque non è improbabile che egli ritenesse sufficiente mantenere nel Codice l'aggettivo *rationabilis*, per salvaguardare la portata ermeneutica della tradizione.

Sotto questo profilo ancor più significativi risultano i lavori della Commissione sulla problematica della *rationabilitas* nella *causa dispensandi* confermando la volontà di non discostarsi dal dato tradizionale, in un contesto che peraltro era già dominato da importanti istanze innovatrici soprattutto con riguardo al potere di dispensa³³⁸.

Le regole sancite in proposito dal legislatore del 1917 erano state capovolte dal Decreto Conciliare *Christus Dominus*³³⁹. E dunque toccava al *Coetus* la traduzione tecnica della disposizione conciliare che, dopo aver

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ *Ibidem*.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ Tra i saggi più recenti sulla disciplina vigente della consuetudine, in relazione al tema della *rationabilitas*, si vedano, tra gli altri, G. COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Cedam, Padova, 2003, in particolare pp. 138 ss.; P.A. BONNET, *Annotazioni su la consuetudine canonica*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 70-74. Per una riflessione sul tema nel contesto culturale della postmodernità, si rinvia senz'altro agli spunti di E. DIENI, *La coutume dans le droit canonique de la post-modernité. Quelques idées sommaires*, in *Revue de droit canonique*, 2003, pp. 241-265.

³³⁷ Ci si riferisce ai molteplici saggi dedicati ai caratteri distintivi dell'ordinamento canonico, alle fonti nella revisione postconciliare ed alle norme generali del *Codex Iuris Canonici* vigente, nei quali emerge chiaramente il riferimento alla centralità della *rationabilitas*, già ampiamente citati.

³³⁸ V., in proposito, C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 200-205.

³³⁹ V. Decreto *Christus Dominus*, n. 8.

trattato della potestà ordinaria di cui godono i vescovi nelle rispettive diocesi, riconosceva loro la facoltà di dispensare i fedeli da una legge generale della Chiesa, in casi particolari «quoties id ad eorum bonum spirituale iudicant, nisi a suprema auctoritate specialis reservatio facta fuerit»³⁴⁰.

Ora, come si è già avuto modo di verificare in altra occasione³⁴¹, la «disceptatio de dispensationibus»³⁴² si gioca tutta sulla natura e sulla titolarità della *potestas dispensandi*, concepita quale espressione della *potestas executiva* e non della *potestas legislativa*. In quest'ottica, la dispensa si sarebbe potuta facilmente configurare come atto amministrativo, in quanto emanazione di un potere di natura esecutiva, esercitato nei limiti di competenza stabiliti dalla legge per ciascun titolare di esso.

In tale contesto, la disciplina della *causa dispensandi* risultava strettamente correlata allo sviluppo del pensiero sul «bonum spirituale fidelium», così come il Concilio lo aveva messo in luce. Occorreva cioè evidenziare la proporzione al «bonum commune» cui «lex ordinetur»³⁴³ di quel bene particolare, appunto il «bonum spirituale fidelium», che solo avrebbe potuto giustificare il «vulnus legis», realizzato dalla dispensa³⁴⁴.

In tale prospettiva le prime osservazioni sul canone piobenedettino segnalano la necessità di dare il giusto rilievo alle circostanze «quae in praxi magnum momentum habere possunt»³⁴⁵ tanto da determinare il ricorso alla dispensa. Il consultore Beste chiede quindi che si aggiunga «rationem habendam esse “adiunctorum in casu concurrentium”»³⁴⁶. Nella stessa direzione, Onclin propone un inciso «ut momentum circumstantiarum affirmetur verbis sequentibus»³⁴⁷: «...“habita ratione adiunctorum casus et gravitatis legis a qua dispensatur”»³⁴⁸.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ V. C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 200-205.

³⁴² *Coetus studiorum recognoscendis normis generalibus Codicis, Sessio IV, (diebus 28-31 ianuarii 69 habita)*, (cfr. *Communicationes*, 1987/1, p. 72), in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

³⁴³ Il consultore Bertrams, «sub aspectu functionis dispensationis in iure canonico» osservava: «cum lex ordinetur ad bonum commune, non observatio legis, etsi in casu particolari, bonum commune tangit, aut saltem tangere facile potest. Hac ratione in iure dispensatio habetur vulnus legis. Ex hac eius indole concluditur ad necessitatem strictae interpretationis dispensationis, ne bonum commune damnum patiat, ad restringendas dispensationes, in quantum hoc si possibile etc. Attamen, altera ex parte, dispensatio in iure canonico functionem etiam positivam habet, quatenus ipsa destinatur ad rigorem iuris in casu particolari temperandum, ut ita indoli spirituali iuris canonici satisfiat», *ibidem*.

³⁴⁴ V. *ibidem*.

³⁴⁵ *Coetus studiorum recognoscendis normis generalibus Codicis, Sessio IV, (diebus 28-31 ianuarii 69 habita)*, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ *Ibidem*.

Nel dibattito successivo peraltro emerge un solo problema, di natura redazionale. Gaudemet si domanda cioè per quale ragione le parole «iusta et rationabilis causa» non vengano ripetute anche in relazione alla «dispensatio illicita»³⁴⁹. In realtà, come osserva Arrieta, non vi sono altre ragioni che la brevità del canone.

Ancora una volta, dunque, sono gli organi di consultazione a entrare nel vivo dei problemi sostanziali.

Ritorna infatti nelle *animadversiones* il tema del rapporto tra «bonum commune» e «spirituale fidelium bonum».

In particolare la Conferenza episcopale portoricana espliciterebbe nel primo paragrafo del canone sulla *causa dispensandi* il rapporto proporzionale tra le circostanze, il bene comune e la gravità della legge di cui si chiede la sospensione e direbbe: «a lege ecclesiastica ne dispensetur sine iusta et rationabili causa, habita ratione adiunctorum casus, boni communis, et gravitatis legis»³⁵⁰. Più specificamente, in relazione alla causa, i vescovi canadesi non si nascondono che «nimiae sunt distinctiones causarum (causae motivae, impulsivae)»³⁵¹ e per chiarire la portata della regola – «ad dispensationem concedendam requiritur iusta et rationabilis causa»³⁵² – specificherebbero in cosa consista la *causa dispensandi*: «causa vero legitima est spirituale fidelium bonum»³⁵³.

Questi rilievi peraltro non suscitano alcun commento all'interno del *Coetus* che sostanzialmente approva, senza variazione alcuna, il canone nella redazione già proposta agli organi consultivi³⁵⁴.

Il legislatore, anche in questo caso, ritorna all'eredità piobenedettina, scartando la mediazione dottrinale che, come si è visto, aveva offerto una consistente rielaborazione del tema della causa alla luce delle categorie dogmatiche moderne.

Del resto, come rivela l'accento della conferenza episcopale canadese e come emergerà ancor più esplicitamente nel corso della codificazione orientale, tale rielaborazione complicava i problemi anziché contribuire a risolverli. Ma anche l'endiadi «iusta et rationabilis» si era svuotata della sua pregnanza semantica e risultava inadeguata a tradurre il linguaggio conciliare, se gli organi esterni al *Coetus* e più vicini al vivo dell'esperienza

³⁴⁹ *Coetus studiorum recognoscendis normis generalibus Codicis, Sessio V, (diebus 29 septembris – 4 octobris 1969 habita)*, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

³⁵⁰ *Relatio Animadversiones systematice exponens factas ad indicem generalem provisionum novi Codicis I.C. atque ad schema canonum "de normis generalibus"*, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ *Ibidem*.

³⁵⁴ *Coetus studiorum "de normis generalibus"*, Sessio III - Series II, 1 decembris 1979, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, *Fondo Giurisprudenza*.

giuridica percepivano l'urgenza di chiarire in cosa consistesse la causa: «causa vero legitima est bonum spirituale fidelium».

È interessante sottolineare la portata di questo tentativo, indice di una difficoltà, crescente nei gangli vitali dell'esperienza giuridica, a comprendere il linguaggio tradizionale. Ciò che la parola *rationabilis* avrebbe dovuto di per sé evocare, dalla proporzione tra i beni in gioco, quello comune e quello del singolo fedele, a quella tra le circostanze del caso e la gravità della legge, andava invece secondo gli organi consultivi via via esplicitato.

Il Codice del 1983 non accoglie questa esigenza e si limita a riprodurre il dato tradizionale.

Non stupisce pertanto che, analogamente a quanto è accaduto all'indomani della codificazione piobenedettina, il pensiero giuridico contemporaneo abbia potuto ricevere integra l'eredità precodificiale sulla *rationabilitas*, come dimostrano gli studi anche recenti dedicati alle norme generali o a temi ad esse correlati, e come documentano i manuali che offrono la trattazione organica e sistematica del diritto vigente evidenziando le linee di forza e le peculiarità dell'ordinamento canonico³⁵⁵.

³⁵⁵ Per un punto di vista sintetico della riflessione in materia e per una prima informazione bibliografica, si veda il *Diccionario General del Derecho Canónico* in particolare alle voci correlate: R. MADRID, *Racionalidad*, in *Diccionario General del Derecho Canónico*, a cura di J. OTADUY-A. VIANA-J. SEDANO, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, vol. VI, pp. 687-690; G. COMOTTI, *Costumbre*, in *ivi*, vol. II, pp. 804-808; E. BAURA, *Equidad canónica*, in *ivi*, vol. III, pp. 649-655; J. OTADUY, *Ratio canonica*, in *ivi*, pp. 698-705; R. BALBI, *Ratio legis*, in *ivi*, pp. 709-714; *Costumbre*, in *ivi*, vol. II, p. 807; J. OTADUY, *Interpretación de la ley*, in *ivi*, vol. IV, pp. 720-731; J. OTADUY, *Ley canónica*, in *ivi*, vol. V, pp. 63-75; M. DEL POZZO, *Salus animarum*, in *ivi*, pp. 134-139. Tra i volumi impostati nella forma del commentario alle norme del libro I, vanno ricordate le brevi note di F.J. URRUTIA, *De normis generalibus: liber I. Adnotationes in Codicem*, Pontificia Universitas Gregoriana, Roma, 1983, pp. 24-25, 56; Id., *Les normes générales: commentaire des canons 1-203*, Tardy, Paris, 1994, pp. 101-102, pp. 159-161; J. GARCÍA MARTÍN CMF, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Edurcla, Roma, 1995, pp. 128-129; J. OTADUY, *Introducción, Titulus I, De legibus ecclesiasticis*, in AA.VV., *Comentario exegetico al Código de derecho canónico*, vol. I, Eunsa, Pamplona, 1996, pp. 289-298; Id., *Comentario can. 24*, in *ivi*, pp. 435-441; E. BAURA, *Comentario can. 90*, in *ivi*, pp. 694-700; V. DE PAOLIS-A. D'AURIA, *Le Norme Generali. Commento al Codice di Diritto canonico*, Libro Primo, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2008, pp. 173-177. Senza accennare qui agli sviluppi degli studi sul diritto amministrativo canonico che in qualche misura, sia pur ridotta, si riferiscono alla *rationabilitas*, e per quanto concerne la teoria generale, si segnalano, tra i saggi ad essa dedicati e non di rado destinati anche alla didattica, P. LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico. Introduzione-Diritto costituzionale-Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 198 ss.; J. OTADUY, *Fuentes, interpretación, personas. Estudios de derecho canónico*, Navarra Grafica Ediciones, Pamplona, 2002, pp. 29-75; D. CENALMOR-J. MIRAS, *Il Diritto della Chiesa. Corso di Diritto Canonico*, Edusc, Roma, 2005, pp. 99-100; J. OTADUY, *Lezioni di diritto canonico. Parte generale*, Marcianum Press, Venezia, 2010, pp. 27-46, pp. 102-104; E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Edusc, Roma, 2013, pp. 139-141, pp. 434-435. Tra i manuali in uso presso le Università italiane si vedano almeno i riferimenti essenziali di G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 46-50; O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, pp. 46-48; S. BERLINGÒ-M. TIGANO, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 80-81; S. GHERRO, *Diritto canonico, I Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2011, pp. 35-37, 46; G. DALLA TORRE,

Tuttavia l'urgenza di senso emersa nella consultazione dell'episcopato, rivelando una certa estraneità del dato tradizionale alla mentalità giuridica corrente, lascia aperta la domanda radicale dei vescovi olandesi: «quid sibi vult verbum rationabilis?».

Lezioni di diritto canonico, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 61-63. Specifica attenzione al tema della *rationabilitas* emerge negli scritti più recenti di Patrick Valdrini, tra i quali si segnalano P. VALDRINI, *La recezione della legge nel diritto canonico. Pertinenza e significato*, in «Diritto e Religioni», 2010, pp. 141-159; ID., *La decisione di governo nella Chiesa. Rationabilitas e iustitia dell'Atto amministrativo singolare*, in «Apollinaris», 2011, pp. 633-646; ID., *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2013, segnatamente pp. 20-21 e pp. 241-337; ID., *Certezza e ragionevolezza della legge. Pio X e l'elaborazione del Codex Iuris Canonici*, in *Diritto e Religioni*, 2015, pp. 103-112.

CAPITOLO III

LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO DELLE CHIESE ORIENTALI

SOMMARIO: 1. La «prudencia» orientale e le proposte di codificazione. – 2. Verso la «tranquillitas ordinis»: i primi progetti del Codice Orientale. – 3. La codificazione postconciliare tra tradizione e innovazione. – 3.1. La ricerca delle parole comuni. – 3.2. Il «bonum spirituale fidelium» quale «iusta et rationabilis causa».

1. *La «prudencia» orientale e le proposte di codificazione*

La felice immagine di una lunga navigazione verso un porto finalmente raggiunto, scelta da Giovanni Paolo II per descrivere l'*iter* che, dopo più di sessant'anni dall'inizio ufficiale dei lavori, si è compiuto con la promulgazione del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, non intende certamente lasciar fuori i preparativi più remoti di quel viaggio, che risalgono al Concilio Vaticano I¹. Come noto, la richiesta di codificare il diritto delle Chiese Orientali s'impone, nei voti dei prelati provenienti dall'Oriente cattolico, sin dalle fasi preparatorie dell'assise convocata da Pio IX².

È bene subito avvertire che il bisogno chiaramente esplicitato nelle riunioni della Commissione preparatoria *super missionibus et Ecclesiis ritus orientalis* di un codice di diritto canonico per le chiese orientali, «che ne regoli la disciplina», «un codice autorevole, completo e generale per tutte le nazioni, e in armonia colle circostanze dei tempi»³, nonostante

¹ Cfr., in questo senso, René Metz, per il quale non vi è dubbio che il Codice vigente sia «l'aboutissement d'un projet qui remonte a cent vingt ans», *Id.*, *Le nouveau droit des Eglises Orientales Catholiques*, Les editions du Cerf, Paris, 1997, p. 27.

² Per una opportuna collocazione nell'intera esperienza giuridica delle Chiese orientali cattoliche dei voti espressi in preparazione e nel corso del Vaticano I a riguardo di una codificazione dei canoni d'oriente si veda I. ŽUŽEK, *Common canons and ecclesial experience in the oriental catholic churches*, in *Incontro tra canoni d'Oriente e d'Occidente, Atti del Congresso Internazionale*, a cura di R. COPPOLA, Cacucci, Bari, vol. I, pp. 21-56 e in particolare pp. 35-43.

³ Così si esprimeva nell'adunanza del 4 dicembre 1868 Mons. Simeoni, in MANSI, vol. 49, c. 1012 C.

l'intenzione dichiaratamente latinizzante dei suoi promotori, o anzi forse proprio a causa di tale intenzione⁴, non può essere assimilato all'analoga urgenza manifestata, con varietà di proposte e di toni, dai vescovi latini, di cui si è già riferito.

Infatti, quale che sia il punto di vista a partire dal quale s'intenda indagare sulle origini più o meno remote del processo di codificazione orientale, a maggior ragione se la riflessione abbia ad oggetto, come in questa sede, le categorie fondamentali delle dinamiche ordinamentali, si deve prendere atto che la «*praestantia ritus latini*»⁵ costituisce la chiave di vol-

⁴ Non vi è dubbio peraltro che il Simeoni concepisse questo codice in senso latinizzante coerentemente con le indicazioni provenienti dalla leadership della Commissione per le Chiese e le missioni d'Oriente. Il promemoria che il segretario Cretoni scrisse per il Presidente Barnabò il 5 maggio 1868 è assai esplicito in tal senso: «nello scopo di mettere in armonia le varie disposizioni che si emaneranno dal futuro Concilio Ecumenico intorno alla disciplina delle due Chiese, Occidentale e Orientale (salve le differenze liturgiche e qualche specialità più o meno connessa con il rito), la Commissione per le Chiese e Missioni d'Oriente crederebbe opportuno che quella disciplinare per la Chiesa latina le comunicasse il risultato dei suoi studii onde profittarne nei lavori che dalla medesima si vanno preparando per la riforma della disciplina delle Chiese Orientali». Archivio Segreto Vaticano, *Concilio Vaticano I*, busta 18, fasc. I, manoscritto. Dunque non sorprende che nella Sessione convocata nel medesimo giorno si legga: «Mons. Simeoni parla della necessità che la commissione orientale proceda d'accordo nei suoi studii con la Chiesa latina. Uno dei criteri regolatori della commissione Orientale, come fu stabilito nella prima adunanza, si è quello di mettere in armonia la disciplina delle due Chiese, salve sempre le differenze liturgiche (...). Ora la maggior parte dei punti disciplinari della Chiesa latina sono più o meno estensibili alle Chiese di levante», MANSI, vol. 49, cc. 1009 CD-1010 A.

⁵ Quanto all'uso della parola *ritus* per marcare la differenza tra Chiesa latina e Chiese orientali, certamente affonda le sue radici nelle ramificazioni della predicazione cristiana scaturite a partire dalla Pentecoste. Essa infatti «comportò (...) il rispetto verso le culture precedenti alla missionologia cristiana che in uno noi chiamiamo riti e che si riallacciano alla definizione di Servio, *ad Aen.* XII, p. 836, di *ritus est mos institutus, religiosis caerimoniis consecratus*, definizione che si riannoda a Festo per il quale, da una probabile derivazione del termine dall'etrusco *eritu* – come si legge nelle Tavole iguvine derivante da un greco *ierateion* – *ministerium sacrum, ritus est mos et approbata consuetudo praecipue in sacrificio administrandis*. Quei Riti, dunque, «si identificheranno con le comunità cristiane armena, caldea, copta, maronita, melkita, sira (e siro malabarese e siro malankarese), ucraina (un tempo rutena), etiopica, rumena, albanese, bulgara, greca, ungherese, italo-albanese, chiesa di Križevci, russa e slovacca». O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, in PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Il Codice delle Chiese Orientali. La storia. Le legislazioni particolari. Le prospettive ecumeniche. Atti del convegno di studio nel XX anniversario della promulgazione del Codice dei canoni delle Chiese Orientali, Roma, 8-9 ottobre 2010*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2011, pp. 68-69. Vero è che solo nel secolo XX «si cominciano a considerare i "Riti" come equivalenti a Chiese: il che viene sancito dal Concilio Vaticano II, che già in un certo modo delinea e sostiene la "varietas Ecclesiarum sui iuris"». D'altro canto, se non vi è dubbio che tutti i Romani Pontefici, hanno ammesso la "varietas" dei riti liturgici ed anzi, non solo, hanno ritenuto non fosse un ostacolo all'unità della Chiesa, ma l'hanno esaltata come un grande bene per la Chiesa universale, non è altrettanto certo che la "varietas disciplinae canonicae" sia stata sempre tenuta nella stessa considerazione. Si potrebbe convenire sul fatto che tutt'al più essa sia stata «tollerata in vista di un bene maggiore, e cioè della promozione del ritorno degli ortodossi nella Chiesa cattolica», v. I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium» nella storia moderna della Chiesa universale*, in PONTIFICIUM

ta esauriente nel modo stesso di concepire il diritto orientale lungo tutto il pontificato di Pio IX e quindi il criterio ultimo di valutazione della richiesta in questione⁶.

D'altro canto, la situazione normativa delle Chiese Orientali Cattoliche, assai più farraginoso di quella della Chiesa latina, soffriva gli esiti di un travaglio storico profondissimo. Un travaglio che affondava le sue radici nella progressiva divaricazione dell'esperienza giuridica orientale da quella occidentale, pur animate, a partire dalla comune matrice «elleno-giudaica» delle proprie origini, dalla «stessa tensione spirituale» e dalla «pari volontà organizzativa di farsi chiesa»⁷, e che

CONSILIIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et missione Ecclesiae. Acta symposii internationalis iuris canonici occurrente 10° anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994, p. 723. Quanto all'espressione «praestantia ritus latini», occorre riferirsi a due classici luoghi di Benedetto XIV, e cioè nella costituzione apostolica *Etsi pastoralis* del 26 maggio 1742, § 2 n. 13 – «Ritus enim latinus propter suam praestantiam, eo quod sit ritus Sanctae Romanae Ecclesiae omnium Ecclesiarum Matris et Magistrae, sic supra Graecum ritum praevallet ...» – e nella lettera enciclica *Allatae sunt* del 26 giugno 1755, § 2 – «Cum Latinus Ritus sit, quo utitur sancta romana Ecclesia, quae Mater et Magistra aliarum Ecclesiarum, reliquis omnibus ritibus praeferri debet», v. rispettivamente *CIC Fontes* I, 739 e *CIC Fontes* II, 459. L'espressione coniata da Benedetto XIV, che rivela una concezione ben più evoluta di quanto si era affermato per la prima volta nel Breve *Pontifex Romanus* di Pio IV, dove si parlava di «ridottione dei greci alla Chiesa Romana», riflette la consapevolezza ormai matura «che il rito romano, e di conseguenza il patrimonio culturale, teologico e spirituale e quindi il patrimonio storico-giuridico della Chiesa governata dal Vescovo di Roma sia superiore ad ogni altro patrimonio culturale, teologico e spirituale della Cristianità». O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., p. 73. Cfr. E.G. FARRUGIA, *Latinizzazione*, in *Dizionario Enciclopedico dell'Oriente Cristiano*, Pontificio Istituto Orientale, Roma, 2000, pp. 422-424; e Id., *Praestantia ritus latini*, in *ivi*, pp. 611-612. Si raggiunge così il culmine dell'allontanamento della latinità dall'Oriente, che taluni fanno risalire alla notte di Natale dell'800 «quando fu incoronato in San Pietro Carlo Magno Imperatore del Sacro Romano Impero in funzione chiaramente antibizantina, facendo così una precisa scelta di campo a favore dei nuovi signori d'Occidente, i Franchi di Aquisgrana» -. Ad essa peraltro «non si era arrivati a caso «ma attraverso precise tappe dopo l'elevazione a vescovo di Roma di papa Vittore». Per una informazione essenziale circa i passaggi fondamentali di questo processo di separazione v. O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., pp. 74-84.

⁶ Basti ricordare in proposito come nel 1847 Pio IX si riferisse a tale *praestantia* nella sua risposta ad un quesito del vescovo di Palermo, v. Pius IX, Litt. «Plura sapienter», 11 luglio 1947, in Congregazione per le Chiese Orientali, *Codificazione canonica orientale: Fonti*, Typis Poliglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1930, Serie I-fasc. II, p. 533, n. 4. Non si può dimenticare peraltro che «la Commissione orientale preparatoria del Concilio Vaticano I svolse uno studio per redigere lo schema di costituzione sui riti nel quale i consultori proponevano il superamento di questo ingiusto principio», P. GEFAELL, *Il diritto canonico orientale nei lavori del Concilio Vaticano I. Voti dei consultori della Commissione preparatoria per le missioni e le chiese orientali*, in *Ius Ecclesiae*, 2006, p. 40; I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., p. 697.

⁷ O. BUCCI, *La genesi della struttura del diritto della Chiesa latina e del diritto delle Chiese cristiane orientali, in rapporto allo svolgimento storico del diritto romano e del diritto bizantino*, in *Apollinaris*, 1992/1-2, pp. 98-99. Sotto questo profilo si vedano i rilievi del medesimo

si fa più acuto in seguito allo scisma del 1054⁸.

Dunque, la condizione disciplinare della cristianità orientale, alla vigilia del Vaticano I, prima ancora delle conseguenze legate al trauma della separazione da Roma, risentiva evidentemente gli effetti di una marcata divergenza nella visione stessa dell'esperienza giuridica quale era maturata dopo i primi tre secoli, quando cioè «le due concezioni di fare e operare

autore circa la formazione della terminologia cristiana da parte delle originarie chiese orientali, in particolare in rapporto al ruolo della lingua e della cultura greca. Dal suo incontro con il mondo cristiano, infatti, «entrarono a far parte di quest'ultimo ufficialmente e in modo impetuoso gruppi di cultura razionalistica e filosofica propriamente greca», O. BUCCI, *Il problema della terminologia cristiana da parte delle originarie Chiese orientali: studio linguistico e storico-giuridico. Prolegomena*, in *Nuntia*, 1977, p. 76. Del resto Paolo «fece propria la terminologia greca e insegnò ai suoi eredi spirituali che la lingua greca doveva servire non già per ellenizzare il cristianesimo ma per cristianizzare l'ellenismo e tutto il mondo classico di cui l'Apostolo di Tarso non si sentì mai succube ma che asservì anzi ad esso» (*ivi*, p. 78). Occorre dunque tener presente che soprattutto sul diritto romano «il pensiero greco attecchì facendo fare a questo un cambiamento di rotta che avrà ripercussioni imprevedibili sulla storia giuridica europea fino ai nostri giorni» (*ivi*, p. 84): in questo modo la cultura greca «veniva ad impossessarsi finalmente del momento nevralgico della Weltanschauung romana, il diritto» (*ivi*, p. 86). A questo predominio sulla lingua latina si deve tra l'altro «la netta separazione tra *ius* e *fas*, fra norma religiosa e norma giuridica» (*ivi*, p. 85), che non sorse a caso, «che ebbe origine nell'impatto del diritto romano con il pensiero filosofico greco e fu esplicitato in modo netto da Cicerone, sulla cui formazione l'eclettismo filosofico greco ebbe gran peso e influenza, in particolare per la sua preparazione giuridica» (*ibidem*). Da parte sua «Roma non osò mai intervenire nella scelta culturale delle singole genti dell'oriente mediterraneo, né pensò di imporre la propria lingua: accettò anzi di buon grado di subordinarla al greco e all'aramaico, facendo della prima lingua anzi, la propria lingua, nella misura in cui si convinse che essa non apparteneva più al popolo dell'Ellade ma che era patrimonio di tutte le genti abitanti le regioni dalla colonne d'Ercole alla penisola indiana, dalle isole britanniche e dal Reno fino all'isola malgascia» (*ivi*, p. 92). Vale la pena infine di ricordare che «accanto a questa diffusione generalizzata e spontanea della lingua e cultura greca (...) che giunse ad impossessarsi del centro vitale della cultura romana quale era il diritto, ve ne fu tuttavia anche un'altra, sottile e strisciante dapprima, violenta e rumorosa poi, imposta, in terra orientale alle genti dell'Oriente Mediterraneo» (*ivi*, p. 88). A tale tentativo imperialista, computo dai Diadochi ed in particolare dai Seleucidi, si deve il fomentare di «un atteggiamento fortemente antiellenico da un punto di vista culturale e violentemente critico da un punto di vista psicologico verso la Grecia e l'Ellenismo» (*ibidem*) presso numerosi gruppi orientali, soprattutto cristiani. Si tratta di una mentalità tuttora presente in alcune comunità cristiane cattoliche d'Oriente e che spiega «alcune posizioni contraddittorie per le quali nel corso dei secoli le comunità cristiane – in special modo cattoliche – hanno assunto nei confronti di Bisanzio e della cultura bizantina – in primo luogo nei confronti del diritto espresso da quel potere statale e religioso (formulato o meno da Costantinopoli) – portandole a tenere, in più di un'occasione, un atteggiamento preferenziale verso la cultura romano-latina piuttosto che verso quella bizantino-greca» (*ibidem*). Non si può dunque escludere che all'origine della maggior apertura verso il diritto latino che caratterizza il riassetto disciplinare delle comunità orientali tra il XIX ed il XX secolo vi sia anche la persistenza di questi elementi contraddittori.

⁸ Come si è suggestivamente richiamato, a vent'anni dalla promulgazione del CCEO, «il problema della codificazione delle Chiese Orientali Cattoliche non può non passare attraverso i rapporti con le Chiese Orientali non cattoliche, rapporti avuti nel passato lontano e recente, ma anche nel presente, fatti di incomprensioni e di lacerazioni», O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., p. 65.

il diritto (orientale e latina ...) mutarono, o comunque presero destini diversi»⁹.

Non è questa la sede per descrivere, neanche per sommi capi, una avventura storico-giuridica di tale portata.

Vale tuttavia la pena ricordare che, negli ultimi secoli del primo millennio, il *Codex canonum* era in grado di garantire alle comunità orientali una effettiva «certezza canonica», in quanto scaturiva «dalla vita stessa della Chiesa, in una ammirevole e provvidenziale confluenza di consuetu-

⁹ O. BUCCI, *La genesi della struttura del diritto della Chiesa latina e del diritto delle Chiese Cristiane Orientali*, cit., p. 106. Vale la pena ricordare, per sommi capi, i «canoni fondamentali» della cultura giuridica d'Oriente in paragone a quelli antitetici della cultura giuridica romana. Innanzitutto all'«inscindibile connessione tra norma etica e norma giuridica, fra diritto e religione, fra *jus* e *fas*» (ivi, p. 113), propria dell'Oriente, si contrappone «la netta separazione fra norma etica e norma giuridica» che ha «un'origine precisa nella storia del pensiero giuridico occidentale, a partire cioè da quando in terra greca si tentò per la prima volta di cercare gli arché, i principi (...) non già nella trascendenza ma nell'immanenza, non in un complesso di riti e idee religiose ma nei fatti e nelle opere della diuturnità politica» (ivi, p. 115). Occorre poi tener presente che dei tre principi, imperatività, generalità ed astrattezza caratterizzanti la norma nella dottrina di tradizione romanistica, «la tradizione giuridica orientale conosce solo il principio dell'imperatività e ignora i principi della generalità e astrattezza» (ivi, p. 113). Sotto questo profilo non vi è dubbio che la cultura giuridica romana sia giunta ad una «formulazione dell'astrattezza giuridica» e di conseguenza «alla creazione di una sistematica giuridica mai testimoniata precedentemente nella storia del diritto di tutti i popoli» (ivi, p. 116). Evidentemente si è giunti all'astrattezza giuridica mediante una formulazione del concetto di *regula iuris* e di *norma giuridica* «non (...) più personale», «ma generale», ovvero, «che non si limita più né può limitarsi per sua stessa ammissione, al caso concreto, ma che da *innumerevoli e similari casi concreti* parte per ipostatizzare ed esprimere *la generalità* e che *solo dopo essere stata pensata al generale e all'astratto può essere applicata al caso concreto*» (ivi, pp. 117-118). Per tale via «le *definitiones* dei singoli istituti di diritto romano», e la stessa creazione «dell'*istituto giuridico*», «la conseguente *divisione*, all'interno di una *sistematica*, pensata a monte e redatta in trattati giurisprudenziali (...) erano diventate il sale della giurisprudenza romana» (ivi, p. 118). Un tale patrimonio giuridico, conseguenza diretta dell'acquisizione del principio di astrattezza negli studi giuridici contrasta decisamente con quell'«affermazione di uno *jus personarum* distinto e col tempo antitetico allo *jus loci*» (ivi, p. 113) che invece ha una radice profondissima nella mentalità orientale. Infatti, «mentre lo *jus loci* implica l'imperio della legge in un determinato territorio indipendentemente dalle tradizioni giuridiche che i singoli uomini si portano con sé, lo *jus personarum* ne è agli antipodi perché esso suppone il principio secondo il quale ogni persona si porta con sé i propri lari e i propri penati, cioè la propria storia e la propria tradizione giuridica» (ivi, p. 114). Ne discende che «è la persona ad essere sacra e non il luogo»: «quest'ultimo viene reso sacro sol perché viene calpestato dalla persona e non viceversa». Sono dunque «le comunità delle persone» a possedere «una propria tradizione giuridica», che ha «un valore in sé, unico», da proteggere e tutelare in quanto tale e «non per il luogo che ha la ventura di ospitarle» (ibidem). Non è difficile comprendere quanto tale principio, sul quale i cristiani d'Oriente «hanno fondato la loro stessa ragion d'essere comunità libere e consapevoli di un proprio destino giuridico» (ibidem), sia estraneo alla mentalità giuridica occidentale che «subordina la persona fisica a quella giuridica, il soggetto alla comunità formata da soggetti allo Stato, massima espressione della persona giuridica» (ivi, p. 119). Sull'intera tematica si possono utilmente confrontare gli studi di G. La Pira, in particolare *La genesi del sistema nella Giurisprudenza romana*, Setti, Firenze, 1972 ed i contributi degli Atti del Colloquio italo-francese, *La filosofia greca e il diritto romano*, Roma, 14-17 aprile 1973, t. 2, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1976-1977, t. 2.

dini immemorabili, di decisioni dei grandi sinodi, di lettere dei vari padri e di canoni dei concili ecumenici, tutti da ascrivere alla stessa "actus Spiritus Sancti"»¹⁰.

Lo scisma segna la rottura irreparabile di tale organico equilibrio disciplinare e, di conseguenza, il venir meno della percezione del suo carattere «sacro»¹¹. Da questo momento gli antichi canoni, privi di qualunque vigore e considerati «al massimo come fonti storiche di diritto»¹², saranno trattati alla stregua «di un patrimonio scismatico»¹³, con lo strascico di pregiudizi e di sospetti che inevitabilmente ne sarebbe conseguito. Non stupisce, quindi, che siano finiti «sopraffatti» da normative del tutto «fuorvianti» rispetto alla tradizione giuridica comune di un tempo¹⁴.

Trattandosi peraltro «del più sacro patrimonio, nel quale i cristiani orientali erano cresciuti ed erano stati educati e che permeava tutto il loro essere»¹⁵, una tale censura non rimase priva di conseguenze. Del resto, come è stato acutamente osservato, «se il suddetto patrimonio fosse stato maggiormente tenuto in considerazione e se fosse stato riconosciuto come valida norma per la vita di quegli orientali che si erano uniti a Roma sin dall'inizio dell'esistenza delle Chiese orientali cattoliche, queste non si sarebbero trovate, appena tornate all'ovile, in uno stato di continua tensione, disagio, incertezza giuridica, per non dire arbitrarietà»¹⁶. Ed è proprio quest'ultima paro-

¹⁰ I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., p. 684. Con il primo canone del Concilio di Nicea II, che riferendosi agli autori dei testi aveva affermato: «ab uno enim eodemque spiritu illustrati definierunt quae expediunt», il *Codex canonum* comune a tutte le Chiese orientali «riceve l'indiscutibile sigillo di un concilio ecumenico e contiene, integrato con 22 canoni di questo stesso concilio, un totale di 765 canoni», *ivi*, pp. 683-684.

¹¹ *Ivi*, p. 685.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *V. ibidem*.

¹⁵ *Ivi*, p. 688.

¹⁶ *Ibidem*. Come si è efficacemente ricordato, «le comunità cristiane obbedienti al Vescovo di Roma non hanno certo avuto vita facile e, aggrediti dall'Islam cui per apostasia si trasferirono in gran numero, lontani da Roma che per secoli non ha avuto rapporti con loro, sono convissute con le sole comunità cristiane cosiddette separate (...) vivendone i drammi e le aspirazioni all'unità». Nessuna sorpresa dunque che «in questa tensione culturale e storica, dove essere cristiani e fedeli a Roma ha voluto dire isolarsi da tutto e da tutti», il Cristianesimo Orientale sia diventato «"incomprensibile" e "sconosciuto" ai Cattolici di rito latino». D'altro canto, il rito latino «aggredito dalla cultura razionalistica, illuministica e neo positivista, ha visto nei riti dell'Oriente cristiano, un che di folklore e di lontano dalla propria Weltanschauung». La reciproca estraneità che si è prodotta ben si riflette nel fatto che «da un lato le comunità cristiane fedeli a Roma si sentivano respinte dai Latini d'Occidente, dall'altra si sentivano vicini ai fratelli cui non li divideva nulla nel rito e nelle tensioni ideali se non l'ubbidienza al Vescovo di Roma». O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., pp. 86-87. Sull'origine unitaria ed inscindibile dell'esperienza giuridica della Chiesa Orientale Cristiana e della Chiesa Romana, accomunate dalla medesima «tensione spirituale», dalla «pari volontà organizzativa di

la, secondo gli osservatori più attenti, quella più «appropriata» per «qualificare la situazione di queste Chiese al tempo del Vaticano I»¹⁷.

Non solo, se si fosse tenuto conto di quell'eredità giuridica profondamente condivisa, ben diverso sarebbe stato l'atteggiamento della *Commissio super missionibus et Ecclesiis ritus orientalis* preparatoria all'assise ecumenica di fronte alla richiesta di un «codex communis»¹⁸. Come è noto, in seno ad essa, viene per la prima volta formulato «le fameux trilemme»¹⁹ che delineando, senza mezzi termini, le tre strade da imboccare, accompagnerà il dibattito sulla Codificazione Orientale fino alla promulgazione del Codice vigente: «o si vuol fare nel futuro Concilio una disciplina sola, comune all'Oriente e all'Occidente, o una disciplina per l'Occidente e un'altra per le Chiese Orientali, o infine una per l'Occidente e tante per l'Oriente quante sono le Chiese di colà che si differenziano tra loro nel rito»²⁰.

La complessità dei fattori emersi nella discussione successiva è con tutta probabilità la ragione che spinge la Commissione a chiudere rapidamente il problema, prospettando «una sola disciplina comune per l'Oriente e l'Occidente»²¹. Infatti l'iniziale entusiasmo, di cui si è detto, per un

farsi ecclesia», ma soprattutto dalla «comune radice elleno-giudaica delle proprie origini e della propria cultura giuridica», cfr. O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., p. 87; J. GAUDEMET, *La formation du droit seculier et du droit de l'Eglise au IV et V siècle*, Sirey, Paris, 1979; O. BUCCI, *La genesi della struttura del diritto della Chiesa latina e del diritto delle Chiese Cristiane Orientali*, cit., pp. 93-135. Per una visione complessiva merita d'essere consultata l'opera pubblicata prima sotto la direzione di Gabriel Le Bras e poi di Jean Gaudemet, dell'*Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, Sirey, Paris, 1955, segnatamente i voll. I, II, III, IV.

¹⁷ I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., p. 688.

¹⁸ V. MANSI, col. 49, c. 1012. Come è noto, la «Congregazione direttrice e speciale per gli affari del futuro concilio generale» istituita nel marzo del 1865 da Pio IX per il coordinamento dei lavori preparatori del Concilio, procedette, il 19 marzo dello stesso anno, a stabilire alcune commissioni di studio preparatorie, tra le quali la Commissione preparatoria per le Missioni e le Chiese di rito orientale. Dopo più di un anno di inattività, a partire dal mese di agosto 1867, si procedette di nuovo a ravvivare la Commissione orientale preparatoria aggiungendo altri consultori. In totale i membri della Commissione furono, a seguito della Bolla di indizione del Concilio (29 giugno 1868), convocati per l'Immacolata Concezione dell'anno successivo (8 dicembre 1869); il 14 gennaio 1870 furono eletti i membri della «Deputazione per i riti orientali e le missioni», composta da vescovi partecipanti al Concilio; il 7 giugno di quell'anno il Papa accettò la proposta di nomina dei primi tre membri. Sull'atteggiamento in questione cfr. I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., p. 688.

¹⁹ I. ŽUŽEK, *L'idée de Gasparri d'un Codex Ecclesiae Universae comme "point de départ" de la codification canonique orientale*, in ID., *Understanding the Eastern Code*, Edizioni Orientalia Christiana, Roma, 1997, p. 431.

²⁰ In questi termini il segretario della Commissione di preparazione *super missionibus et Ecclesiis ritus orientalis*, Serafino Cretoni ritenne di riassumere gli orientamenti emersi nel corso dei dibattiti, MANSI, vol. 50, cc. 31* e 32*.

²¹ Secondo Bucci, «che il dibattito non fosse sereno» è dimostrato dalla decisione di dar vita ad un'unica disciplina comune, in *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., p. 98.

«codex magnae auctoritatis, completus» e davvero «omnibus nationibus communis»²², si riduce ben presto alla preoccupazione di giungere sulla base del diritto latino «a una unicità di disciplina ecclesiastica opponendosi ad ogni dualismo di codici o di leggi»²³. Quindi, per porre un argine all'essenziale dipendenza, in cui versavano gli orientali, dagli usi tradizionali, i quali a loro volta variavano «secondo l'arbitrio dei patriarchi, e spesso anche dei vescovi»²⁴, si ritiene sufficiente, fatta salva «la parte liturgica», applicare alle chiese di rito orientale la disciplina occidentale «in tutto ciò che riguarda il costume, la vita e l'onestà dei chierici, l'ecclesiastica gerarchia, gli uffici dei vescovi, i seminari, i sinodi, l'amministrazione dei sacramenti e cose simili»²⁵: dunque non si sarebbe dovuto far altro che «esaminare quanto havvi nel Tridentino di applicabile agli Orientali, tranne la parte rituale, per adattarlo ai medesimi»²⁶. In un'adunanza successiva, a proposito del dualismo disciplinare che, secondo i più, nasceva dallo scisma, si sottolinea nuovamente la convenienza di «distruggerlo», «quanto si può», «per avvicinare gli orientali alla disciplina latina»²⁷; e ancora che «due discipline» non avrebbero dovuto sussistere in quanto «il rito è indipendente dalla disciplina»²⁸. D'altro canto, come osserva il consultore Howard, se fino a un certo punto «l'Oriente dettava leggi all'Occidente», bisogna prendere atto che «questi rimase cattolico, e quello ebbe la sventura di cadere nello scisma», e quindi che «oggi» tocca «all'Oriente d'imbeverarsi dello spirito dell'Occidente»²⁹.

Determinante in tal senso è il voto del Patriarca latino di Gerusalemme, Giuseppe Valerga, nettamente sbilanciato a favore della superiorità della tradizione giuridica e dogmatica latina, rispetto a quella orientale³⁰.

²² MANSI, vol. 49, c. 1012.

²³ I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., p. 688.

²⁴ In questo senso si veda l'interpretazione radicale del cardinale Barnabò, presidente della Commissione, circa il principio guida relativo all'uniformità di disciplina tra Oriente e Occidente, MANSI, vol. 49, cc. 987-988.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ MANSI, vol. 50, c. 30*.

²⁸ *Ivi*, c. 34*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ V. in proposito S. MANNA, *Chiesa latina e Chiese orientali all'epoca del Patriarca Giuseppe Valerga (1813-1872)*, Edizioni domenicane italiane, Napoli, 1972, in cui si riporta per intero il voto in questione. È interessante la testimonianza di Žužek di fronte a questo voto «dont l'étude attentive» ha rafforzato «la conviction qu'il n'est possible de parler avec objectivité des Eglises orientales que si on les aime profondément», I. ŽUŽEK, *L'idée de Gasparri d'un Codex Ecclesiae Universae*, cit., p. 432. Del resto non va dimenticato che la linea vincente fu anche vigorosamente contrastata nell'aula conciliare «con una strenua difesa della "varietas"». Particolarmente significativo in tal senso il discorso pronunciato dal patriarca caldeo Giuseppe Audò nella XVI Congregazione generale del Concilio Vaticano I, il quale riteneva necessario «vigilare ut varietates in ritibus, privilegiis ac consuetudinibus ab anti-

Non stupisce dunque la decisione di non proseguire oltre nelle discussioni sul progetto di codice orientale che, se fosse stato realizzato, avrebbe dovuto appunto “codificare” quegli aspetti in cui gli Orientali si differenziano dai latini, consacrando di fatto il dualismo disciplinare, contro l’orientamento prevalente in seno alla Commissione³¹.

Nelle fasi successive del Concilio, la tensione tra la difesa dell’autonomia da parte dei prelati orientali e la visione latinizzante della maggior parte della Deputazione per la disciplina ecclesiastica³², induce un atteggiamento tutto sommato prudente che, sebbene favorevole all’uniformità disciplinare, «non ritenne opportuno esigerla tutta intera e subito, per timore di perdere molte anime, giacché gli orientali, dopo secoli di fedele osservanza dei canoni antichi, non erano preparati a tali innovazioni»³³: «attamen aliud est loqui de stricto iure, aliud vero loqui de eo quod ex prudentia, et non ex estricto jure, exigi potest»³⁴.

Dunque, in ultima analisi, il progetto codificatorio viene abbandonato sulla base di una valutazione prudenziale alla luce del criterio supremo della *salus animarum*. Infatti non solo il Codice non avrebbe raggiunto lo scopo desiderato dalla maggioranza dei padri conciliari, e cioè l’uniformità disciplinare, ma avrebbe ulteriormente aggravato il dualismo non potendo far altro che irrigidire in una forma giuridica determinata quelle differenze irrinunciabili per gli orientali, pena un costo troppo alto: «si nimis vellemus urgere, multas forsitan animas perderemus»³⁵.

Se non è dato cogliere in questi argomenti un esplicito riferimento alla *rationabilitas*, tuttavia la trama del ragionamento ne riflette abbastanza

quo in ecclesia catholica vigentibus intactae conserventur, ut inde unitas fidei lucidior, et firmitas unitatis, charitatis, atque oboedientiae uni capiti, quod est beati Petri successor in una eademque ecclesia universalis per totum orbem ac per omnes nationes extensa clare conspicatur atque renitescat», MANSI, vol. 50, c. 515.

³¹ Cfr. *Ivi*, c. 75*.

³² Significative di questa dialettica sono la richiesta del patriarca melchita Gregorio II Yussif (1827-1897) di una raccolta normativa per le Chiese Cattoliche Orientali discussa e respinta dalla Commissione Conciliare e gli interventi in sede conciliare del patriarca Giuseppe VI Audò e del vescovo greco-cattolico Giuseppe Papp-Szilagyi di Gran Varadio che non furono in grado di scalfire la convinzione dominante circa la *praestantia iuris latini*. V. in proposito P. GEFAELL, *Il diritto canonico orientale nei lavori del Concilio Vaticano I*, cit., pp. 51 ss.

³³ P. GEFAELL, *Il diritto canonico orientale nei lavori del Concilio Vaticano I*, cit., p. 53.

³⁴ Questa la posizione del Cardinale Capaldi, presidente della Congregazione particolare della Deputazione per la disciplina ecclesiastica, già membro della Commissione orientale preparatoria, nella *Congregatio VI* del 2 maggio 1870, coglie nel segno la preoccupazione dominante circa l’uniformità disciplinare, v. L. PASZTOR, *Concilio Vaticano I. I Verbali della deputazione per la disciplina ecclesiastica*, in AA.VV., *Miscellanea in onore di Monsignor Martino Giusti, Prefetto dell’Archivio Segreto Vaticano*, Città del Vaticano-Archivio Vaticano, vol. II, 1978, p. 226.

³⁵ *Ibidem*.

chiaramente uno degli indicatori caratteristici, e cioè il giudizio di proporzionalità che sempre vi è sotteso.

Dunque la codificazione, invocata dai padri conciliari latini come funzionale ad una adeguata proporzione delle fonti in vista della *salus animarum*, proprio per la sua capacità intrinseca di arrestare i processi in assetti definitivi, cristallizzando le differenze o ancor più livellandole, si sarebbe rivelata, nella situazione delle Chiese Orientali, un'operazione scarsamente prudente, e quindi, in buona sostanza, sproporzionata rispetto al fine ultimo dell'ordinamento canonico.

2. Verso la «*tranquillitas ordinis*»: i primi progetti del Codice Orientale

Un miglioramento sensibile nella situazione disciplinare dell'Oriente cattolico si registra nei decenni a cavallo tra l'interruzione del Vaticano I e la codificazione piobenedettina grazie alla promozione dei sinodi delle diverse Chiese, «finalizzati a dare a ciascuna il suo proprio Codice»³⁶. Gli studi in proposito non hanno mancato di evidenziare come tali opere fossero in gran parte debitorie dello *ius decretalium* della Chiesa latina e, quindi, di sottolineare come l'«*unicitas disciplinae*», cui pur si giunse,

³⁶ Al rifiuto del Concilio, apparentemente lenito dalla sua brusca interruzione, l'Oriente cattolico reagì con vigore e «fra il 1872 e il 1911 la Santa Sede subì pressioni fortissime da parte di cinque Chiese orientali che codificarono il loro diritto»: «la Chiesa rumena (sinodo di Alba Julia e Fogara, nelle delibere dei Sinodi di Alba Julia del 1872, 1882 e 1900); la Chiesa siriana che formulò il suo deliberato nel sinodo di Sarfeh del 1888, la Chiesa rukena con il sinodo di Leopoli del 1891; la Chiesa copta con il sinodo di Alessandria nel 1898; la Chiesa Armena nel sinodo tenuto a Calcedonia nel 1890». O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., p. 99. Queste reazioni rivelano una chiara opzione per la terza via, e cioè tanti Codici quanti i Riti, ma tutti approvati dalla Santa Sede, almeno nella forma di un *nil obstat* alla loro pubblicazione; v. in proposito I. ŽUŽEK, *L'idée de Gasparri d'un Codex Ecclesiae Universae comme "point de départ" de la codification canonique orientale*, in Id., *Understanding the Eastern Code*, cit., pp. 432-433, che non manca di segnalare come la Chiesa melchita avesse formulato nel sinodo di Aïn Traz del 1909 un Codice completo di canoni «mais il ne fut approuvé, de sorte que les décrets du synode tenu au même endroit en 1834 restèrent en vigueur». Mentre il patriarca maronita continuava a servirsi del Codice del synodo del Monte-Libano del 1736 «qu'Assémani avait composé par avance à Rome et qui était approuvé *in forma specifica*», gli Italo-Albanesi rimanevano legati «en substance aux normes de la constitution *Etsi pastoralis* de Benoît XIV (26 mai 1742) ed i Cattolici di San Tommaso del Kerala «devaient suivre les décrets des synode de Diamper de 1599, dans la mesure où ils s'en souvenaient encore». In questo quadro si può dire, quindi che «lorsque le CIC de l'Eglise latine fut promulgué en 1917, les principales Eglises orientales – appelée "Rites" – avaient chacune son propre "Code"». Quanto agli altri Orientali cattolici, come i Bulgari, i Russi e i Greci seguivano generalmente la disciplina in uso presso i dissidenti del medesimo Rito, o, come gli Etiopi, si erano adattati alle leggi latine senza pensare affatto a cambiare la loro situazione. V. in proposito Ex Actis Comm. Cardinalitiae pro studiis praeparatoriis Codificationis Orientalis, *Sulla opportunità della codificazione del diritto canonico orientale*, in *Communicationes*, 1994, pp. 121-123.

«dimenticandosi del patrimonio comune del primo millennio e uniformandosi al predetto *ius occidentale*», risultasse sostanzialmente «avulsa dalle genuine origini orientali»³⁷.

Non vi è dubbio peraltro che proprio tale progresso disciplinare abbia in larga misura favorito la via al «ristabilimento» sostanziale della situazione che caratterizzava la cattolicità alla fine del primo millennio³⁸, quando le Chiese orientali avevano fundamentalmente uno stesso *Codex canonum* comune e la Chiesa latina un ordinamento canonico proprio, nella forma del *Corpus iuris canonici*³⁹.

Ed ancor più il movimento di idee e di prassi che, a partire dalla politica orientalistica di Leone XIII, trovò piena continuità nel pontificato di Benedetto XV⁴⁰, mirava al superamento definitivo della *praestantia iuris latini* in favore di una reale *aequalitas rituum*, fu senz'altro determinante per la piena recezione nel *Codex* del 1917 del principio della pari *dignitas* di tutti i riti⁴¹.

Da un lato dunque la progressiva ricostruzione di un terreno omogeneo dal punto di vista disciplinare, sia pure a partire dal modello occidentale dello *ius decretalium* e dall'altro una politica del diritto chiaramente orien-

³⁷ I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., p. 688. Del resto l'oblio pressoché totale dell'insieme dei *Sacri Canones*, «en tant que Code commun aux Eglises orientales», era dettato forse anche dalla prudenza di fronte al rischio di suscitare una reazione della Congregazione della Propaganda simile a quella che investì a suo tempo il Metropolita rumeno. Quest'ultimo aveva fatto ristampare l'*Enchiridion* di Papp-Szilágyi, ispirato al *Codex trullanus*, che l'autore medesimo, intervenendo al Vaticano I aveva difeso in questi termini: «Codex diversus, et disciplina diversa est (...) Nos orientales catholici habemus nostrum determinatum codicem, qui clare et determinate loquitur. Et nonne habemus rationem cur nos nostrum codicem cum vestro occidentali codice non commutemus?» (XVII Congregazione generale, 27 gennaio 1870, in MANSI, vol. 50, c. 544). Per tutta risposta, di fronte alla ristampa, la Congregazione della Propaganda scrisse al Metropolita rumeno che «Codicem proprie dictum canonum orientalium nullum fuisse ab Apostolica Sede approbatum» e dunque, riguardo ai canoni dei Santi Padri, essi «per sese maiori non pollere auctoritate, quam singuli ipsi Patres mereantur; non posse autem, undequaque, affirmari ipsos legum ecclesiasticarum proprio et rigoroso sensu sumptarum vi pollere», *Fonti*, serie I, fascicolo X, 643, n. 908.

³⁸ Cfr. I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., pp. 677 ss.

³⁹ *Ivi*, pp. 688-689.

⁴⁰ Come è noto la dottrina di Benedetto XIV sulla *praestantia iuris latini* venne superata nel 1894 dalla *Orientalium dignitas Ecclesiarum* di Leone XIII. Questo documento si inserisce un programma di ampio respiro che caratterizza il pontificato del successore di Pio IX in senso marcatamente orientalistico. Ma, come è stato osservato, a realizzare il superamento della *praestantia iuris latini* fu la Commissione istituita per la riconciliazione con gli Orientali formata da 6 cardinali e da un considerevole numero di consultori. I lavori si svolsero in 22 adunanze e cinque riunioni dei soli patriarchi orientali per complessive 27 sessioni, l'ultima delle quali, tenuta il 20 luglio 1902 fu presieduta da Leone XIII stesso. Benedetto XV, a sua volta, si mosse in piena sintonia lungo la linee dettate dal suo predecessore di cui fu sostituto della Segreteria di Stato. O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., pp. 98-99.

⁴¹ Cfr. A. PATRANI, «*An adsit ritus praestantior*», in *Apollinaris*, 1933, pp. 74-82.

tata alla *aequalitas rituum* fecero sì che un evento quale la promulgazione del Codice piobenedettino, che, di per sé, poteva configurarsi come un ulteriore grave *discrimen* nei rapporti tra la Chiesa latina e le Chiese orientali⁴², preludesse invece ad iniziative coraggiose «orientis catholici ad spem veteris prosperitatis excitandi causa»⁴³.

Non è possibile in questa sede ripercorrere l'esperienza sinodale che ha preparato il terreno all'avvio del processo di codificazione del diritto canonico orientale: lo studio delle dinamiche proprie di ciascun rito, indispensabile per comprendere gli assetti normativi codificati nei sinodi, nel loro complesso e nel loro effettivo significato ecumenico, porterebbe troppo lontano dal tema della presente ricerca⁴⁴. Occorre però registrare un dato particolarmente suggestivo ai fini dell'indagine in oggetto, e cioè che il loro debito verso lo *ius decretalium* si fa ben più consistente se si guarda alla disciplina delle cosiddette norme generali, considerate, come poi accadrà durante il processo di codificazione vero e proprio, quasi come una «terminologia» comune⁴⁵, certamente passibile di qualche variante forma-

⁴² Benché la realizzazione di quella che veniva definita come «expectatio totius orbis catholici» (m.p. *Cum iuris canonici*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1917, p. 483) costituisse di per sé «un grande avvenimento per la Chiesa universale», per coloro i quali respiravano «con due polmoni già in quel tempo», un evento di tale portata «metteva in maggiore risalto la precaria situazione, dal punto di vista canonico, nella quale si trovavano in quel tempo le Chiese orientali cattoliche, che, quasi dimentiche del proprio comune patrimonio canonico, cioè dei «sacri canones» del primo millennio, facevano sforzi per avere ciascuna un Codice proprio, approvato dalla Santa Sede», I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., p. 701.

⁴³ M.p. *Orientis catholici*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1917, pp. 531-533. Particolarmente significative, in tale prospettiva, furono l'istituzione della «Sacra Congregatio pro Ecclesia Orientali», del 1 maggio 1917 (M.p. *Dei providentis*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1917, pp. 529-531; e l'erezione del «proprium altiorum studiorum domicilium de rebus orientalibus», cioè del Pontificio Istituto Orientale, il 15 ottobre 1917 (M.p. *Orientis catholici*, cit.). Vi è chi ha intravisto in queste due iniziative «la profonda preoccupazione del Sommo Pastore della Chiesa universale, a cui tutte le Chiese erano affidate «aequali modo», preoccupazione consistente nel fatto che per la «tranquillitatis ordinis» di una di esse si era provveduto con il Codex Iuris canonici», mentre per le altre, quelle orientali, non si sapeva neppure da dove iniziare per provvedere seriamente a condurle alla «vetus prosperitas», che era il fermo «propositum» di Benedetto XV», I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., pp. 701-702.

⁴⁴ Si possono utilmente confrontare al riguardo almeno i contributi dei Convegni che hanno celebrato la promulgazione del CCEO ed i successivi anniversari a cadenza decennale. V. in proposito gli Atti del Congresso Internazionale, *Incontro fra canonici d'Oriente e d'Occidente*, cit.; gli Atti del Simposio internazionale per il decennale dell'entrata in vigore del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, a cura di S. AGRESTINI e D. CECCARELLI MORROLLI, *Ius Ecclesiarum vehiculum caritatis*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2004; gli Atti del Convegno di studio tenutosi nel XX anniversario della promulgazione del Codice dei Canonici delle Chiese Orientali, a cura del Pontificio Consiglio per i testi legislativi, *Il Codice delle Chiese Orientali. La storia, le legislazioni, le prospettive*, cit.

⁴⁵ Cfr. Ex Actis Commissionis Cardinalitiae Pro Studiis Praeparatoriis Codificationis Orientalis, *Codificazione Orientale. Verballi delle Adunanze* (d'ora innanzi *Verballi Adunanze*, cit.), 1 Marzo 1930, in *Communicationes*, 1994, p. 100.

le o di lievi riforme sostanziali ma di per sé refrattaria a mutamenti radicali o di vasta portata.

Dunque, per comprendere il rilievo assunto dalla *rationabilitas* nel sistema codificato per le Chiese Orientali cattoliche, non sembra inopportuno, in questa sede, abordarare direttamente le fasi preparatorie del processo di codificazione all'indomani dell'entrata in vigore del codice piobenedettino. Un processo che, sfociando nella redazione di due successivi progetti, rispettivamente del 1943 e del 1945, si concluse con la promulgazione parziale della disciplina da parte di Pio XII nei quattro *motu proprio*, dedicati rispettivamente al diritto matrimoniale (*Crebrae Allatae* 22 febbraio 1949), alle norme processuali (*Sollicitudinem nostram* 6 gennaio 1950), ai religiosi ai beni temporali e alla terminologia giuridica (*Postquam apostolicis* 9 febbraio 1952), ai riti e alle persone (*Cleri sanctitati* 2 giugno 1957) e con la stesura di un testo, (*De sacramentis*, 1958) che non fu mai pubblicato e che presenta particolare interesse ai nostri fini.

La riflessione, che conduce, sul finire degli anni venti del secolo scorso, allo studio organico del progetto codificatorio vero e proprio⁴⁶, documenta chiaramente la persistenza, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello metodologico, della questione già emersa in tutta la sua complessità nel corso del Vaticano I.

Da un lato infatti, i risultati, sia pur consistenti, della prassi sinodale, cui si è accennato, non solo non avevano risolto tutti i problemi ma avevano ancor più evidenziato l'insufficienza delle risorse messe in campo a fronte di una perdurante «confusione» ed «incertezza» disciplinare che «rendeva impossibile o certamente molto difficile il governo spirituale con grave danno delle anime»⁴⁷. Tra i fattori di questo stato di cose si lamentava, anche da coloro che già godevano di una disciplina propria specificamente approvata da Roma, soprattutto l'assenza di «una legislazione scritta, completa, ben chiara e rispondente alle necessità dei tempi»⁴⁸. Del

⁴⁶ La svolta decisiva avviene nella seduta del 22 febbraio 1926 della *Sacra Congregatio pro Ecclesia Orientali*. In quella sede la richiesta di convocare un Sinodo Melchita con l'intenzione di produrre qualcosa di più adeguato del Codice del 1909 trovava un clima ormai ben poco favorevole al principio *tot codices tot ritus*. La risposta dei membri della Congregazione segna un punto di non ritorno: ci si chiede cioè «se prima della convocazione di un Sinodo, non fosse piuttosto urgente promuovere studi per una Codificazione Orientale» e si decide «che in altra adunanza tale quesito fosse proposto formalmente», *Ex Actis Commissionis Cardinalitiae Pro Studiis Praeparatoriis Codificationis Orientalis, Codificazione Orientale. Verbali delle Adunanze, 22 febbraio 1926*, in *Communicationes*, 1994, p. 77. Vero è, come si è osservato, che l'espressione «piuttosto urgente» andava compresa «modo romano»: «de fait, une année et demi passa jusqu'à l'"autre" séance», I. ŽUŽEK, *L'idée de Gasparri d'un Codex Ecclesiae Universae*, cit., p. 437.

⁴⁷ Con queste parole Pietro Gasparri descriveva «lo stato attuale del diritto canonico orientale», in vista della codificazione, v. *Voto dell'E.mo Signor Card. P. Gasparri letto nella plenaria del 25 Luglio 1927, Allegato II ai Verbali delle Adunanze*, (d'ora innanzi *Voto Gasparri*, cit.), in *Communicationes*, 1994, p. 130.

⁴⁸ Così nella «Ponenza» preparata in seno alla Sacra Congregazione *pro Ecclesia Orien-*

resto la crescente intensità di rapporto tra orientali e latini, legata in special modo alla diffusa dispersione dei primi nei territori abitati prevalentemente dai secondi, evidenziava «le difficoltà gravi di osservare la disciplina orientale, così come vige in Oriente»⁴⁹ ed una conseguente maggiore disponibilità ad accostarsi alla disciplina ecclesiastica latina, «pur conservando volentieri, anzi con tenacia»⁵⁰, il proprio bagaglio liturgico⁵¹. Bisognava dunque prendere atto del venire a galla, fra gli orientali cattolici, di «una spiccata tendenza (...) ad avere leggi uniformi e (...) possibilmente eguali a quelle vigenti per i latini»⁵², almeno «in quella parte» in cui esse «sono evidentemente superiori per ordine e per chiarezza»⁵³. Dall'altro, di fronte ad una simile esigenza, si dimostrava in qualche misura l'inadeguatezza del «modo pratico» tradizionale che puntava sulla convocazione da parte di tutte le competenti autorità orientali, dei sinodi provinciali o nazionali necessari e della conseguente collazione degli atti sinodali, via via approvati da Roma, in una sorta di «testo unico da proporre come legge generale di tutti i Ri-

tali, dopo l'Adunanza del 22 febbraio 1927 per la discussione dinanzi al Santo Padre del 25 luglio successivo, *Sulla opportunità della Codificazione del diritto canonico Orientale*, pubblicata come *Allegato I ai Verbali delle Adunanze*, (d'ora innanzi *Ponenza*, cit.) in *Communications*, 1994, p. 123. Quanto alla fattura delle legislazioni sinodali, meritano d'essere qui riportati i rilievi di Gasparri. Di fronte all'obiezione, emersa il 4 luglio 1929, nella prima Adunanza della Commissione cardinalizia per gli studi preparatori della Codificazione del Diritto Orientale, circa il fatto che «ogni principio di unità fra questi Orienti manca totalmente», il presidente, senza censurare la difficoltà di giungere a una legislazione comune, non riteneva ch'essa si spingesse «sino all'impossibilità», sulla scorta di alcune buone ragioni. E cioè, in primo luogo, si doveva ammettere la presenza minimale ma innegabile di «qualche principio di unità», non foss'altro che «quello di dirsi tutti cattolici e di riconoscere l'autorità di Roma»; ed, in secondo luogo, ci si doveva arrendere all'insufficienza dei risultati prodotti dai sinodi in quanto nessuna Chiesa orientale poteva vantare una «legislazione» tale da meritare «questo nome», «ma soltanto monca, con Sinodi abbastanza sorpassati in diversi punti, e contraddizioni, che più o meno si assomigliano; per cui gli Orientali stessi sentono disagio». V. *Verbali Adunanze*, cit., 4 Luglio 1929, *Communications*, 1994, p. 81.

⁴⁹ *Ponenza*, cit., *ivi*, p. 124.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Come risulta dalla *Ponenza* sopracitata, «anche varii prelati latini, che hanno orientali sotto la loro giurisdizione (...) hanno in diverse circostanze espresso il voto che si addiven- ga presto dalla Santa Sede alla codificazione del diritto canonico orientale, così come è stato fatto opportunamente per il diritto canonico della Chiesa latina». Infatti, non solo «la mancanza di leggi precise e ben determinate per i singoli casi rende assai difficile il governo del clero e del popolo di Oriente», ma «i dubbi sono ancora più gravi e fondati» nei casi di «contatto con il latini (ed oggi tali contatti sono così frequenti e così estesi)», in quanto «non si hanno norme direttive né del diritto latino né tanto meno nel diritto orientale». senza contare il fatto che, il più delle volte, i vescovi latini sono incerti sul modo di comportarsi cogli orientali, ecclesiastici e laici, perché non conoscono bene fin dove arriva la loro competenza, alla loro volta gli Orientali approfittano di tale incertezza per regolarsi a loro capriccio nelle cose religiose», *Ponenza*, cit., *ivi*, p. 126.

⁵² *Ivi*, p. 125.

⁵³ Non si dubitava cioè che «la varietà del rito, della disciplina e della giurisdizione in uno stesso territorio» desse luogo «a confusioni gravi qualche volta, a competizioni incresciose, ed equivoci», *ivi*, p. 127.

ti»⁵⁴. Infatti, «se pure qualche Chiesa avesse potuto e saputo portare a compimento un Sinodo»⁵⁵, nessuna, a detta dei più, avrebbe dato «garanzia (...) di pratica giuridica in modo da far sperare in un lavoro ben fatto»⁵⁶.

Quanto al profilo metodologico, andava sciolto al più presto il trilemma, che si era posto a suo tempo durante il Vaticano I.

La posizione assunta in proposito da Gasparri, presidente della commissione incaricata di studiare il progetto⁵⁷, fu determinante, in quanto offrì al pontefice i termini essenziali per sviluppare un pensiero nuovo, destinato ad approfondirsi nell'intero corso dei lavori, fino a determinare le linee di fondo del progetto codificatorio secondo un'impostazione indubbiamente originale rispetto all'analogia avventura latina⁵⁸.

Dinanzi a quella triplice opzione ed al dato di fatto che un Codice latino c'era già, emergevano con maggiore chiarezza, per Gasparri, le ragioni di un nuovo Codice comune a tutta la Chiesa, in quanto avrebbe reso più evidente l'unità della compagine ecclesiale⁵⁹. Non solo, egli conveniva con un'opinione abbastanza diffusa, e cioè che gli orientali preferissero «avere un Codice unico», concependo «come una nota d'inferiorità di fronte ai latini l'averne uno a parte»⁶⁰. Del resto, calcolando «ad occhio e croce»⁶¹ che «circa quattro parti su cinque sarebbero le stesse nei due Codici»⁶² e che perciò «quattro parti sarebbero già fatte»⁶³, una tale soluzione appariva logica oltreché realistica e per di più decisamente economica. In-

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ Riguardo a questa nomina, il card. Gasparri, che in una missiva del 17 settembre 1929 aveva rassegnato le dimissioni da segretario di Stato, accettava di buon grado il nuovo incarico, nella convinzione che si sarebbe trattato semplicemente di introdurre nel «suo» Codice la disciplina particolare della Chiesa Orientale, tenendo conto delle risposte della Commissione per l'interpretazione autentica del *Codex* e dei miglioramenti nella redazione dei canoni suggeriti dall'esperienza, con l'immenso vantaggio per tutta la Chiesa di veder promulgato il «*Codex iuris canonici pro Ecclesia universa auctoritate Pii PP. XI promulgatus*». Cfr. A. MARTINI, *Pietro Gasparri, cardinale della conciliazione*, in *La Civiltà Cattolica*, 1960/1, quaderno 2630, pp. 113-131, in cui sono pubblicate le missive di riferimento; L. FIORELLI, *Ussita terra d'uomini illustri*, tip. Armellini, Roma, 1962, pp. 51-52; I. ŽUŽEK, *L'idèe de Gasparri d'un Codex Ecclesiae Universae*, cit., pp. 430-431.

⁵⁸ Come ha sottolineato Žužek, «è frutto della lungimiranza e saggezza dei Sommi Pontefici, che dall'inizio della codificazione canonica orientale fatta in seno alla Santa Sede – come era auspicato da tutti gli orientali – vollero decisamente, nonostante varie tendenze contrarie, che le Chiese orientali cattoliche avessero un Codice a sé, comune a tutte, corrispondente alle loro genuine tradizioni canoniche, preparato per quanto possibile dagli orientali stessi», I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., p. 689.

⁵⁹ V. *Voto Gasparri*, cit., in *Communicationes*, 1994, pp. 130-132.

⁶⁰ *Ivi*, p. 130.

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

⁶³ *Ibidem.*

somma non sarebbe stato un azzardo ipotizzare, a detta del presidente incaricato, che, «lavorando con energia ed avendo la stamperia a disposizione»⁶⁴, «il lavoro sarebbe compiuto in circa due anni»⁶⁵.

Si sa che Pio XI non ebbe dubbi al riguardo: «no ad un unico codice per la Chiesa di Roma, no a *tot codices tot ritus*, sì ad un solo codice per tutte le Chiese orientali cattoliche che si affiancasse al Codice latino»⁶⁶. È interessante considerare però come tale decisione sia il frutto di un processo durato almeno due anni in cui il pontefice, pur riconoscendo da subito la «necessità» e l'«urgenza» della codificazione orientale⁶⁷, si era dimostrato assai prudente sull'impostazione del lavoro, riservandosi «di stabilire a suo tempo e in concreto i criteri, il sistema e la procedura da seguire»⁶⁸, convinto che un «ulteriore studio»⁶⁹, anche in fase avanzata dei dibattiti, potesse «dare nuove vedute e maturare le cose»⁷⁰.

Effettivamente, la situazione, nella sua complessità, mal si prestava ad una trasposizione meccanica dello schema latino, quale che fosse, nonostante il plauso generale di cui godeva il *Codex Iuris Canonici* all'indomani della sua promulgazione e la conseguente, comprensibile soddisfazione del suo principale artefice⁷¹. E neppure vi si addicevano decisioni avventate di altro segno.

Dunque, in attesa delle determinazioni pontificie, ci si interrogava circa l'opportunità di «seguire» il Codice, «modificando e aggiungendo» quanto necessario⁷²; o, in alternativa, «raccolgere tutti i documenti di legisla-

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*. In questo modo, si è osservato, «le “trilemme” devenait, dans un certain sens, un “quadrilemme”». Così «la variété *disciplinae orientalis* soutenue par Léon XIII dans sa constitution apostolique *Orientalium dignitas* aurait été ainsi sauvegardée, bien que réduite à environ “un cinquième” de la législation canonique, alors que le “quatre cinquièmes” seraient restés tels que dans le Code gasparrien de 1917». Tuttavia desta una certa sorpresa che non si sia trovato nessuno allora «pour élever la voix et défendre les véritables racines communes de la discipline orientale et en premier lieu les *sacri canones*, ni de la spiritualité qui les imprègne, ni de la sensibilité orientale dont le quatre cinquième des canons du CIC de 1917 ne pouvaient s'inspirer», I. ŽUŽEK, *L'idée de Gasparri d'un Codex Ecclesiae*, cit., p. 440.

⁶⁶ O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., p. 101. Come ha osservato Žužek, in quel contesto «il n'y eut que le pape, semble-t-il, à percevoir la vraie dimension des choses et à les redresser», *L'idée de Gasparri d'un Codex Ecclesiae Universae*, cit., p. 440.

⁶⁷ V. *Verbali delle Adunanze*, cit., *Ex Audientia SSmi*, 3 Augusti 1927, in *Communications*, 1994, p. 77. È interessante notare, a riguardo della «necessità» ed «urgenza» sulle quali convenne il Santo Padre, che egli dovette rammaricarsi dell'«equivoco incorso» e del «tempo perduto», quando, a più di un anno di distanza, apprese che la circolare approvata il 3 agosto 1927 non venne spedita dalla Congregazione in attesa di un rapporto di Mgr. Rahmani, «mai pervenuto a causa della di lui malattia», *ivi*, p. 79.

⁶⁸ *Ivi*, p. 78.

⁶⁹ *Verbali delle Adunanze*, cit., 13 Luglio 1929, *ivi*, 87.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Cfr. R. METZ, *Le nouveau droit des Eglises Orientales Catholiques*, cit., p. 29.

⁷² V. *Verbali delle Adunanze*, cit., 4 Luglio 1929, *ivi*, 81.

zione per gli orientali, dai primi secoli a noi, farne un “corpus juris” o raccolta delle fonti, e su di essi venire poi gradatamente alla codificazione»⁷³. Questa seconda strada, senz’altro confacente alla mentalità orientale, se perseguita mediante «un lavoro severamente critico e munito di qualsiasi documento colle varianti e le relative discussioni»⁷⁴, avrebbe inevitabilmente comportato un ritardo notevole nell’opera di cui invece si riconosceva l’urgenza. Parve quindi più realistico procedere di pari passo alla raccolta delle fonti e alla codificazione vera e propria. Un’operazione che, nonostante la prudenza della Santa Sede, veniva ancora concepita a partire dall’idea gasparriana di una legislazione unica, e che andava sostanzialmente condotta come un esame critico della disciplina latina, «sulla falsariga o ordine» del *Codex Iuris Canonici*⁷⁵.

Del resto, non si potevano ignorare quelle situazioni in cui già si faceva ricorso al Codice latino «come a diritto suppletorio»⁷⁶; né si poteva immaginare, nella prospettiva di una legislazione unitaria, altra soluzione che quella di «autorizzare» tale ricorso e «armonizzarlo, facendolo non semplicemente *suppletorium*, ma *proprium*, insieme alle consuetudini ed alla legislazione» di volta in volta considerate⁷⁷.

In tale ottica, prende avvio lo studio delle fonti proprie di ciascun rito da parte dei rispettivi delegati e, in parallelo, inizia l’esame del libro I del CIC, con l’invito a suggerire «le modificazioni, aggiunte, citazioni che sembrano loro utili e necessarie per le esigenze delle Chiese orientali»⁷⁸.

Di questi studi, vale la pena evidenziare alcune notazioni di metodo destinate ad incidere profondamente sulla codificazione delle norme generali.

In linea di massima, si continua a ritenere che «prima di qualsiasi opera di codificazione non solo per il primo, ma anche soprattutto per gli altri libri e segnatamente per la compilazione dei canoni nei termini definitivi»⁷⁹, richiesti dalla Commissione, sia necessario «aver presenti tutte le fonti indistintamente e non solo quelle di questo o quell’altro rito»⁸⁰. Vale a dire, lo studio previo delle fonti orientali viene sentito realmente irrinunciabile «di modo che per ogni canone latino che si accetta nel codice orientale come anche per ogni canone che vi si introduce nuovamente compilato, si possano esaurientemente utilizzare sia solo con l’attingerne

⁷³ *Ivi*, p. 82.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Cfr. I. ŽUŽEK *L’idée de Gasparri d’un Codex Ecclesiae Universae*, cit., pp. 450-451.

⁷⁶ *Verbali delle Adunanze*, cit., 4 Luglio 1929, in *Communicationes*, 1994, p. 83.

⁷⁷ *V. Ibidem*.

⁷⁸ *Verbali delle Adunanze*, cit., 8 Novembre 1929, *ivi*, p. 92.

⁷⁹ Così il rev. Pietro Sfair, per i siro-maroniti, in Sacra Congregazione “pro Ecclesia Orientali”, *Codificazione Orientale, Siro-Maroniti. – Studio del Lib. I CIC (Rev. Pietro Sfair)*, n. 29/30, vol., 1.

⁸⁰ *Ibidem*.

elementi per la compilazione, sia con il solo cavarne le citazioni»⁸¹.

Quanto al libro primo, poi, è diffusa la convinzione che esso «soltanto alla fine, cioè dopo lo studio di confronto di tutto il Codice, potrà avere il suo assetto definitivo»⁸². Quest'ultimo viene infatti paragonato «a una statua a cui il primo libro serve di base ed è dopo che la statua sarà terminata e ne saranno constatati il peso, la grandezza e gli elementi di estetica, che le si adatterà una base conveniente»⁸³.

Tutti questi spunti, di metodo e al tempo stesso di sostanza, non dovevano lasciare insensibile il pontefice, il quale, sempre al corrente dei lavori, nell'udienza del 1 marzo 1930, impone la virata decisiva per gli sviluppi futuri dell'opera.

Il punto di partenza, e cioè «l'idea di un solo codice per ragione dell'unità»⁸⁴, suscita in Pio XI non poche perplessità. Un'idea, «bella» finché si vuole, ma pur sempre un'idea, che come tale andava verificata «cammin facendo»⁸⁵. Pertanto, pur non intendendo escludere a priori la possibilità di un tale risultato, egli giudicava del tutto sconveniente «cominciare da ciò che, stante i pregiudizi, i sospetti ed altri coefficienti, potesse sembrare o almeno essere interpretato da molti un'imposizione della disciplina latina»⁸⁶.

Si sarebbe potuto proporre il *Codex* semplicemente come un «cammino analogo già percorso»⁸⁷ o come un «exemplar»⁸⁸, del quale però gli orientali stessi si sarebbero avvalsi «per dire quello che vogliono»⁸⁹ ed eventualmente anche per proporre «qualcosa di meglio, di più perfetto»⁹⁰.

Ad analoghi rilievi si prestava, secondo il pontefice, il lavoro già svolto sul libro primo del *Codex*, «studiato dai consultori orientali sulla falsariga o ordine del medesimo»⁹¹. Le sommesse rassicurazioni in proposito, legate alla natura didattica delle norme generali, di per sé applicabili a qualunque legislazione, non impediscono a Pio XI, cui era giunto «qualche lamento»⁹², di ribadire la necessità «di togliere ogni ombra di latinizzazione»⁹³.

⁸¹ *Ivi*, p. 2.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Verbali delle Adunanze*, cit., 1 Marzo 1930, in *Communicationes*, 1994, p. 99.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ivi*, p. 100.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ivi*, p. 101.

⁹³ *Ivi*, p. 100.

Da quel momento dunque, «senza dare la sensazione di ritornare sui propri passi»⁹⁴, la Commissione avrebbe dovuto concedere «la più ampia libertà ai consultori»⁹⁵, mettendoli nelle condizioni di poter proporre, alla luce «delle loro leggi ed i loro sinodi»⁹⁶ ovvero dei «bisogni, necessità ed opportunità del proprio rito, o propria Chiesa»⁹⁷, come pure sulla base «delle consuetudini, tradizioni e privilegi, nonché della propria lingua»⁹⁸, quanto ritenessero «necessario ed opportuno affinché la codificazione riuscisse appieno corrispondente allo scopo inteso ed a vantaggio delle loro Chiese, del loro clero e popolazione»⁹⁹.

L'incisività del richiamo è tale che non solo Gasparri abbandona immediatamente l'idea di un codice unico¹⁰⁰, ma in linea generale si percepisce un crescente interesse per i contenuti e per le fonti, più che per la forma, dell'opera che il pontefice voleva eseguita «con la massima e piena libertà»¹⁰¹. Se anche non si ritiene di dover abbandonare l'ordine del Codice, «ottimo» a detta dei più¹⁰², risulta ormai chiaro che «averlo a guida non significa subirne l'influsso»¹⁰³, ed anzi che, per tale via, si sarebbero mostrati agevolmente «i contrasti» mediante «le aggiunte, colle modifiche e le esclusioni di questo o quel canone»¹⁰⁴. Del resto, si fa strada sempre di più la convinzione che, «invece di abolire, distruggere, o riprovare questo o quel-

⁹⁴ *Ivi*, p. 101.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Il che si evince con chiarezza dai verbali delle adunanze successive. In particolare, il 7 marzo 1930, tra le direttive date ai consultori, Gasparri e Sincero escludono la stessa guida del Codice latino, fatta eccezione che per le norme generali con l'osservanza delle «tre regole»: «1) di aggiungere i canoni che si volevano; b) di modificare quelli che si riteneva doversi modificare; c) escludere quei canoni che non si reputavano adatti per le Chiese Orientali». Ne discende che «neppure si deve avere innanzi alla mente l'idea di preparare un unico Codice per tutta la Chiesa, non potendosi ora conoscere quel che risulterà da tali studi e cammin facendo», *Verbali delle Adunanze*, cit., 7 Marzo 1930, in *Communicationes*, 1994, pp. 101-102. Ed ancora, nel verbale del 12 luglio si riferisce che «in attuazione delle Auguste direttive avute nell'udienza del 1 e 2 marzo, che cioè si evitasse ogni ombra o sospetto di latinizzazione, e quindi non si pensasse ad un solo Codice per la Chiesa universale, e si lasciasse la più ampia libertà ai Delegati Orientali non solo di dire quel che volevano, ma anche nel modo da loro preferito, tenendo presenti le loro leggi, tradizioni e Sinodi, privilegi, riti, lingua, il Card. Gasparri abbandonò subito l'idea per un codice unico», *Verbali delle Adunanze*, cit., 12 Luglio 1930, *ivi*, 117. V., in proposito, R. METZ, *Le nouveau droit des Eglises Orientales Catholiques*, cit., p. 30.

¹⁰¹ *Verbali delle Adunanze*, cit., 7 Marzo 1930, *ivi*, p. 102.

¹⁰² In questo senso si veda in particolare l'intervento del P. Korolewsky nella medesima adunanza, *ivi*, p. 103.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

lo»¹⁰⁵, occorra piuttosto «penetrare intimamente nell'anima orientale e svolgere quei principi buoni e sani che in essa vi sono, di modo che gli orientali da loro, spontaneamente si riformino e si perfezionino, sino a giungere a quel progresso nel quale erano nei primi secoli della Chiesa»¹⁰⁶.

In questo senso si comprendeva la priorità del lavoro finalizzato ad «estrarre (...) il materiale, specialmente se lo si ricava dalle fonti e col loro aiuto»¹⁰⁷; e solo in un secondo tempo si sarebbe pensato «come disporlo e dargli forma»¹⁰⁸. La provvisorietà dei risultati, cui via via si perveniva in questa primissima fase, era dunque praticamente scontata per la diffusa consapevolezza che «nulla fosse definitivo in questi studi, e si dovesse tornare su di essi più e più volte, né si poteva dire quante volte a priori»¹⁰⁹, anche in attesa delle revisioni dell'episcopato.

Insomma, «lo studio attuale» doveva «preparare certamente la sostanza»¹¹⁰; «quanto alla forma», si sarebbe visto «a cose inoltrate»¹¹¹.

Ora, tale accresciuta consapevolezza circa il fatto che l'originalità dell'opera e quindi la sua effettiva rispondenza alle esigenze reali dell'oriente cattolico si giochino, sin dall'impostazione metodologica dei lavori, nella modalità stessa con la quale venga concepito e praticato il paragone con il *Codex* e, più ancora, nella prevalenza accordata al nucleo sostanziale della disciplina da codificare rispetto a qualsivoglia assetto formale, paradossalmente non squalifica gli studi già compiuti sulla falsariga del libro I, ma li pone piuttosto su un piano paradigmatico per il prosieguo dell'intero processo.

In effetti, se è vero che le bozze scaturite dall'analisi critica delle norme generali latine poco o nulla innovano del testo piobenedettino, la vicenda della loro stesura non manca di offrire qualche utile spunto di riflessione ai fini della presente ricerca, anche in considerazione del contesto culturale in cui quell'esame si è svolto e che si è tentato di ricostruire sia pure per sommi capi.

La sezione normativa di interesse appartiene alla serie dei canoni non promulgati, dei quali è possibile reperire una prima stesura organica in un'opera a stampa del 1945 che reca il titolo «*Codex Iuris Canonici Orientalis*»¹¹². Quanto alla redazione successiva, quella del 1958 che veniva ad

¹⁰⁵ In questi termini si esprime nella relazione del 20 novembre 1935 il card. Sincero circa i criteri di fondo dell'opera, v. S. Congregazione per la Chiesa Orientale, Codificazione canonica orientale, *Criteri generali per la redazione del codice di diritto canonico*, Prot. n. 425/35, 3.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Verbali delle Adunanze*, cit., 12 Luglio 1930, in *Communicationes*, 1994, cit., p. 119.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² (sub secreto) *Codex Iuris Canonici Orientalis*, Pii XI Pontificis maximi iussu digedstus Pii Papae XII auctoritate promulgatus, Typis Polyglottis Vaticanis, MCMLV.

integrare il quinto e mai pubblicato *motu proprio De sacramentis*, si tratta di una riproduzione pressoché letterale della bozza precedente, corredata però dell'indicazione delle fonti di cui era rimasta priva sino ad allora¹¹³.

Una prima osservazione riguarda quest'ultimo aspetto. Durante l'esame delle norme piobenedettine, ci si era chiesti quale fosse l'apporto in materia delle fonti orientali fino a quel momento consultate. La constatazione da parte di qualcuno che nessun risultato potesse figurarvi, «perché le materie trattate nel libro primo del Codice non vi sono contemplate»¹¹⁴, avallava l'idea, come si è visto assai diffusa, per la quale «il primo libro trattando di norme generali che serviranno di base, possa in massima parte essere applicato anche agli orientali»¹¹⁵, salvo poche riserve e lievi cambiamenti.

A tale proposito occorre tener presente che sin dalle prime riunioni si intese far «tesoro»¹¹⁶ delle osservazioni dei canonisti sulla disciplina piobenedettina di modo che il Codice Orientale, «avvantaggiandosi sul Codice latino per opportune modifiche di carattere tecnico e scientifico»¹¹⁷, rappresentasse nel campo della scienza canonica un vero e proprio progresso.

I pochi rilievi emersi, anche sulla scorta delle opinioni dottrinali, riguardano essenzialmente la disciplina della consuetudine: nessuna osservazione tocca la definizione formale di legge e nemmeno la necessità di una «iusta et rationabilis causa» per la validità della dispensa.

La notazione di Mario Falco che, accusando una non infrequente opacità della terminologia adottata dal codice latino, sottolinea l'inosservanza della distinzione tra *lex* e *ius*, con particolare riguardo all'efficacia della consuetudine¹¹⁸, trova puntuale riscontro nelle osservazioni di chi, nel

¹¹³ V. *Testi dalle bozze 1958*, in *Nuntia*, 1976, pp. 65 ss.

¹¹⁴ In questo senso si esprime il già citato consultore siro-maronita Pietro Sfair, Sacra Congregazione "pro Ecclesia Orientali", *Codificazione Orientale, Siro-Maroniti, studio del Lib. I CIC (rev. Pietro Sfair)*, cit., p. 3.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ S. Congregazione Orientale, Pontificia Commissione per la redazione del Codice di diritto canonico orientale, Ventesima Plenaria, *Proposte di modifiche del testo del "Codex Iuris Canonici", Libro I, Norme generali*, Prot. Num. 479/36, Fasc. I, p. 1.

¹¹⁷ Vale la pena richiamare qui l'argomentazione in proposito del consultore Herman, il quale, rilevando come le leggi statali siano «liberamente criticate dai giurisperiti» e i legislatori tengano «in gran conto del progresso della giurisprudenza», ritiene che «l'ignorare tutto ciò che si è scritto negli ultimi venti anni sul CIC riuscirebbe (...) a gran danno per l'autorità della Santa Sede». Infatti, «altro è promulgare un Codice in cui la critica può trovare da correggere – questo accade in ogni legge – altro promulgare un Codice in cui viene ripetuto ciò che la giurisprudenza ha unanimemente per anni criticato». In tal caso ci si esporrebbe «a gravi critiche» la cui «eco» in Oriente «influirebbe negativamente sugli animi». In un momento in cui il fatto che «gli animi siano ben preparati a ricevere la nuova legge» acquista importanza decisiva, *ivi*, p. 2.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 8. Ci si riferisce alle osservazioni del Falco, per il quale «la lingua usata dal Codice, che, secondo le istruzioni dell'11 aprile 1904, doveva essere degna "quantum liceret, sacrarum maiestate legum, in iure romano tam expressa feliciter" e che è stata lodata per semplicità e chiarezza, per fluidità e precisione, ed anche per sobria eleganza, in verità essa

corso delle consultazioni, alle parole «vim legis obtinet»¹¹⁹, sostituirebbe un'espressione più ampia, quale «iuridice vim obligatoriam obtinet»¹²⁰, maggiormente evocativa della fisionomia integrale del diritto consuetudinario nella sua peculiare capacità pervasiva dell'esperienza giuridica in quanto tale.

Questo rilievo, pur non trovando accoglimento nelle bozze del CICO, merita di essere qui sottolineato non solo perché si rivelerà decisivo per la rielaborazione postconciliare di questi testi, ma perché prendendo le distanze dalla soluzione latina, frutto, come si è visto, di una certa ponderazione¹²¹, documenta la presenza di una concezione non legalista del diritto nello studio della disciplina che maggiormente prestava il fianco alle riduzioni positivistiche allora in voga.

Sotto questo profilo, si rivela ancor più significativa la riflessione relativa ai requisiti di validità della *consuetudo contra legem*.

Già i primi studi, sollecitati dalla Commissione, rivelavano un'acuta sensibilità verso il diritto consuetudinario, anche in prospettiva ecumenica. Da un lato ci si preoccupava, in riguardo ai confratelli scismatici, di «non scostarsi, quanto più possibile dalle loro usanze e consuetudini che rimontano a tempi remotissimi»¹²²; d'altro lato si rilevava l'inadeguatezza della previsione piobenedettina circa il decorso dei quarant'anni continui e completi per la legittimità della *consuetudo contra legem*, anche in considerazione del diritto musulmano «che esercita un influsso così potente sulle leggi e sulla vita di tanti cristiani di rito orientale e che tiene parimenti conto della consuetudine che chiama "Adah" o "Urf"»¹²³.

è quasi sempre semplice e chiara, ma assai spesso trascurata e quasi grossolana e talvolta disuguale e imprecisa». Più specificamente, per la questione che qui interessa, viene in rilievo l'osservazione relativa alla «uniformità della terminologia», la quale, «alle volte a causa della riproduzione testuale di passi delle antiche leggi, alle volte a causa del mancato coordinamento di parti dovute a diversi collaboratori, non è sempre rigorosamente osservata». Cfr. *ivi*, pp. 5 e 7 con M. FALCO, p. 39.

¹¹⁹ In questo senso si veda la proposta del ruteno Mgr. Njaradi, p. 23.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ V. *supra*, cap. I, § 3.2.

¹²² In questo senso si esprime il siro Efrem Haddad, già il 13 gennaio 1920, V. Sacra Congregazione "pro Ecclesia Orientali", Codificazione orientale, *Siri-puri: studio sul lib. 1, C.J.C.*, Prot. 31/30, p. 2.

¹²³ Sacra Congregazione "pro Ecclesia Orientali", Codificazione Orientale, *Siro-Maroniti, studio del Lib. I CIC (rev. Pietro Sfair)*, cit., p. 2. A riguardo del rapporto intenso e drammatico anche a livello disciplinare, tra comunità cristiane orientali e islam, vale la pena tener presente che alla caduta dell'impero bizantino ed al conseguente passaggio delle relative comunità «sotto il dominio musulmano», il diritto delle Chiese orientali «rimase fedele alle sue radici, vedendone giustamente il fondamento della sua stessa esistenza». Tuttavia, «se il rifugiarsi di continuo nelle citazioni delle Novelle dei sovrani bizantini (Macedoni, Basilici e – sempre – Giustiniano) voleva significare proclamare la fedeltà alle origini della propria cultura giuridica e l'affermazione di orgoglio di un patrimonio ineguagliabile di fronte al potere musulmano», ciò non poteva non comportare una inevitabile chiusura «anche nella

In tale ottica si comprende anche l'unica proposta di riforma del libro I in questa fase, che tocca esplicitamente il tema in esame, e cioè lo snellimento, richiesto dall'esponente dei siro-puri, del canone 27, dal quale si sarebbe dovuto eliminare un riferimento alla *rationabilitas*, relativo alla medesima *consuetudo contra legem*, in corrispondenza con il venir meno del lemma «*consuetudo quae in iure expresse reprobatur, non est rationabilis*»¹²⁴. Si tratta con tutta evidenza di proposta finalizzata più a promuovere l'efficacia del diritto consuetudinario, anche in rapporto alle contigue esperienze giuridiche islamiche, di cui si è detto, che a oscurarne il connotato fondamentale, cioè la sua *rationabilitas*. Un connotato che, nella proposta di riforma, non perdeva la sua centralità grazie alla semplificazione della formula in cui la precedenza dell'attributo *rationabilis* rispetto al sostantivo *consuetudo*, seguito poi dagli aggettivi *centenaria* e *immemorabilis*, valeva ancora ad evidenziarne, in rapporto alle ulteriori qualifiche, il nesso inscindibile con l'essenza stessa del diritto consuetudinario.

Ad una più drastica riduzione puntavano anche i rilievi di qualche autore, raccolti dalla Commissione, a margine del canone piobenedettino, a proposito della consuetudine irragionevole¹²⁵. Se, sulla base del canone 27, si fosse ritenuta «irragionevole», come sembrava, soltanto la consuetudine che «in iure expresse reprobatur»¹²⁶, «per eliminare incertezze di interpretazione»¹²⁷, si sarebbe dovuto coerentemente, secondo questo orientamento dottrinale, abolire il paragrafo ad essa dedicato aggiungendo piuttosto alla prima parte del canone le seguenti parole: «sola praescribere potest consuetudo centenaria aut immemorabilis quae in iure expresse non reprobatur»¹²⁸.

propria memoria giuridica» e l'impossibilità «a innovare il proprio patrimonio normativo che rimaneva così irrimediabilmente fisso nel tempo». Del resto, una sorte analoga toccava al «diritto canonico delle Chiese orientali autocefale ortodosse delle regioni dell'Europa orientale, e della stessa Ucraina e della Russia, pur nella preziosità di linguaggio e di contributo originalissimo dato alla diffusione della tradizione giuridica cristiana in quei territori». Dunque non è difficile cogliere il rischio che queste comunità (sia quelle sottoposte all'Islam, sia quelle viventi nelle regioni soggette al grande Impero russo, zarista prima e bolscevico poi), «use a convivere ormai da millenni, con forti compagini statuali» accettassero «con eccessiva mansuetudine disposizioni normative provenienti dal potere civile senza sottoporle al vaglio critico necessario», O. BUCCI, *La genesi della struttura del diritto della Chiesa latina e del diritto delle Chiese Cristiane Orientali*, cit., pp. 133-134.

¹²⁴ Sacra Congregazione "pro Ecclesia Orientali", Codificazione Orientale, *Siro-Maroniti, studio del Lib. I CIC (rev. Pietro Sfair)*, cit., p. 5. Sulla base di tali rilievi il canone 27 andrebbe dunque così redatto: «1) Iuri divino, sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest aliquatenus derogare; contra legem ecclesiasticam sola praescribere potest rationabilis consuetudo centenaria aut immemorabilis; 2) omittitur». *Ibidem*.

¹²⁵ Si vedano le osservazioni del Prof. Bernardini raccolte tra le *Proposte di modifiche del testo del "Codex Iuris Canonici", Libro I, Norme generali*, Prot. Num. 479/36, Fasc. I, p. 47.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*.

Nonostante queste osservazioni, il testo del 1945 riproduce alla lettera la disciplina piobenedettina. Quanto alla redazione del 1958 merita d'essere segnalata la variante che pone in relazione il requisito della *rationabilitas* alla vera e propria deroga del diritto canonico da parte della consuetudine quarantennale antinomica e non più, genericamente, all'effetto pregiudizievole di quest'ultima nei confronti delle norme ecclesiastiche cui si oppone¹²⁹.

Viene dunque mantenuto nella sua integralità ogni riferimento alla *rationabilitas*, di per sé irriducibile alla pura e semplice assenza di riprovazione da parte del diritto.

È interessante notare che questi risultati dovevano essere già abbastanza maturi nell'estate del 1930 se nell'udienza del 12 luglio «lo studio fatto nel Libro I» poteva essere additato «a mo' di saggio» per le altre parti¹³⁰. Ed è proprio su questa base, di cui il pontefice era evidentemente soddisfatto, che si poteva avanzare in una comprensione più profonda del significato stesso del paragone con il Codice latino, il quale poteva «pure essere un codice da imitarsi nel caso, come i codici civili moderni hanno imitato quello di Napoleone e si chiamano anche "napoleonici"»¹³¹; ma «l'imitazione» doveva «intendersi a modo, quasi quella di Dante su Virgilio, o di Raffaello su Michelangelo»¹³². Risultava a tutti evidente cioè che, «a base del Codice Orientale»¹³³, si tenesse quello latino; ma al tempo stesso doveva «apparire» a tutti chiaro che «esso è veramente orientale» «dalle fonti, dalle omissioni, aggiunte e modifiche»¹³⁴, così come «dalla forma»¹³⁵.

In questo senso la vicenda delle norme in questione è davvero paradigmatica.

Vi si riflette da un lato quella tendenza crescente, di cui si è più sopra riferito, ad avere una legislazione uniforme almeno in quelle sezioni normative in cui le disposizioni latine risultino «evidentemente superiori per ordine e per chiarezza»¹³⁶. A tale riguardo è significativo che nessuna proposta destinata a ridimensionare gli spazi della *rationabilitas*, già assai

¹²⁹ Il canone 3 della bozza viene così concepito: § 1. Iuri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest ullo modo derogare; sed neque iuri canonico derogat, nisi fuerit rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos praescripta; contra legem vero ecclesiasticam quae clausulam contineat futuras consuetudines prohibentem, sola praescribere potest rationabilis consuetudo centenaria aut immemorabilis. § 2 Consuetudo quae in iure expresse reprobatur, non censetur rationabilis», *Testi dalle bozze 1958*, cit., p. 65.

¹³⁰ *Verbali delle Adunanze*, cit., 12 Luglio 1930, in *Communicationes*, 1994, p. 118.

¹³¹ *Ivi*, p. 119.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ivi*, p. 118.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ponenza*, cit., p. 127.

sacrificati nel Codice latino, sia stata accettata. In una esperienza giuridica profondamente caratterizzata dal diritto consuetudinario sarebbe risultata difficilmente comprensibile qualsiasi ulteriore riduzione nell'apprendimento del suo connotato essenziale, vale a dire del suo essere *rationabilis*.

D'altro lato, la diffusa percezione di una reale comunanza delle categorie di fondo, al punto che si stentava ad individuare le fonti orientali proprie della materia, non impedisce una valutazione originale, tipicamente orientale, del peso di questa parte in rapporto all'intero corpo normativo allo studio. Prima di por mano definitivamente alla base della statua, occorre infatti averne ben chiare le fattezze e soprattutto le proporzioni, onde sostenerla adeguatamente.

Ancora una volta gioca un ruolo fondamentale la ricerca delle proporzioni che in questa fase giunge a toccare la sostanza del fenomeno da regolare. Infatti non solo la base su cui si sarebbe edificato il Codice orientale avrebbe dovuto garantire quei margini di flessibilità adeguati allo sviluppo di una disciplina che si alimentava di tradizioni rituali tanto profondamente radicate quanto differenti le une dalle altre. Ma l'andamento stesso dei lavori avrebbe dovuto, almeno nei progetti del legislatore supremo, aderire realisticamente all'esperienza giuridica dell'Oriente cattolico secondo tutte le sue specificità, rispettandone la fisionomia plurale a partire dal modo stesso di concepire il paragone con il Codice latino.

Si spiega così la posizione residuale di queste norme nell'economia dell'opera tanto da figurare nell'ultimo *motu proprio* rimasto negli archivi in seguito alla morte di Pio XII¹³⁷. Una posizione che, come si vedrà, rimarrà sostanzialmente invariata nel corso della codificazione postconciliare.

¹³⁷ Come è noto, il diritto sacramentale, escluso il matrimonio già promulgato nel 1949, insieme alle norme sulla legge, la consuetudine e i tempi sacri, era pronto per la promulgazione all'inizio del 1958. Il 12 dicembre dello stesso anno, a due mesi dalla morte di Pio XII (9 ottobre), il card. Agagianian, presidente della Commissione, volle presentare alla firma di Giovanni XXIII il testo del *motu proprio De sacramentis*. Il rifiuto di Giovanni XXIII, in vista del Concilio ecumenico che egli intendeva convocare, segna la fine delle promulgazioni parziali. Sulle ragioni della decisione del legislatore supremo di procedere per quest'ultima via nella codificazione del diritto orientale, non vi è mai stata una presa di posizione ufficiale. La spiegazione maggiormente plausibile, secondo alcuni autori, va rintracciata nella marcata «latinizzazione» di cui, nonostante gli sforzi della Commissione e le intenzioni profonde del pontefice, risentiva l'intero progetto. Dunque si trattava in buona sostanza di un compromesso: le promulgazioni parziali avrebbero consentito di misurare realisticamente le reazioni ai diversi testi via via pubblicati. Cfr. R. PLOZ, *Die Kodifikation des katholischen Ostkirchenrechts*, in J. LISTL-H. MÜLLER-H. SCHMITZ, *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, Pustet Verlag, Ratisbona, 1983, p. 58; R. METZ, *Le nouveau droit des Eglises Orientales Catholiques*, cit., p. 32. Vale peraltro la pena notare che la manualistica di diritto orientale non raramente segue l'impostazione latina, facendo precedere la trattazione delle fonti a quella della disciplina sostanziale degli *status*, del governo e dei sacramenti, v., per esempio, I. REZAC, *Institutiones Juris Canonici Orientalis*, Pontificium Institutum Orientalium Studiorum, Romae, 1961, vol. I, pp. 3-139.

3. La codificazione postconciliare tra tradizione e innovazione

3.1. La ricerca delle parole comuni

La novità del Vaticano II segna profondamente, nel metodo e nel merito, anche la vicenda della codificazione orientale. Certamente la ripresa del progetto di un codice destinato a disciplinare in modo organico l'Oriente cattolico non poteva che partire dai risultati delle promulgazioni parziali del CICO. Nondimeno la Commissione per la Revisione del Codice di Diritto Canonico Orientale fece sua da subito e fino in fondo la traiettoria ideale indicata da Paolo VI¹³⁸, a partire dal duplice principio del «rinnovamento» e della «fedeltà alla tradizione nel vincolo dell'unità»¹³⁹. Una fedeltà a sua volta «duplice»¹⁴⁰ – all'autentica tradizione orientale e allo spirito conciliare¹⁴¹ – dalla quale peraltro, all'indomani dell'*Orientalium Ecclesiarum*, sarebbe stato impossibile prescindere in senso assoluto.

Non sorprende dunque che la serietà del paragone con questi criteri ultimi emerga con tale evidenza nel corso del processo codificatorio da far ritenere ormai assodato che «i lavori (...) più che dei *Motu Proprio* che

¹³⁸ La nuova Commissione incaricata della revisione «fu istituita da Paolo VI il 10 giugno 1972 – in sostituzione della Pontificia Commissione per la redazione del Codice di Diritto Canonico Orientale creata da Sua Santità Pio XI il 17 luglio 1935 – con il compito di preparare, alla luce soprattutto dei decreti del Concilio Ecumenico Vaticano II, la riforma del *Codex Iuris Canonici Orientalis* sia nelle parti già pubblicate (...) sia nelle parti già ultimate, ma non ancora pubblicate», *Annuario Pontificio*, 1985, p. 1554. Sulla struttura e sulla composizione della Commissione, per l'elenco completo dei consultori si vedano *Nuntia*, 1975, pp. 12-13 e *Nuntia*, 1976, pp. 5-11. Si noti che «come primo effetto» della «aequalis dignitas Ecclesiarum Orientis et Occidentis», proclamata dall'art. 3 del decreto *Orientalium Ecclesiarum*, erano già stati incorporati tutti i patriarchi orientali nel collegio dei membri della Pontificia Commissione per la redazione del CICO, costituito fino al 1965 di soli cardinali. La medesima «aequalitas» ottenne maggior risalto con la composizione del nuovo Collegio che intendeva salvaguardare, «quantum fieri potest», l'«orientalem indolem» della Commissione, in quanto «ex Ecclesiarum multiplicitate constet», Paolo VI, *Alloc. 18 marzo 1974*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1974, p. 246, cfr. I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., p. 710. Quanto al profilo ecumenico, occorre tener presente che alla prima riunione plenaria della Commissione nel marzo 1974 parteciparono quattro Osservatori delle Chiese Orientali non cattoliche, «dando vita ad un legame tra questi e la Presidenza e la Segreteria che non si spezzò mai», cfr. *Nuntia*, 1976, p. 16 e O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., p. 106. A tale riguardo, si è voluto sottolineare come tutto fosse stato «predisposto in uno scenario che collegava il presente orientale con il presente latino sì che il vescovo di Roma veniva sempre di più ad essere momento di armonia fra questo presente e il passato delle due tradizioni», *ivi*, p. 107.

¹³⁹ E. EID, *La revisione del Codice di diritto canonico orientale alla luce del decreto conciliare «Orientalium Ecclesiarum»*, in *Nuntia*, 1985, p. 130.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Cfr. Paolo VI, *Alloc. 18 marzo 1974*, cit., pp. 243-249.

avevano formato la precedente codificazione, tennero conto dei contenuti dell'*Orientalium Ecclesiarum*»¹⁴².

Del resto, se il fatto stesso dell'emanazione «in un concilio ecumenico di un "decreto" contenente varie "iuris dispositiones"»¹⁴³ documenta, in modo solare, l'esigenza in una data materia di una nuova disciplina o almeno la mancanza di chiarezza di quella fino ad allora vigente e cioè che «il relativo "ius in vita et missione Ecclesiae" o non esisteva o non era adeguato a quanto esige la "salus animarum"»¹⁴⁴, ben si comprende quanto la decisa riaffermazione del documento conciliare, secondo cui le Chiese d'Oriente e di Occidente «pari pollent dignitate ita ut nulla earum ceteris praestet ratione ritus»¹⁴⁵, rivelasse la persistenza delle ombre che il magistero pontificio precedente aveva inteso fugare e che le promulgazioni parziali, nonostante tutti gli sforzi contrari alla latinizzazione del diritto orientale, avevano forse in qualche misura nuovamente alimentato¹⁴⁶.

¹⁴² O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., p. 104. Del resto, non va dimenticato che il Codice per le Chiese Cattoliche Orientali e il documento conciliare scaturivano entrambi «dalla linea di pensiero dei Sommi Pontefici, che da Leone XIII a Giovanni XXIII avevano avuto rapporti fortissimi con l'Oriente, nel riproporre per intero la tradizione giuridica di quest'ultimo che hanno sempre ritenuta pari a quella latina», *ibidem*. In particolare, tra le anticipazioni più suggestive degli apporti conciliari in questa materia, si devono ricordare almeno l'affermazione di Pio XII al X Congresso Internazionale delle Scienze Storiche (7 settembre 1955): «l'Eglise catholique ne s'identifie avec aucune culture; son essence le lui interdit. Elle est prête cependant à entretenir des rapports avec toutes cultures», Pio XII, *Allocutio iis qui interfuerunt Conventui internationali scientiis historicis, Romae habito die 7 septembris mensis a. 1955*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1955, p. 681; ed anche la convinzione che Giovanni XXIII espresse nell'enciclica *Princeps Pastorum* del 28 novembre 1959, per cui «la Chiesa non si identifica con nessuna cultura, nemmeno con la cultura occidentale alla quale essa è strettamente legata», *Acta Apostolicae Sedis*, 51 (1959), p. 260.

¹⁴³ I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., p. 692.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Orientalium Ecclesiarum*, n. 3.

¹⁴⁶ Suggestiva la rilettura di quello snodo da parte di Žužek secondo le immagini metaforiche dell'avanzare del giorno sulla notte. Per la *aequalitas Ecclesiarum* «l'alba che è la prima luce del mattino (...) spuntò sullo scorcio del secolo XIX con la lettera apostolica di Leone XIII, *Orientalium dignitas* (30 nov. 1894)»; «l'aurora, che è il momento che precede il sorgere del sole, successivo all'alba, (...) fu l'istituzione, da parte di Benedetto XV, della Congregazione per le Chiese Orientali e del Pontificio Istituto Orientale, nel 1917, parallelamente alla promulgazione del *Codex Iuris Canonici* della Chiesa latina». Da allora «il giorno si fece strada». Tuttavia, «se nelle alte sfere si fece visibile il sorgere del sole con l'inizio della "codificazione canonica orientale", in altre parti il cielo era piuttosto nuvoloso, a causa del persistere di mentalità che identificavano la Chiesa latina con la Chiesa universale». Grazie alla determinazione ed al vigore all'iniziativa di Pio XI e di Pio XII relativa alla redazione di un Codice comune alle Chiese orientali cattoliche, si poté sperare che «la tenace volontà di questi due papi, già prima del concilio sortisse buon esito». Tuttavia nemmeno «la decisione, presa senza dubbio per gravissimi motivi, di promulgare il "Codex Iuris Canonici Orientalis", presentato a Pio XII il 13 marzo 1948, "per partes" in vari documenti successivi» ebbe a realizzarsi pienamente. Infatti «quel "Codex" non vide la luce del giorno e l'auspicata "aequalitas Ecclesiarum", sotto l'aspetto canonico, non fu pienamente attuata prima del Concilio Vaticano II. Dopo il Concilio, finalmente «il cielo si fece sereno e con la

Ora, la sconfessione netta e definitiva della «praestantia iuris latini»¹⁴⁷ insieme al riconoscimento pieno del «patrimonio ecclesiastico e spirituale» delle Chiese Orientali cattoliche quale «patrimonio di tutta la Chiesa»¹⁴⁸ e, di conseguenza, l'affermazione solenne, in sede conciliare, del diritto-dovere «di reggersi secondo le proprie discipline particolari»¹⁴⁹, in quanto «commendevoli per veneranda antichità, più corrispondenti ai costumi dei loro fedeli e più adatte a provvedere al bene delle loro anime»¹⁵⁰, costituiscono l'alveo sicuro entro cui matura «il più ardito e riuscito tentativo di condensare tutta la tradizione della storia giuridica orientale aggiornandola alle necessità del presente»¹⁵¹. Un tentativo ben delineato nelle dieci direttive per la revisione del Codice di diritto canonico orientale¹⁵² e perseguito mediante il confronto serrato tra i testi dei *Motu proprio* e le disposizioni conciliari, con un occhio sempre attento al *Codex* del 1917 ed ai lavori della parallela Commissione per la revisione del Codice latino.

In tale mutato contesto culturale, la vicenda delle norme generali si rivela ancora una volta paradigmatica non solo a livello metodologico ma anche a livello sostanziale, con particolare riguardo ad una nuova percezione del riferimento alla *rationabilitas* nei luoghi ove, non senza qualche oscillazione, era rimasto integro anche in osservanza delle analoghe disposizioni latine.

Per comprendere l'effettiva portata della revisione di questa sezione disciplinare, a suo tempo posta a chiusura delle promulgazioni parziali,

promulgazione del CCEO, il 18 ottobre 1990, vi fu pieno giorno e pieno sole», I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., pp. 709-710.

¹⁴⁷ Non si deve dimenticare «quanto grande fosse il disagio degli Orientali nel sentirsi spesso trattati come appartenenti a “Riti di seconda categoria” nonostante che già da Leone XIII in poi si riconoscesse la “aequalitas rituum” e quale fosse il loro desiderio che il Concilio Vaticano II formalmente sconfessasse ogni ombra di “paestantia” di un “Ritus” o “Ecclesia particularis” sopra l'altra», I. ŽUŽEK, *Incidenza del «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium»*, cit., p. 700.

¹⁴⁸ *Orientalium Ecclesiarum*, n. 5.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., p. 110.

¹⁵² V. *Principi direttivi per la revisione del Codice di diritto canonico orientale*, in *Nuntia*, 1976, pp. 3-10. Le linee guida per la Revisione del Codice del diritto canonico delle Chiese orientali «dovevano necessariamente essere diverse dalle linee guida per la revisione (e la redazione) del Codice latino»; «esse concernevano dieci momenti di riflessione intese come direttive redatte in modo tale che difficilmente potevano essere non rispettate», O. BUCCI, *Storia e significato giuridico del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., p. 108. Cfr. sul punto J. D. FARIS, *Historical Introduction*, in AA.VV., *A guide to the Eastern Code. A Commentary on the Code of the canons of the eastern Church*, a cura di G. NEDUGATT, Pontificio Istituto Orientale, Roma, 2002, pp. 46-48; S. KOKKARAVAYIL, *The guidelines for the revision of the Eastern Code: their impact on CCEO*, Pontificio Istituto Orientale, Roma, 2009.

conviene prendere atto da subito che le ragioni di quella collocazione nel corpo del CICO, segnato sì dalla discontinuità nella pubblicazione delle sue norme ma non della disorganicità del suo impianto strutturale, frutto come si è visto di un pensiero a lungo meditato e largamente condiviso, non vengono smentite dal *Coetus centralis* impegnato dall'inizio del 1980 nell'ordinamento sistematico da dare al futuro Codice orientale¹⁵³. Si deve anzi rilevare come l'impostazione dell'«index provisorius» del Codice latino che, pur innovando decisamente il sistema piobenedettino «iuxta expositionem theologiam de tribus muneribus Ecclesiae, quae in documentis Concilii Vaticani II invenitur»¹⁵⁴, manteneva nel Libro I le *Normae generales*, non persuadesse del tutto i consultori orientali per i quali invece il confronto con il magistero conciliare non faceva che corroborare l'ipotesi di trasferire ancora una volta «ad postremum titulum Codicis Orientalis (...) canones qui in libro I Codicis Latinae Ecclesiae inveniuntur»¹⁵⁵. Si riteneva infatti ben più corrispondente all'«orientalium mens (...) ut in Codice imprimis agatur de mirabili communionem inter variorum rituum Ecclesias sui iuris, utpote quae omnes aequali modo concreditae sint pastoralis gubernio Romani Pontificis, ac deinde de Patriarchis et Synodis, Metropolitanis, Episcopis, clericis etc., ac demum de legibus, decretis, rescriptis, privilegiis, dispensationibus, temporis supputatione»¹⁵⁶.

Conviene soffermarsi sulla certezza del *Coetus* che una simile opzione sistematica si sarebbe compiuta «sine ullo praeiudicio iuridico»¹⁵⁷. In essa non solo si riflette la percezione già diffusa nella Commissione presieduta da Gasparri circa la natura didattica delle *Normae generales* e, quindi, il convincimento circa l'opportunità di una loro collocazione a chiusura del sistema, in quanto funzionale alla descrizione delle dinamiche ordinali che il Codice doveva regolare. Ma documenta come nella fase postconciliare acquisti spessore decisivo l'intuizione di chi, già agli albori della codificazione, intravedeva in queste norme il fondamento dell'intero edificio e, di conseguenza, non poteva accettarne una redazione che prescindesse dal «peso», dalla «grandezza», in una parola dalla sostanza dell'opera¹⁵⁸. Ora, l'accresciuta consapevolezza, grazie agli apporti dell'*Orientalium Ecclesiarum*¹⁵⁹, dell'originalità dell'esperienza giuridica delle

¹⁵³ Per seguire l'intero *iter* della decisione di adottare nello Schema Orientale un ordine sistematico diverso da quello dei Codici della Chiesa latina del 1917 e del 1983, si può utilmente consultare la relazione *L'ordine sistematico dello Schema Codicis Iuris Canonici Orientalis nella sua evoluzione*, pubblicato in *Nuntia*, 1988, pp. 17 ss.

¹⁵⁴ *Ivi*, p. 92.

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 98.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ V. *supra*, § 2.

¹⁵⁹ Una consapevolezza che traspare in modo chiaro negli atti della Commissione per la

Chiese d'Oriente, stimola una concezione rinnovata del carattere strumentale di questa sezione normativa, non appena destinata alla descrizione delle dinamiche ordinamentali quasi si trattasse, come pur si era detto, di una «terminologia comune»¹⁶⁰, ma, più profondamente, colta nella sua funzione di servizio alla «mirabilis communio», cioè alla vita stessa dell'ordinamento. In tale ottica, più che la loro posizione residuale, risalta il primato delle dimensioni vitali da regolare cui esse dovevano piegarsi con la flessibilità di volta in volta necessaria. Così la loro collocazione nei titoli di coda non solo non avrebbe recato pregiudizio giuridico alcuno ma si sarebbe rivelata davvero funzionale allo sviluppo dell'ordinamento, coerentemente con le linee direttive che, salvaguardando il carattere orientale ed ecumenico del Codice¹⁶¹, ne riaffermavano la natura giuridica ed insieme, in sintonia con i *principia directiva* latini, ne raccomandavano l'indole pastorale¹⁶². Nel redigere le leggi infatti il Codice non avrebbe dovuto curare «soltanto la giustizia», ma anche «una sapiente equità, la quale è frutto della condiscendenza e della carità»¹⁶³. Dunque, nello sforzo «di suscitare l'esercizio di queste virtù nei pastori con discrezione e scienza», si sarebbe dovuta lasciare «a coloro a cui è affidata la cura delle anime un congruo potere discrezionale per mezzo del quale poter determinare direttive per i fedeli e adeguarle alle condizioni dei singoli»¹⁶⁴. Insomma «il bene di tutta la Chiesa» sembrava richiedere che le disposizioni codiciali non fossero «troppo rigide»¹⁶⁵.

È interessante, sotto questo profilo, che la revisione delle bozze risalenti al 1958, avvenga nel gruppo di lavoro incaricato anche del riesame della nozione di Rito e della ricerca di una nuova terminologia per designare le varie Chiese particolari dell'Oriente e dell'Occidente¹⁶⁶.

revisione del CICO e che viene richiamata con decisione, tra gli altri, dal vicepresidente del *Coetus studii «de normis generalibus»* Clément Ignace Mansourati: «OE ha aperto una porta e ha inaugurato un'epoca nuova», in *Communications*, 2008/1, p. 191.

¹⁶⁰ V. *supra*, § 2.

¹⁶¹ V., in proposito, lo studio di S. KOKKARAVAYIL, *The guidelines for the revision of the Eastern Code*, cit., pp. 139-216.

¹⁶² Cfr. *Proposta del 1973 della Facoltà di diritto canonico del Pontificio Istituto Orientale circa le norme per la ricognizione del diritto canonico orientale*, in *Nuntia*, 1988, pp. 104-15; *Principi direttivi per la revisione del Codice di diritto canonico orientale*, in *Nuntia*, 1976, p. 6. V., sul punto, S. KOKKARAVAYIL, *The guidelines for the revision of the Eastern Code*, cit., pp. 217-264.

¹⁶³ *Principi direttivi per la revisione del Codice di diritto canonico orientale*, in *Nuntia*, 1976, p. 6.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Si tratta del *Coetus studii «de normis generalibus»* che si riunisce dal 1974 al 1979. È interessante notare che la prima sessione di lavoro non aveva come scopo quello di formulare i canoni, bensì un primo studio in comune dei problemi sintetizzati, tra gli altri, nei seguenti quesiti: «1. Quali sono gli antichi canoni orientali che devono essere presi in con-

Senza addentrarsi in tale complessa problematica, è utile tener presenti le linee di forza che attraversano l'intero dibattito ispirando anche l'andamento del lavoro sulla materia oggetto della presente ricerca.

Se non è possibile prescindere, in ragione del carattere orientale del Codice, dalla ricognizione delle fonti antiche, dinanzi al pericolo, evocato con immagine efficacissima da un consultore, «di far archeologia»¹⁶⁷, viene messo a fuoco lo scopo ultimo della ricognizione medesima, e cioè l'intenzione reale di «far leggi per la Chiesa»¹⁶⁸, che si documenta effettivamente nella ricerca del «*substratum commune* che unisce le Chiese piuttosto che le particolarità»¹⁶⁹.

In tale prospettiva diviene urgente l'identificazione di un linguaggio giuridico anch'esso comune, ovvero condivisibile nella pluralità dei registri diacronici e sincronici coinvolti.

Ad un livello più immediato, partendo dal presupposto che lavorare su alcune nozioni come quella di rito sia importante per gli Occidentali come per gli Orientali, la ricerca della concordanza terminologica sembrerebbe riguardare il progetto della *Lex Ecclesiae Fundamentalis*¹⁷⁰, e, in ogni caso, esigerebbe un rapporto costante tra le due Commissioni al punto da ipotizzare l'istituzione di una Commissione interecclesiale per definire il senso delle parole¹⁷¹.

Peraltro la parzialità di entrambe le visuali emerge con chiarezza già al loro primo delinarsi. La prima deve fare i conti con una malcelata avversione verso la LEF come dimostra la preferenza del *Coetus de Sacra Hierarchy* per la terminologia adottata nelle promulgazioni parziali o nell'*Orientalium Ecclesiarum* rispetto a quella in fase di elaborazione della

siderazione come base per i canoni (relativi alle norme generali, ai riti orientali alle persone fisiche e giuridiche) come voluto dal Santo Padre il 18 marzo u.s. e richiesto dal titolo "Carattere Orientale del CICO" dei Principi per la Revisione (...)? 2. Quali implicazioni per la revisione dei canoni (in questione) hanno i documenti del Vaticano II (*Orientalium Ecclesiarum*, *Unitatis Redintegratio*, *Lumen Gentium*, etc.) ed i titoli dei Principi per la revisione del CICO, soprattutto per quanto riguarda la nozione di *Ritus* (...) e la limitazione del nuovo CICO alla disciplina comune a tutte le Chiese Orientali (...)?; 3. Quale bibliografia scientifica dovrebbero studiare i Consultori di questo *Coetus* per una migliore conoscenza dei problemi che dovranno risolvere (quali documenti post-conciliari possano avere attinenza con la materia assegnata a questo *Coetus*)? 4. In che misura possono essere considerati come testo base per la revisione del CICO i "testi iniziali" dei prott. 22 (De fide catholica), 23 (De legibus ecclesiasticis), 25 (De rescriptis) e 26 (De privilegiis) che risalgono agli anni 1943-1945; 5. Quale problematica per la revisione del Prot. 29 (o anche altri) crea il fatto che un grande numero degli Orientali Cattolici è stabilito definitivamente in Occidente? 6. Opportunità o meno di introdurre nelle "Norme generali" alcuni principi sulle relazioni interrituali tra le Chiese particolari (Riti), compresa quella latina?», in *Communicationes*, 2008, pp. 184-185.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 186.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ivi*, pp. 186-187.

¹⁷¹ *Ivi*, pp. 189-190.

legge fondamentale¹⁷². Quanto alla seconda, ci si avvede subito che la interritualità del linguaggio presuppone alcune valutazioni il cui esito non può ritenersi scontato.

Innanzitutto bisognerebbe previamente «decidere se la PCCICOR accetti o no la terminologia del CIC»¹⁷³, visto che, come pare, non manca chi desideri «una terminologia più precisa, perché quella occidentale non piace»¹⁷⁴. In secondo luogo occorrerebbe trarre le debite conclusioni dal fatto che, in passato, l'uso di certe parole per descrivere la realtà delle Chiese Orientali da parte degli autori non sembrava tanto determinato dall'intenzione di «dare terminologie giuridiche»¹⁷⁵, quanto piuttosto dalla preoccupazione di «spiegare una realtà»¹⁷⁶.

Del resto, in tale medesima direzione, e cioè nell'ottica di una effettiva precedenza del caso concreto oggetto di disciplina rispetto al suo *nomen iuris*, risultano più chiari i passaggi della mozione conclusiva di questo dibattito.

Infatti una prima proposta secondo cui «eandem vocem semper rem eandem in duobus codicibus designare debere»¹⁷⁷ viene riformulata antepponendo le *res* alle *voces*: «eadem res iisdem vocibus exprimi debere»¹⁷⁸.

Anche il testo sul quale si coagula il parere positivo della maggioranza a chiusura del dibattito, dopo aver affermato l'opportunità e addirittura la necessità «ut verba communia in Codicibus Latino et Orientali semper eadem significant»¹⁷⁹ ribadisce il primato della fattispecie nella sua concretezza, per cui «eadem res eodem modo exprimatur»¹⁸⁰. Di qui l'auspicio «ut definitiva electio verborum iuridicorum quae in usu duorum Codicum aptabuntur a duobus Commissionibus una fiat collatis consiliis et unitis iudiciis»¹⁸¹.

Del resto, anche dinanzi a tale formulazione¹⁸², non manca chi avverta l'urgenza che «per i termini si tenga conto anche del senso comune»¹⁸³.

¹⁷² *Ivi*, p. 187.

¹⁷³ *Ivi*, p. 189.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ivi*, p. 188.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ivi*, p. 201.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Per il suo estensore, indicato come «decimo Consultore» tale formulazione sottolinea «quello che è veramente importante, cioè il principio che la terminologia comune debba essere concordata senza scendere in particolari», *ibidem*.

¹⁸³ Un realismo che doveva animare gran parte del *Coetus se*, alla richiesta di un testo «più forte», il Vice-presidente doveva richiamare il proverbio arabo «dobbiamo mangiare uva e non ammazzare il guardiano». *Ivi*, p. 202.

Dunque il superamento della inevitabile parzialità nella ricerca di un linguaggio condiviso a prescindere dalla storia e dal senso comune delle parole si compie solo nell'obbedienza dovuta al dato da regolare: vale a dire è la comunanza delle *res* a generare la comunanza delle *voces*, non viceversa.

In tale contesto matura nel *Coetus de normis generalibus* un approccio alla revisione dei canoni che qui interessano evidentemente orientato, oltretutto ad una critica schietta delle *voces* latine prive di riscontri nella realtà orientale, ad una attenta ponderazione della portata semantica delle parole chiave in rapporto alla genuina esperienza giuridica dell'Oriente cattolico.

Solo a titolo esemplificativo, allo scopo di una migliore comprensione della sensibilità che anima i dibattiti sulle norme generali, vale la pena accennare alle ragioni del rifiuto da parte del *Coetus specialis*¹⁸⁴ di ospitare nel futuro Codice una delle novità più cospicue della revisione latina e cioè la categoria dei *decreta generalia*, mediante la quale, come si è visto, si ponevano le basi nel *Codex Iuris Canonici* di una opportuna traduzione canonistica del principio di legalità¹⁸⁵.

Da un punto di vista formale, i canoni latini in materia risultano piuttosto complicati, non contenendo altro che definizioni e quindi possono al massimo rivestire valore didattico: sono cioè «buoni per la scuola, ma non per un codice, nel quale il carattere giuridicista, se i canoni si ammettono, cresce di molto, al contrario di quanto è desiderato per la *revisio*»¹⁸⁶.

Da un punto di vista sostanziale, riemergono più vigorose alcune obiezioni già avanzate in sede latina. Secondo i consultori, canoni del genere rischiano di alimentare una certa confusione sulla natura giuridica degli atti dell'autorità legislativa ed in questo senso si rivelano «nocivi e pericolosi»¹⁸⁷ perché in realtà si tratta di leggi: se infatti avessero effetti giuridici

¹⁸⁴ Quanto alla costituzione ed ai compiti di questo *Coetus* all'inizio del 1980, vi prese parte «un gruppo ristretto di Consultori, di facile convocazione e ben ferrati in diritto orientale e in lingua latina, con il compito di mettere a punto e dare gli ultimi ritocchi agli schemi già ultimati da inviare alle autorità superiori per averne l'approvazione per l'invio agli organi di consultazione». Va segnalato che «nello schema *de normis generalibus* erano entrati a far parte per volere dei rispettivi gruppi di studio e d'accordo con il *Coetus Centralis*, oltre alle norme di cui si era occupato espressamente il *Coetus II*, anche le sezioni di canoni *de officiis ecclesiasticis e de bonis temporalibus*, che invece erano state riviste dal *Coetus VI*, cioè quello *de laicis, de bonis temporalibus, de beneficiis ecclesiasticis et de officiis ecclesiasticis*». Quindi «il *Coetus specialis*, costituito per la messa a punto dello schema *de normis*, dovette occuparsi delle altre sezioni di canoni riconosciuti dal *Coetus VI*» v. *Animadversio explicativa praevia quoad Coetum de laicis, de bonis temporalibus, de beneficiis ecclesiasticis et de officiis ecclesiasticis*, in *Communicationes*, 2010/2, pp. 437-438.

¹⁸⁵ V. *supra*, cap. I, § 3.1. e, sul versante orientale, *Communicationes*, 2009/1, pp. 178-179.

¹⁸⁶ *Coetus specialis «de normis generalibus», Sessio I (diebus 10-14 martii 1980 habita), Riunione antimeridiana del 14 marzo 1980*, in *Communicationes*, 2012/2, p. 618.

¹⁸⁷ *Ivi*, p. 617.

diversi ed il legislatore si dimenticasse «di specificare quando dà una legge o un decreto generale»¹⁸⁸, nessuno saprebbe «quali siano gli ulteriori effetti giuridici»¹⁸⁹, se invece «sunt leges», allora non vi è alcun bisogno di parlarne¹⁹⁰.

Dal punto di vista della prassi, si tratta di norme «non conciliabili con il carattere pastorale del *Codex*»¹⁹¹, in quanto «risentono troppo della impostazione secolare dello Stato»¹⁹², «sono fatte per i dicasteri romani»¹⁹³, «quasi ripugnano alla natura delle Chiese particolari»¹⁹⁴ e pertanto «non si vede perché si debbano impostare così i problemi per le Chiese Orientali»¹⁹⁵, le quali, pur avendo a disposizione «vari modi per esprimersi»¹⁹⁶ – «*instructiones, edicta, mandata*»¹⁹⁷ – si limitano a riconoscerne il tratto «comune», cioè che «non sunt leges»¹⁹⁸. Insomma, una normativa del genere non è di «aiuto» ai sacerdoti, ai quali «è già molto richiedere che distinguano le leggi dalle non leggi»¹⁹⁹.

In una simile trama argomentativa risulta chiaro quanto il parametro decisivo della revisione delle norme generali consista nella valutazione dell'effettiva adeguatezza, in rapporto ad una sana dinamica ordinamentale, di alcune categorie comuni, almeno potenzialmente condivisibili in entrambe le culture giuridiche d'Occidente e d'Oriente. Il che implica necessariamente una verifica puntuale della concreta vitalità delle cosiddette *normae generales* nell'esperienza giuridica orientale ovvero della reale pra-

¹⁸⁸ *Ibidem.*

¹⁸⁹ *Ibidem.*

¹⁹⁰ V. *ibidem.*

¹⁹¹ *Ivi*, p. 618.

¹⁹² *Ibidem.*

¹⁹³ *Ibidem.*

¹⁹⁴ *Ibidem.*

¹⁹⁵ *Ibidem.*

¹⁹⁶ *Ibidem.*

¹⁹⁷ *Ibidem.*

¹⁹⁸ *Ibidem.*

¹⁹⁹ *Ibidem.* Per cogliere le differenze proprio a livello di mentalità giuridica dinanzi a queste categorie, è interessante paragonare questi giudizi con la valutazione a suo tempo data da Lombardía, all'indomani della promulgazione delle norme latine in oggetto. Secondo il canonista spagnolo, infatti, si trattava della novità del libro I del *Codex Iuris Canonici* 1983, in cui si manifestava «la maggior chiarezza di idee» del legislatore, circa lo scopo della riforma in atto. Infatti in quanto già dall'anteprogetto del 1977 si mirava «a risolvere il problema della distinzione tra legge ed atti amministrativi norma e della subordinazione di questi a quella»: si collocava qui «la maggior parte degli apporti introdotti in questo campo dal Codice del 1983 – nozione formale di legge (c. 30), legislazione delegata (c. 31), la caratterizzazione dei decreti generali esecutori (cc. 32-34) e delle istruzioni (c. 35) – anche se successivamente le norme sono state ritoccate con evidenti perfezionamenti e si è fatto a meno – nella redazione dei canoni e delle rubriche – dei precetti generali», P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine, ed atti amministrativi nel nuovo codice di diritto canonico*, cit., pp. 83 e 80.

ticabilità di una nuova lettura di esse, maggiormente consentanea alla tradizione delle Chiese *sui iuris*, insieme ad una eventuale traduzione nel Codice degli elementi più originali del loro patrimonio disciplinare in materia.

Sotto quest'ultimo profilo dev'essere apprezzato il tentativo di codificare la disciplina di uno dei fattori più dinamici della disciplina orientale: l'«oikonomia»²⁰⁰. L'esigenza viene avvertita nello studio del diritto matrimoniale ma la consapevolezza diffusa circa la portata generale e decisiva del tema spinge ad aprire il gruppo ristretto costituito *ad hoc* nell'ambito del *Coetus de matrimonio* alla partecipazione del *Coetus de normis generalibus*, anche perché all'inizio della discussione sul protocollo dedicato alla dispensa qualcuno aveva proposto di sostituirlo *d'amblye* con un protocollo *De oeconomia*²⁰¹. In realtà la questione era già stata trattata «ad ampio raggio e sotto vari punti di vista»²⁰²: «storico, teologico, canonico, pastorale»²⁰³, mettendo a confronto le tradizioni sia cattolica che ortodossa «nonché la terminologia usata da entrambe per esprimere una tale nozione e il suo contrario (*aequitas canonica, epicheia, benevola interpretatio legis, relaxatio legis, misericordia, benignitas, rigor iuris, acribia, ius strictum, destrictio iuris...*)»²⁰⁴. E da questi studi era emersa con sufficiente chiarezza che «l'oikonomia est un concept théologique»²⁰⁵ riguardante il piano di salvezza per tutti gli uomini²⁰⁶. Ora, di norma, è l'*akribia*, cioè «la

²⁰⁰ Della vastissima bibliografia in materia, ci si limita a segnalare tra i contributi più recenti e significativi sotto il profilo che qui interessa: E. JARAWAN, *Révision des canons De normis generalibus – Canon préliminaires au Code tout entier*, in *Nuntia*, 1980, pp. 87-118; I. ŽUŽEK, *L'économie dans les travaux de la Commission Pontificale pour la Révision du Code de droit canonique*, in *Kanon*, 1983, pp. 67-83; J.H. ERICKSON, *Sacramental «economy» roman catholic thought*, in *The jurist*, 1988, pp. 653 ss.; J.H. ERICKSON, *The value of the Church's disciplinary rule with respect to salvation in the oriental tradition*, in *Incontro fra canonici d'oriente e d'occidente*, I, cit., pp. 246-274; H. MÜLLER, *Oikonomia und aequitas canonica*, in *Incontro fra canonici d'oriente e d'occidente*, I, cit., pp. 293-315; V.J. POSPISHIL, *Pastoral economy*, in *Id.*, *Eastern Catholic Church Law*, Saint Maron Publications, New York, 1996, pp. 845-851; P. GEFAELL, *Fondamenti e limiti dell'oikonomia nella tradizione orientale*, in *Ius Ecclesiae*, 2000, pp. 419-436; E. HADDAD, *L'économie dans les Eglises orientales*, in *Studia canonica*, 2004, pp. 175-190; P. GEFAELL, *Oikonomia*, in *Diccionario General de derecho canónico*, cit., vol. V, pp. 695-700.

²⁰¹ V. *Coetus studii «de normis generalibus»*, Sessio I, *Riunione antimeridiana del 9 dicembre 1974*, in *Communicationes*, 2008/1, p. 186; *Coetus studii «de normis generalibus»*, Sessio I, *Riunione antimeridiana del 13 dicembre 1974*, in *ivi*, pp. 198-199; *Coetus studii «de normis generalibus»*, Sessio V (*diebus 23 januarii-1 februarii 1978 habita*), *Riunione antimeridiana del 30 gennaio 1978*, in *Communicationes*, 2010/1, pp. 179 e 182-183.

²⁰² *Coetus specialis «de normis generalibus et officiis»*, Sessio I, cit., *Riunione antimeridiana del 12 marzo 1980*, in *Communicationes*, 2012/2, p. 610.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ E. JARAWAN, *Révision des canons De normis generalibus – Canon préliminaires au Code tout entier*, cit., p. 92.

²⁰⁶ V. *ibidem*.

pleine conformité avec l'Évangile et les canons de l'Église»²⁰⁷, «le moyen de salut pour tous»²⁰⁸; mentre l'*oikonomia* «c'est le pouvoir de l'Église de suppléer, dans l'abondance de sa grâce et de son amour, à ce qui manque à l'homme concrètement pour être en pleine conformité avec l'Évangile et les saints canons»²⁰⁹: «l'on recourt à l'*oikonomia* (...) justement dans le cas où il est impossible d'appliquer l'*akribia*»²¹⁰. Trattandosi peraltro di un potere che tocca la missione pastorale della Chiesa nella sua interezza, con tutta evidenza non si limita «all'ordine giuridico-canonico»²¹¹. Quando dunque si parla di *oikonomia* «il s'agit (...) d'un concept qui va bien au-delà des compétences mêmes du code tout entier»²¹².

Questi dati non impediscono al *Coetus minor* di sottoporre una bozza all'esame dei consultori, i quali a loro volta si cimentano in ulteriori proposte²¹³.

Nel testo base della discussione si chiariscono le condizioni di esercizio dell'*oeconomia* da parte dell'autorità e, contestualmente, il suo scopo: «oeconomia ecclesiastica, qua opus salvificum Domini Nostri Jesu Christi hominibus applicatur, sub pastoralis sollicitudine et vigilantia Hierarcharum exercenda; quapropter Hierarchae in lege canonica urgenda magis salutem animarum quam strictam observantiam litterae legis intendunt»²¹⁴. Mentre nei testi alternativi si coglie, insieme alla preoccupazione di vigilare «ne abusus et morum relaxatio christifidelium in hoc exercitio irreperint»²¹⁵, l'intenzione di «accentuare maggiormente» il riferimento alla «misericordia»²¹⁶.

²⁰⁷ *Ivi*, p. 93.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Cfr. *ivi*, p. 92.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ Vengono infatti proposti tre testi da parte di tre consultori. Il primo: «Oikonomia (ecclesiastica?) per quam lex quaedam (ecclesiastica vel canonica – tantum?) non urgetur, sed magis, sub pastoralis sollicitudine et vigilantia Hierarchiae Ecclesiae, ad opus salvificum Domini Nostri Jesu Christi provocatur, magni habenda est (atque recordari opportunum est?)». Il secondo: «§1. Oikonomia ecclesiastica intelligitur competentia Ecclesiae exercendi opus salvificum Domini Nostri Jesu Christi supplendo ex abundantia ejus gratiae et amoris id quod homini in concreto sumpto deest, ut sit in plena conformatione cum sacris canonibus; quapropter Hierarchae, in lege canonica urgenda, magis salutem animarum quam strictam oboedientiam litterae legis intendat. §2. Hierarchae debent oikonomiam cum sollicitudine, vigilantia et cautela exercere, et caveant ne abusus et morum relaxatio christifidelium in hoc exercitio irreperint». Il terzo: «Oikonomia ecclesiastica, qua opus salvificum Domini Nostri Jesu Christi applicatur ita exercentur sub vigilantia Hierarcharum loci ut ubi observantia legum humano modo difficillima evadit, misericordia divina et amor maternus Ecclesiae suppleat». V. *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio V, cit.*, in *Communicationes*, 2010/1, p. 183.

²¹⁴ *Ivi*, p. 182.

²¹⁵ *Ivi*, p. 183.

²¹⁶ Cfr. *ivi*, pp. 183 e 185.

A valle di queste proposte si arriva a riflettere anche sulla opportunità di una loro collocazione sistematica tra i canoni preliminari o, secondo qualcuno, addirittura nella sezione *de legibus ecclesiasticis*²¹⁷. Ma resta ancora da raggiungere la piena convinzione sulla sostanza dell'intero progetto, che, secondo qualcuno, «dice troppo poco agli ortodossi mentre dice troppo ai cattolici perché può dar luogo ad abusi o false interpretazioni come quella per esempio, che può permettere ad un *hierarcha loci* di sciogliere un matrimonio rato e consumato»²¹⁸.

Le perplessità non solo non si diradano nell'avanzare del dibattito ma paiono infittirsi fino all'emergere di due obiezioni dirimenti: da un lato «l'*oikonomia* non è categoria canonistica»²¹⁹, dall'altro «l'istituto della dispensa risponde alle medesime esigenze in modo del tutto soddisfacente»²²⁰.

Ora, se si considera che si era partiti proprio dall'idea di soppiantare la disciplina della dispensa in nome dell'*oikonomia*, è possibile cogliere la portata di tale ultimo rilievo, non solo come testimonianza della pluralità degli orientamenti presenti nel *Coetus*, ma soprattutto come indice prezioso del *leit motiv* che anima la revisione *de normis generalibus*.

Il tentativo di sostituire le categorie orientali a quelle apparentemente analoghe della cultura giuridica latina si scontra con un limite difficilmente superabile: il fatto cioè che le *voces*, in questo caso *oeconomia* e *dispensatio*, riguardano sì le medesime *res* ma secondo ordini tanto distinti da risultare del tutto inassimilabili.

Il riconoscimento pressoché unanime del carattere essenzialmente teologico dell'economia, della sua profonda connessione con la dimensione propriamente pastorale del governo ecclesiastico e quindi della sua eccellenza lo stretto ambito di competenza del Codice induce all'abbandono definitivo del progetto e, soprattutto, alla distinzione netta del piano giuridico attraverso la scelta di alcune parole tecniche come «*epikeia*, *aequitas canonica*, *dispensatio*» per approntare i necessari correttivi al *rigor iuris*²²¹.

3.2. Il «*bonum spirituale fidelium*» quale «*iusta et rationabilis causa*»

In tale contesto, il tema della *rationabilitas* emerge problematicamente nei dibattiti che riguardano i caratteri essenziali della consuetudine e la

²¹⁷ V. *Coetus studii «de normis generalibus»*, Sessio V, cit., Riunione antimeridiana del 31 gennaio 1978, in *ivi*, p. 185.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ Cfr. E. JARAWAN, *Révision des canons De normis generalibus – Canon préliminaires au Code tout entier*, cit., p. 94.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Cfr. *ibidem*. Non è dunque lontano dal vero chi ha constatato come il codice orientale non abbia voluto «raccolgere alcun riferimento esplicito all'*oikonomia*», P. GEFAELL, *Fondamenti e limiti dell'oikonomia*, cit., p. 436.

«causa» della dispensa anche in relazione alla fisionomia della legge che, come si è visto nella discussione sui *decreta generalia*, doveva risultare chiara ai fini di una ordinata prassi ecclesiale.

Quanto alla sostanza del fenomeno legislativo, se nei dibattiti ci si attesta sull'opzione ormai collaudata di non dare alcuna definizione di legge, limitandosi a registrarne l'efficacia dal momento della promulgazione, si percepisce all'interno del *Coetus* una certa propensione ad un approccio non formalistico del tema, come del resto, già si intuiva nella proposta di inserire i canoni *de oikonomia* nella sezione *de legibus*²²².

I segnali che meriterebbero di essere evidenziati in proposito sono molteplici. Senza dubbio già la preoccupazione, cui si è accennato, di non confondere *decretum* e *lex*, anche alla luce della storia che ha sempre mantenuto distinti i due termini, dev'essere letta in questa direzione²²³. Tra gli altri indici, basti segnalare, ai fini della presente ricerca, gli interrogativi circa la persistenza o meno dell'obbligo di osservare la legge canonica «se questa non si basi sulla fede o sul diritto naturale»²²⁴ insieme ai rilievi circa l'impossibilità nel diritto canonico di distinguere norma etica e norma giuridica²²⁵, che, al di là della loro effettiva fondatezza, rivelano l'esigenza di un approccio di ampio respiro al fenomeno legislativo.

Nello stesso senso si collocano le discussioni sui mezzi di integrazione delle lacune, particolarmente vivaci a proposito dell'*aequitas canonica*²²⁶ e del ricorso al diritto romano²²⁷. Se, per quanto riguarda la prima, i verbali si limitano a registrare il tono della discussione, la sua vivacità appunto, per il secondo offrono qualche dato ulteriore. Vi si apprende infatti come la maggioranza dei consultori non ritenga «utile e ragionevole»²²⁸ accordare rilievo primario, nell'integrazione delle lacune, ai principi di diritto romano, in quanto esso non costituisce «né l'unica né la principale fonte suppletiva» dell'ordinamento²²⁹. Non è difficile percepire qui, oltre alla preoccupazione di non dimenticare l'importanza degli apporti non strettamente romanistici, la resistenza del *Coetus* ad accettare di ridurre la fi-

²²² V. *supra*, § 3.1.

²²³ V. *supra*, § 3.1.

²²⁴ *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio I, cit., Riunione antimeridiana del 13 dicembre 1974, in Communicationes, 2008/1, p. 198.*

²²⁵ V. *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio III, (diebus 19-30 ianuarii 1976 habita), Riunione antimeridiana del 21 gennaio 1976, in Communicationes, 2009/1, p. 198.*

²²⁶ *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio V, (diebus 23 ianuarii-1 februarii 1978 habita), Riunione pomeridiana del 24 gennaio 1978, in Communicationes, 2010/1, p. 152.*

²²⁷ Cfr. *ibidem*, e *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio I, cit., Riunione antimeridiana del 13 dicembre 1974, in Communicationes, 2008/1, p. 197.*

²²⁸ *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio V, cit., Riunione pomeridiana del 24 gennaio 1978, in Communicationes, 2010/1, p. 152.*

²²⁹ *Ibidem*.

sionomia della legge entro i confini della cultura giuridica occidentale, al punto da marcare, con l'inserimento dei «canones Synodorum ac Patrum» e della «consuetudo legitima» tra i mezzi di integrazione, i connotati della soluzione orientale rispetto a quella latina²³⁰.

In questo clima si sviluppano i dibattiti sulla consuetudine e sulla dispensa dai quali emerge in modo chiaro un certo disagio dei consultori dinanzi all'uso del termine *rationabilis* pur nei luoghi ove la sua presenza era ormai pressoché data per scontata.

Per quanto riguarda la consuetudine, il *focus* della discussione riguarda proprio il punto sorgivo del fenomeno consuetudinario in rapporto alla *lex*²³¹. L'esigenza di chiarire innanzitutto questo aspetto previo a qualunque conseguenza di tipo disciplinare emerge con forza nell'esame del canone introduttivo che le bozze del CICO mutuavano dalla codificazione latina senza variazioni sostanziali²³².

Nessuno si sarebbe sognato di negare il significato del *consensus Superioris*, ma il fatto che esso costituisse il perno della costruzione piobenedettina veniva sentito come «il frutto di una mentalità medievale secondo cui tutto dipende dal Superiore»²³³, quando si sarebbe almeno dovuto distinguere «tra elemento materiale (*id quod populum facit*) ed elemento fomale (*consensus Superioris*)»²³⁴.

Ora, proprio allo scopo di cogliere l'effettiva portata dei requisiti specifici necessari a configurare una vera *consuetudo*, si auspicava una impostazione dell'intera tematica di ben altro respiro, «où l'on aurait de quelle manières indiquées la valeur des us et coutumes en général, comme héritage du peuple de Dieu»²³⁵ e davvero fondata «sur cette raison plus profonde qui pousse tellement le législateur lui-même à dire “antiqua consuetudo servetur” (Nicée I, can. 6) dans la conviction aussi que beaucoup des coutumes nous lient directement au temps des Apôtres»²³⁶.

In tale ottica viene riesaminata la formulazione delle condizioni di va-

²³⁰ Il testo base viene infatti così concepito: «Si certa de re desit expressum praescriptum legis, causa, nisi sit poenalis, dirimenda est secundum consuetudinem legitime inductam, canones Synodorum ac Patrum, generalia principia iuris canonici cum aequitate canonica servata, iurisprudencia ecclesiastica (communi constantique doctorum sententia)», v. *ibidem*.

²³¹ *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio II, (diebus 10-15 martii 1975 habita), in Communicationes, 2008/2, pp. 400-414.*

²³² Si tratta del testo seguente: «Consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis Superioris ecclesiastici unice obtinet», *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio II, cit., Riunione antimeridiana dell'11 marzo 1975, in ibi, p. 401.*

²³³ *Ivi*, p. 402.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ E. JARAWAN, *Révision des canons De normis generalibus – Canon préliminaires au Code tout entier*, cit., p. 101.

²³⁶ *Ibidem*.

lità così come risultavano riprodotte nelle bozze del CICO.

Nonostante la convinzione di qualcuno che «la *consuetudo* non sia materia specificamente orientale»²³⁷ e che quindi tutto sommato «si possa adattare ciò che ha elaborato la PCCICR nei relativi canoni»²³⁸, il linguaggio latino viene sottoposto ad una verifica severa anche nei casi in cui la portata semantica delle parole avrebbe dovuto appartenere sostanzialmente ad entrambe le tradizioni giuridiche.

L'attenzione dei consultori si appunta sull'aggettivo *rationabilis* nei luoghi ove descrive la qualità essenziale del comportamento idoneo a produrre diritto, *contra o praeter legem*.

Infatti, sotto il profilo dell'efficacia *contra legem*, nelle bozze in discussione²³⁹, non si dà possibilità di deroga al diritto canonico da parte di una consuetudine che non sia *rationabilis* «et legitime per annos quadraginta continuos et completos praescripta»²⁴⁰ e nemmeno è ammissibile la prevalenza su una legge munita di clausola proibitiva delle consuetudini future a meno che non si tratti di una «*rationabilis consuetudo centenaria aut immemorabilis*»²⁴¹, fermo restando che la consuetudine espressamente riprovata dal diritto «non censetur *rationabilis*»²⁴².

Quanto all'efficacia *praeter legem*²⁴³, ottiene «forza di legge» la consuetudine, «*quae scienter a communitate cum animo se obligandi servata sit*»²⁴⁴, a condizione che sia «*rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos praescripta*»²⁴⁵.

Dunque il riferimento alla *rationabilitas*, nella sua essenzialità, parrebbe in questi luoghi difficilmente attaccabile. Eppure fin dal primo dibattito, si è costretti a prendere atto che «alcuni hanno una difficoltà con *ra-*

²³⁷ *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio II, cit., in Communicationes, 2008/2, p. 400.*

²³⁸ *Ibidem.*

²³⁹ Il testo in questione è il seguente: «§ 1. Iuri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest ullo modo derogare; sed neque iuri canonico derogat, nisi fuerit *rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos praescripta; contra legem vero ecclesiasticam quae clausulam contineat futuras consuetudinem prohibentem, sola praescribere potest rationabilis consuetudo centenaria aut immemorabilis.* § 2. Consuetudo quae in iure expresse reprobatur, non censetur *rationabilis*», *ivi*, p. 403.

²⁴⁰ *Ibidem.*

²⁴¹ *Ibidem.*

²⁴² *Ibidem.*

²⁴³ Il testo di riferimento è il seguente: «§ 1. Consuetudo *praeter legem*, quae scienter a communitate cum animo se obligandi servata sit, vim legis obtinet si fuerit *rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos praescripta.* § 2. Tempus praescriptionis decurrere incipit a momento quo communitas vel maior eius pars consentit in actus quibus consuetudo efformatur», *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio II, cit., Riunione pomeridiana dell'11 marzo 1975, in Communicationes, 2008/2, p. 404.*

²⁴⁴ *Ibidem.*

²⁴⁵ *Ibidem.*

tionabilis»²⁴⁶ e, addirittura, che qualcuno lo ometterebbe *tout court*²⁴⁷.

I verbali peraltro non registrano i motivi di quella non meglio precisata difficoltà né le ragioni dell'auspicata eliminazione dell'aggettivo *rationabilis*, soffermandosi piuttosto sulle possibili linee di riformulazione dei canoni a prescindere da quel riferimento in relazione alla consuetudine *contra* o *praeter legem*²⁴⁸. Tuttavia un'adeguata ricostruzione dell'andamento dei lavori sul canone previo e sulle condizioni di efficacia della consuetudine, che procedono in stretta connessione, insieme allo studio di un voto inedito del consultore Phlöchl, di cui si dirà oltre, offrono quanto meno la possibilità di contestualizzare il problema.

In tale prospettiva, vanno lette le prime proposte articolate che raccolgono le osservazioni emerse nei dibattiti precedenti.

Si tratta di alcuni canoni che nelle intenzioni dei rispettivi estensori avrebbero dovuto rispondere, indipendentemente l'uno dall'altro, alle esigenze di descrivere la fisionomia essenziale del fenomeno consuetudinario e di determinarne la forza giuridica in rapporto alla legge.

Meritano particolare attenzione due proposte che colpiscono per la marcata diversità di accenti²⁴⁹.

La prima, discostandosi nettamente dall'impostazione latina, riflette il tentativo di cogliere il dinamismo sorgivo della consuetudine nel *vivum sensum fidei* del popolo cristiano, la sua potenzialità generativa di diritto nell'alveo del vasto patrimonio disciplinare delle Chiese Orientali e dunque di apprezzarne il valore a livello ermeneutico²⁵⁰.

La seconda, nel solco della tradizione occidentale, prospetta l'elenco delle *conditiones sine quibus non* dell'esistenza stessa della *consuetudo*, anteponendo al soggetto attivo del comportamento, al decorso del tempo, alla non contrarietà al diritto divino ed al diritto comune racchiuso nel *Codex*, la nota distintiva della *rationabilitas*, in quanto essenziale al suo

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ V. *ibidem*.

²⁴⁸ Il «Sesto Consultore», infatti, propone che si dica: «*ius a canonibus antiquis statutum nulla consuetudo abrogare potest*» e «*ius ab hoc Codice communi statutum nulla consuetudine abrogari potest*». *Ibidem*.

²⁴⁹ Una ulteriore redazione, proposta dal quinto consultore, prospetta una disposizione così concepita: «1. Firmo praescripto canonis, vim legis obtinet consuetudo praeter legem, immo e contra legem, dummodo agatur de lege particolari et de consuetudine non reprobata. 2. Consuetudo quidem centenaria et immemorabilis tantum modo expresse revocatur. Desuetudo, seu cessatio legis applicationis per annos XX legem abrogat», *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio II, cit., Riunione antimeridiana del 14 marzo 1975, in Communicationes, 2008/2, p. 409.*

²⁵⁰ Si tratta della proposta del sesto Consultore: «§1. Inter principales fontes juris Ecclesiarum Orientalium habetur patrimonium nobis transmissum per traditionem Patrum, disciplinam antiquam et legitimas consuetudines populi christiani. §2. Hae consuetudines vivum sensum fidei populi christiani expriment et proinde jus moribus introductum constituunt. §3. Consuetudo est optima legum interpretis». *Ibidem*.

realizzarsi, quale che sia la rilevanza di essa *contra* o *prater legem*²⁵¹.

Ci si sarebbe attesi dunque che l'una proposta escludesse l'altra, anche in ragione delle perplessità emerse proprio sul riferimento alla *rationabilitas*. Il *Coetus* imbocca invece una strada diversa, sviluppando gli apporti di entrambe le prospettive in funzione di un «riordinamento più logico della materia e contemporaneamente più semplice»²⁵² che, nei voti dei consultori, avrebbe dovuto rendere ragione della «forza della consuetudine nella codificazione orientale»²⁵³.

Da un punto di vista generale, il gruppo di lavoro si orienta nella direzione opposta rispetto a quella seguita in sede latina, nel solco tracciato a suo tempo dal Wernz. La progressiva sostituzione del riferimento alla *vis legis* con quello più ampio alla *vis iuris*, di segno opposto rispetto a quella seguita nella codificazione piobenedettina, ai fini di una migliore descrizione del vigore del fenomeno consuetudinario nel dinamismo ordinamentale, dimostra la maturazione piena di quell'indirizzo già emerso nei lavori preconciliari e favorevole ad una considerazione integrale dell'esperienza giuridica, comprensiva tanto delle consuetudini costitutive che di quelle abrogative ed in ogni caso non ridotta alla *lex scripta*²⁵⁴.

Per quanto riguarda la bozza sull'origine del fenomeno consuetudinario, mano a mano che si procede nella discussione, emerge in modo chiaro quanto sia in gioco non «una semplice definizione» ma l'«importanza» stessa «delle consuetudini per il popolo cristiano»²⁵⁵ ovvero «del *vivus sensus fidei* del popolo di Dio che è preso dalla Chiesa nella più seria considerazione»²⁵⁶. Tuttavia anche questa formulazione che si richiama esplicitamente al *sensus fidei* suscita non poche perplessità all'interno del *Coetus specialis* probabilmente a causa del suo carattere più teologico che giuridico. Tant'è vero che dapprima si propone di sostituire *fidei* con *ec-*

²⁵¹ Il terzo consultore presenta il canone seguente: «Nulla consuetudo vim legis obtinere potest nisi sit: rationabilis, inducta a communitate christiana legis saltem recipienda capaci, praxi continua et pacifica per annos quadraginta, a Superiore admissa, non opposita iuri divino, sive naturali sive positivo, nec iuri communi huius Codicis». *Ibidem*.

²⁵² *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio II, cit., Riunione antimeridiana del 10 marzo 1975, in ivi, p. 401.*

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ Cfr., in proposito, *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio II, cit., Riunione antimeridiana del 15 marzo 1975, in ivi, p. 413; Sessio V, cit., Riunione pomeridiana del 31 gennaio 1978, in Communicationes, 2010/1, p. 191; Coetus specialis «de normis generalibus», cit., Seduta antimeridiana del 13 marzo 1980, in Communicationes, 2012, pp. 615-617; Coetus specialis «de normis generalibus, de bonis temporalibus, necnon de delictis et poenis», Sessio II, (diebus 24 novembris-5 decembris 1980 habita), Riunione antimeridiana del 4 dicembre 1980, in Communicationes, 2014, p. 269.*

²⁵⁵ *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio V, cit., Riunione pomeridiana del 31 gennaio 1978, in Communicationes, 2010/1, p. 191.*

²⁵⁶ *Ibidem*.

clesiasticum, riferendosi così ad una realtà meno sfuggente dal punto di vista del diritto, il senso della Chiesa, per decidere poi di omettere l'intero paragrafo²⁵⁷. Ciononostante, un ulteriore affondo alla ricerca del vero motore del dinamismo consuetudinario ottiene il voto unanime del *Coetus specialis* e prepara la redazione che verrà infine codificata: «*Consuetudo communitatis christianae, quae actuositati Spiritus Sancti in corpore ecclesiali respondet, normam iuridicam constituit iuxta canones qui sequuntur*»²⁵⁸. Scaturisce da qui la «radicale diversità di impostazione» delle problematiche relative alla fonte consuetudinaria²⁵⁹, che caratterizza la codificazione orientale rispetto a quella latina e che si evince in modo solare dalla omissione di ogni espresso riferimento al ruolo del legislatore circa l'efficacia normativa della consuetudine. Ma, ai fini della presente ricerca, dev'essere sottolineata specialmente la scelta di collocare in questa medesima sede la previsione tradizionale dell'impossibilità per qualsiasi consuetudine di derogare al diritto divino quasi ad evidenziarne l'assoluta coerenza con la dinamica, anch'essa in ultima analisi divina, che dà origine al comportamento rilevante, in quanto l'agire della comunità deve corrispondere all'«*actuositas Spiritus Sancti*». Si giunge così a dare rilievo autonomo ma implicito a quel tratto della *rationabilitas*, prioritario rispetto a tutti gli altri, e cioè l'essenziale conformità al diritto divino di qualunque fenomeno normativo, in questo caso del comportamento destinato ad acquisire forza giuridica.

Tale scelta dà risalto ulteriore al mantenimento, nella redazione definitiva del canone sui requisiti per l'efficacia giuridica della consuetudine, del richiamo alla *rationabilitas*, così come era stato proposto all'avvio dei lavori, primo nell'elenco e del tutto essenziale nella formula, cui si aggiunge l'esplicita definizione di *irrationabilitas* della «*consuetudo quae a iure expresse reprobatur*»²⁶⁰.

Per contro si deve constatare, nel medesimo canone, una maggior cura del legislatore riguardo ad altri aspetti che evidentemente, forse per la loro rilevanza pratica, stavano più a cuore al *Coetus*, come la congruità del tempo richiesto per l'osservanza della condotta rilevante e dunque una

²⁵⁷ V. *Coetus specialis «de normis generalibus»*, cit., *Seduta antimeridiana del 13 marzo 1980*, in *Communicationes*, 2012, p. 615.

²⁵⁸ *Coetus specialis «de normis generalibus»*, cit., *Riunione antimeridiana del 14 marzo 1980*, in *ivi*, p. 621. Cfr. *Coetus specialis «de normis generalibus et de bonis temporalibus»*, *Schema canonum de normis generalibus et de bonis temporalibus*, Scuola Tipografica Italo-Orientale «San Nilo», Grottaferrata (Roma), MCMLXXXI (d'ora innanzi *Schema canonum 1981*), can. 142, in *Communicationes*, 2014/2, p. 563.

²⁵⁹ Cfr. G. COMOTTI, *Note in margine alla disciplina della consuetudine nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., p. 62; V. DE PAOLIS, *Law, custom and administrative acts (cc. 1488-1539)*, in AA.VV., *A guide to the Eastern Code*, cit., pp. 828-829.

²⁶⁰ Cfr. *Coetus specialis «de normis generalibus»*, cit., *Seduta antimeridiana del 13 marzo 1980*, in *Communicationes*, 2012, p. 616 e Can. 1507, § 2, CCEO.

sua opportuna riduzione o come la marginalità dell'unico cenno al ruolo del *consensus legislatoris* in deroga appunto al decorso dei suddetti limiti temporali²⁶¹, secondo le esigenze più volte manifestate nei dibattiti²⁶².

Questo dato non sorprende se si rammenta il disagio che sin dall'inizio dei lavori si era concentrato sulla parola *rationabilis*. Un disagio che non doveva essersi diradato nel corso dei lavori ed anzi era forse cresciuto come documentano i verbali delle riunioni in cui il *Coetus* è chiamato a scegliere i testi base per la disciplina da codificare e nei quali resta l'eco di un'ampia discussione specialmente sui termini riferiti alla consuetudine, «scienter», «cum animo se obligandi» ed ancora una volta «rationabilis»²⁶³. Peraltro, dalla lettura integrale del protocollo relativo alla codificazione di questi canoni ed in particolare della proposta Plöchl²⁶⁴, ivi contenuta²⁶⁵, emerge in modo evidente il tentativo di mettere a fuoco il parametro sostanziale della *rationabilitas*, e cioè il suo nesso con il bene comune. Tale proposta, che riguarda le condizioni di efficacia della consuetudine, vorrebbe sciogliere la locuzione «sit rationabilis» nell'altra più esplicita «ex rationabili causa in bonum commune ipsius communitatis»²⁶⁶. Secondo il Plöchl «rationabilis causa è meglio che solo “sit rationabilis”»²⁶⁷, in quanto implica il riferimento al fine della condotta giuridicamente rilevante. In tale ottica, l'espressione «in bonum commune» riveste un duplice significato: «primo che la cosa si fa con *animo obligandi* per il bene di tutti nella consuetudine *praeter ius*»²⁶⁸, e secondo «che la cosa si fa con *animo “se liberandi”* per il bene di tutti nelle consuetudini *contra ius* (che sono desuetudini)»²⁶⁹.

Se questa proposta non trova accoglimento, l'esigenza che vi è sottesa permane, come risulta chiaramente dai lavori del *Coetus* dedicati alla dispensa. Ad essi si deve guardare per comprendere le ragioni di quella dif-

²⁶¹ V., in proposito, V. DE PAOLIS, *Law, custom and administrative acts (cc. 1488-1539)*, cit., pp. 829-830.

²⁶² Cfr. *Coetus studii «de normis generalibus»*, Sessio II, cit., *Riunione antimeridiana dell'11 marzo 1975*, in *Communicationes*, 2008/2, pp. 402-403 e *Riunione pomeridiana dell'11 marzo 1975*, in *ivi*, pp. 403-404; *Coetus studii «de normis generalibus»*, Sessio V, cit., *Riunione antimeridiana del 30 gennaio 1978*, in *Communicationes*, 2010/1, p. 180.

²⁶³ *Coetus studii «de normis generalibus»*, Sessio II, cit., *Riunione pomeridiana dell'11 marzo 1975*, in *Communicationes*, 2008/2, pp. 403-404.

²⁶⁴ Di Willibald M. Plöchl si deve almeno ricordare la traduzione italiana della sua *Storia del diritto canonico*, in due volumi, rispettivamente *Dalle origini della Chiesa allo scisma di Oriente*, vol. I e *Il diritto canonico nella civiltà occidentale*, vol. II, Massimo ed., Milano, 1963.

²⁶⁵ Si tratta del prot. 1151/75/3, un dattiloscritto comprensivo di 8 pagine, conservato presso l'Archivio PCCICOR, reso accessibile grazie alla sollecitudine del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei testi legislativi.

²⁶⁶ Prot. 1151/75/3 in *Archivio PCCICOR*, cit., p. 4.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Ibidem*.

ficoltà, che si potrebbe ormai definire persistente, nell'uso della categoria *rationabilitas*.

Il protocollo dedicato alla dispensa, che riunisce i canoni redatti sulla falsariga del codice piobenedettino alla luce delle riforme già approvate in seno alla Commissione latina, non dà adito a particolari discussioni²⁷⁰. Il che si spiega agevolmente se si considera la portata, in questa fase, dell'investimento sullo studio di un progetto alternativo *de oikonomia*²⁷¹.

Peraltro, le aspettative di poter offrire così un temperamento al *rigor iuris*, davvero efficace e finalmente corrispondente alla sensibilità orientale, sono destinate, di lì a poco, come si è visto, a venir deluse.

Dunque non sorprende che i nodi irrisolti emergano problematicamente dinanzi al *Coetus specialis* incaricato del riesame del protocollo già accettato senza particolari difficoltà dal precedente gruppo di lavoro.

L'obiezione di fondo è sempre la medesima ed è ben sintetizzata nel rilievo che «tutta la sezione *de dispensationibus* in sé e per sé non è orientale»²⁷².

Le maggiori criticità in tale ottica riguardano proprio l'inciso «sine iusta et rationabili causa» riferito alle condizioni di validità della dispensa²⁷³.

Questa «semplice ripetizione del CIC»²⁷⁴ non piace, avendo «dato luogo a tante distinzioni casuistiche (*causae motivae, impulsivae, intrinsecae, extrinsecae, canonicae*)»²⁷⁵, fino a determinare un approccio al tema della causa ridotto alla classificazione «materiale» di essa: «c'è causa canonica? Basta?»²⁷⁶. Un approccio generico che tende a relegare la questione sostanziale «del bene spirituale e dell'assenza di scandalo» nella sfera della «presunzione»²⁷⁷.

Per uscire dalla genericità e restituire il peso dovuto alla *ratio* del provvedimento basterebbe, secondo un consultore, rifarsi all'interpretazione autentica del senso di «iusta et rationabilis causa» data da Paolo VI e cioè riferirsi direttamente al «bonum spirituale fidelium»²⁷⁸. Il canone andreb-

²⁷⁰ *Coetus studii «de normis generalibus», Sessio V*, cit., *Riunione antimeridiana del 1 febbraio 1978*, in *Communicationes*, 2010/1, p. 195.

²⁷¹ *V. supra*, § 3.1.

²⁷² *Coetus specialis «de normis generalibus, de bonis temporalibus, necnon de delictis et poenis», Sessio II*, cit., *Riunione antimeridiana del 5 dicembre 1980*, in *Communicationes*, 2014, p. 273.

²⁷³ *V. ibidem*.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ *Ibidem*. Ci si riferisce qui al *De Ep. Mun. VII* che allega in nota *Ch. D. 8b*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1966, p. 469.

be dunque riformulato nei termini seguenti: «A lege ecclesiastica ne dispensetur nisi ad spirituale fidelium bonum, habita ratione boni spiritualis ipsius communitatis, pro concretis adiunctis et gravitate legis a qua dispensatur»²⁷⁹. Verrebbe meno dunque ogni riferimento esplicito alla «causa» in senso tecnico con i suoi attributi «iusta et rationabilis».

Questa ipotesi, tuttavia, non convince del tutto. Infatti, si potrebbe accettare la redazione, proposta sulla falsariga di quella latina, così com'è, in considerazione della sua conformità con le disposizioni conciliari in materia, segnatamente il Decreto *Christus Dominus* n. 8 lettera b relativo alla facoltà dei vescovi di dispensare i fedeli da una legge universale qualora ciò sia conveniente per il loro bene spirituale. Ovvero, pur mantenendo il testo in discussione, vi si potrebbe aggiungere un secondo paragrafo esplicativo desunto dal *motu proprio* di Paolo VI *De episcopalis potestatis*, «nel quale si interpreta la “iusta et rationabilis causa” con “causa legitima est bonum spirituale fidelium”»²⁸⁰. Si noti che in questa versione, analogamente a quanto emerso nella *revisio* latina²⁸¹, si manterrebbe il riferimento alla «causa» in senso tecnico, qualificata però come «legitima» e non più come «iusta et rationabilis».

Dinanzi a queste proposte i verbali registrano «una grande esitazione e perplessità circa la via da prendersi»²⁸². Si conviene infine di ritenere il testo base come primo paragrafo «sicut iacet»²⁸³ e di aggiungerne un secondo del seguente tenore: «bonum spirituale fidelium est iusta et rationabilis causa»²⁸⁴.

Sulla base dei dati a disposizione risulta peraltro evidente come tale scelta conclusiva non dipenda tanto dalla rivalutazione sostanziale della formula latina, quanto piuttosto dalla preoccupazione, presente nel *Coetus*, di «non discostarsi molto dalla PCCICR in cose di natura redazionale»²⁸⁵.

Del resto, non è difficile avvertire come l'intera discussione avesse ad oggetto la causa in senso tecnico a prescindere dalle note caratterizzanti «iusta et rationabilis», ovvero la rinuncia o meno ad una categoria dogmatica, che si era progressivamente rarefatta nella riflessione dottrinale di matrice latina²⁸⁶, frammentandosi in una casistica tutto sommato estra-

²⁷⁹ *Coetus specialis «de normis generalibus, de bonis temporalibus, necnon de delictis et poenis»*, Sessio II, cit., Riunione antimeridiana del 5 dicembre 1980, in *Communicationes*, 2014, p. 273.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ V. *supra*, cap. II, § 3.2.

²⁸² *Ivi*, p. 274.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ *Ibidem*. Cfr. *Schema canonum 1981*, can. 173, in *Communicationes*, 2014/2, p. 571.

²⁸⁵ *Coetus studii «de normis generalibus»*, Sessio V, cit., Riunione antimeridiana del 26 gennaio 1978, in *Communicationes*, 2010/1, p. 163.

²⁸⁶ V. *supra*, cap. II, § 3.2.

nea alla sensibilità orientale. Come si evince chiaramente dal fatto che dapprima se ne prospetta l'eliminazione senza particolari remore, e poi si decide di mantenerla, facendo però a meno degli indici tradizionali.

D'altro canto, la scelta di esplicitare nel «*bonum spirituale fidelium*» la portata sostanziale della causa poteva, nell'ottica del *Coetus*, riguardare indifferentemente la «causa legitima» o, come poi si deciderà, la «causa iusta et rationabilis». Segno palese, nella *mens* dei consultori, della fungibilità degli attributi e, in ultima analisi, della loro irrilevanza ai fini della comprensione della natura della questione.

Ed è a questo livello che è possibile offrire una chiave di lettura del disagio che circonda l'uso della parola *rationabilis* in tutto l'arco dei lavori.

Un disagio che non sembra dipendere tanto da un oblio del suo significato a livello teorico quanto da una estraneità persistente al suo attuarsi storico nell'esperienza giuridica.

Se si pensa allo spessore semantico di questa parola, e cioè al fatto che attraverso di essa si comunicavano l'evidenza del *bonum spirituale fidelium* e l'esigenza della proporzione ad esso di ogni azione giuridicamente rilevante, l'urgenza avvertita dal *Coetus* di esplicitare cosa si intenda per «iusta et rationabilis causa» sembra la migliore documentazione dell'oscuramento nella percezione dei più della pienezza di significato che essa porta con sé.

L'origine del disagio dunque non va rintracciata nella portata semantica del riferimento alla *rationabilitas* quanto nel progressivo svuotamento di essa. E così alla fine del percorso, in un contesto come quello orientale, dominato dall'esigenza di cogliere l'esperienza giuridica nel suo dinamismo originale e di servirla nella sua interezza, si è costretti, per non rinunciarevi almeno nell'ottica di conformità redazionale con il Codice latino, a riempire il vuoto di quel *rationabilis* che ormai di per sé direbbe poco o nulla, in un modo che forse prima della codificazione sarebbe parso una pura e semplice tautologia.

CONCLUSIONI

RATIONABILITAS. IL LINGUAGGIO CONDIVISO

«Quid sibi vult verbum rationabilis?» si chiedevano i vescovi olandesi nel vivo della revisione postconciliare, rendendo esplicita ed urgente una richiesta di significato che in realtà, come si è potuto verificare nell'intera traiettoria sin qui ripercorsa, appartiene ad ogni fibra della trama di apporti ed interazioni da cui scaturisce l'assetto della *rationabilitas* nel diritto canonico codificato.

Nell'ambito del processo della sua formazione, che si è inteso ripercorrere sin dalle fasi prodromiche e nella diverse modulazioni latine ed orientali, essa riflette, prima di ogni altra considerazione, quella ricerca di equilibrio che tocca la vita dell'ordinamento nel suo punto sorgivo, là dove cioè si delinea la proporzione dei mezzi, contingenti e sempre perfettibili, al fine essenzialmente immutabile dell'ordinamento medesimo¹. Proprio a questo livello si documenta la presenza della *rationabilitas* nei criteri ispiratori delle grandi riforme del novecento; si pensi all'esigenza della proporzione del corpo legislativo sul versante latino, all'esercizio della *prudentia* sul versante orientale e al tentativo, su entrambi i fronti, di un'adequata traduzione tecnica della novità del Vaticano II. Alla luce di questi dati, non si può quindi negare la persistenza anche nella mentalità canonistica più recente di quella nota di fondo da cui scaturisce il dinamismo stesso del diritto ecclesiale e cioè la sua originale capacità di «variare nei mezzi e nelle misure secondo che lo richiede l'essenziale suo fine»², ovvero di «sviluppare di continuo dal fondo immutabile dei vitali suoi principi nuove maniere di operare secondo che lo esigano le condizioni dei tempi e i rispettivi bisogni de' popoli»³.

Quanto poi alla traduzione normativa della *rationabilitas* nei sistemi

¹ Del resto, «le definizioni e le norme giuridiche canoniche riflettono da una parte, e solo parzialmente, la realtà teologica sottostante che può essere intesa come una sorta di costituzione materiale della Chiesa, e dall'altra devono tener conto di una poliedricità strutturale e di una continua evoluzione storico-normativa sostanzialmente irripetibile in altri ordinamenti positivi», C. CARDIA, *Il governo della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 12.

² *Sententia Caroli Augusti Cardinalis De Reisach*, in MANSI, vol. 49, c. 42.

³ *Ibidem*.

codificati, nessuno dei processi legislativi, qui indagati, taglia il cordone ombelicale con la tradizione, eppure l'esito di ciascuno di essi, nel particolare contesto ecclesiale e nel più vasto clima culturale che lo ha generato, avvalorava la domanda cruciale dell'episcopato olandese.

Del resto, come sottolineava Capograssi, ciò che risultava chiaro in sede puramente teorica – e cioè la coincidenza della *rationabilitas* con «la norma fondamentale» dell'ordinamento canonico al punto che «se la legge la contraddice non è legge»⁴ – prescindeva «dalla storia di questo tormentatissimo concetto»⁵. Prescindeva cioè «dalla storia degli sforzi e quindi della incertezza e dei molteplici tentativi, che lo spirito pratico ha compiuto per arrivare a rendersi ragione chiara di questa esigenza e degli oscuri contenuti e delle implicazioni delle posizioni dell'esperienza; e di cui è traccia così ricca e così accidentata nella storia dei vari ordinamenti positivi delle varie società europee, e del pensiero giuridico che ha partecipato alla vita dei medesimi»⁶.

Dunque, la crescente esilità dei riferimenti a questa dimensione essenziale dell'esperienza giuridica nelle codificazioni del secolo scorso documenta il progressivo, diverso atteggiamento del legislatore dinanzi a quella concezione originale della norma, propria del diritto canonico, «de tales valores sustanciales, que no admite posible paragon con ninguna otra de las realizaciones de la cultura jurídica de la humanidad»⁷.

La scelta di non riprodurre, nei tre Codici del '900, la definizione sostanziale di legge, limitando il richiamo della *rationabilitas* all'ambito della consuetudine antinomica e della *causa dispensandi*, obbedisce, come si è visto, a valutazioni contingenti, che tuttavia segnano una linea di demarcazione netta rispetto al diritto precodificiale.

Se si guarda alla codificazione piobenedettina, non si può negare che l'eredità giuridica sulla *rationabilitas* appartenga alla dimensione implicita dello sforzo costruttivo del legislatore⁸. Uno sforzo peraltro finalizzato a risolvere i nodi problematici, via via emergenti, con una buona dose di pragmatismo, più che a custodire il patrimonio concettuale cui pure costantemente attingeva per poterli affrontare. Ma, proprio in forza della persistenza di quell'eredità nelle fibre del *Codex*, la dottrina successiva è in grado di ricostruire dogmaticamente la categoria in questione, a partire

⁴ G. CAPOGRASSI, *Prefazione* a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Casa Editrice Giromondi, Roma, 1968, p. 28.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ P. LOMBARDÍA, *Norma canónica*, in ID., *Escritos de derecho canónico*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1974, vol. III, p. 468.

⁸ Cfr. P. VALDRINI, *Certezza e ragionevolezza della legge. Pio X e l'elaborazione del Codex Iuris Canonici*, in *Diritto e Religioni*, 2015, pp. 103-112.

dalla scarna disciplina codicistica, sulla base dei dati tradizionali contemplati nella loro integralità.

Dunque al momento della formazione del primo *Codex Iuris Canonici* è ancora viva, a livello teorico, una concezione non frammentata del fenomeno normativo in quanto fondata sulla *rationabilitas* che, secondo l'efficace espressione di Pietro Benedetti, poteva senz'altro ascriversi alle «cose note»⁹. Tuttavia l'approccio formalistico al tema, dovuto specialmente agli interventi perentori di Gasparri sui punti nevralgici della *consuetudo contra legem*, tende a sbarrare la strada all'avventura interpretativa sulla quale puntava invece il Wernz, a partire dalla certezza dell'evidente riconoscibilità, nell'esperienza giuridica, della *rationabilitas* o meno di una consuetudine.

L'aggettivo *rationabilis*, come attesta la dottrina *post codicem*, continua ad evocare l'ampio spettro semantico che è frutto di quella plurisecolare ricerca dell'«accordo tra *ius divinum* e *ius humanum*»¹⁰, «tanto caratteristico del diritto canonico classico»¹¹. Un accordo essenzialmente dinamico che mentre dotava le norme del legislatore «di una specialissima autorità»¹², facendole in qualche modo «partecipare della sottomissione che la creatura deve al suo Creatore»¹³, provocava «un atteggiamento di libertà di fronte alla norma umana»¹⁴ ed escludeva «eccessive concessioni all'assolutismo legale»¹⁵. Ora, è proprio a livello di questo temperamento vitale e imprescindibile, tanto per il diritto canonico classico quanto per quello successivo, che il Codice inaugura un nuovo assetto, incrementando la presunzione di ragionevolezza delle sue norme al punto tale da ridimensionare drasticamente le risorse dell'ordinamento funzionali a contestualizzare la norma umana nel più vasto orizzonte dell'esperienza giu-

⁹ V. *supra*, cap. I, § 3.1.

¹⁰ P. LOMBARDÍA, *Norma e ordinamento giuridico*, in *Id.*, *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesíastico del Estado*, Eunsa, Pamplona, 1991, vol. IV, p. 252.

¹¹ *Ibidem*. Assai significativa in tal senso è la ripresa vigorosa della tradizione canonistica più genuina sulla *rationabilitas*, poco dopo la conclusione del Vaticano II, nel saggio di Giorgio Feliciani dedicato all'analogia. Il giovane canonista della Cattolica sottolinea con forza che «sarebbe errore gravissimo il pretendere di ridurre la "rationabilitas" canonica a mera coerenza logica o a semplice rispondenza alle esigenze storiche». Infatti «nel diritto canonico la coerenza è innanzitutto e soprattutto coerenza assiologica a quei valori supremi che costituiscono il contenuto della norma suprema»; «e la rispondenza alle esigenze storiche in vista di quella gloria di Dio che costituisce il fine ultimo del diritto, come di ogni gesto e manifestazione della vita della Chiesa». Quindi, «per i canonisti la "rationabilitas" è ultimamente e necessariamente "giustizia", "aequitas", coerenza con i valori supremi»: «e del resto anche gli antichi giureconsulti, il cui pensiero era impregnato della concezione medievale e cristiana degli uomini e delle cose, identificavano sostanzialmente "rationabilitas" e "iustitia"», G. FELICIANI, *L'analogia nel diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 94-95.

¹² P. LOMBARDÍA, *Norma e ordinamento giuridico*, cit., p. 252.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

ridica ecclesiale¹⁶. In tale ottica dunque non si riduce lo spettro semantico dell'aggettivo *rationabilis* ma di fatto si interrompe quel dinamismo che ne alimentava il progressivo arricchimento.

Lo scenario muta radicalmente nel corso della revisione postconciliare. Il rinnovamento del Vaticano II esige dai giuristi costruzioni tecniche adeguate alla traduzione degli insegnamenti conciliari nella vita del «popolo di Dio». Tra i molteplici fattori in gioco già evocati, preme qui sottolineare sul versante strettamente giuridico, la crescente consapevolezza che nella revisione del Codice piobenedettino si poneva in modo ineludibile il problema del linguaggio: la scelta delle parole doveva evidentemente lasciare rifluire la novità del Concilio. D'altro canto, la revisione matura in quel clima di antiggiuridismo che si diffonde a partire dalla metà degli anni Sessanta del secolo scorso: «uno strano oscuramento del pensiero»¹⁷ – come lo chiamerà Benedetto XVI dinanzi ad una delle sue conseguenze più negative, quale la mancata applicazione del diritto penale canonico – nasceva dalla convinzione allora dominante che «la Chiesa non dovesse essere una Chiesa del diritto, ma una Chiesa dell'amore»¹⁸.

In tale contesto culturale i canonisti si impegnano, come si è visto, in una riflessione profonda sulla norma canonica che tenta finanche un recupero positivo della *rationabilitas* come chiave di volta dell'ordinamento ecclesiale. Un tentativo quest'ultimo, nobilissimo e del tutto pertinente, ma che deve fare i conti con le conseguenze della mentalità formalistica prevalente nella modernità. Il progressivo sfocarsi del rapporto tra fede e ragione fino alla incomunicabilità totale che si consuma nella cultura, non solo giuridica, di quegli anni, sul quale non è evidentemente possibile addentrarsi in questa sede, fa da sfondo all'audace proposta di Eugenio Corecco di sostituire nella definizione classica di legge canonica la *ratio* con la *fides*.

La preoccupazione del canonista elvetico è quella di riscoprire la dimensione teologica del diritto canonico, ma il dato di fatto da cui egli deve partire è che la modernità aveva del tutto perduto i connotati della ragione così come la concepiva Tommaso d'Aquino e di conseguenza aveva smarrito quella concezione unitaria dell'esperienza giuridica da cui scaturiva la definizione tomista di legge: come avrebbe potuto la legge canonica trovare nell'ordine di una ragione positivista l'elemento principale della sua definizione?

¹⁶ V., in proposito i rilievi incisivi di Pedro Lombardía. In particolare, con riguardo alla paralisi del diritto consuetudinario, dopo il 1917, egli osservava che un diritto come quello elaborato nel 1917 que se aplica fundamentalmente por via administrativa no puede dar cabida a más costumbres que las de los propios funcionarios, difícilmente puede ser sensible a otras», P. LOMBARDÍA, *Las fuentes en el proyecto del nuevo Código*, in ID., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, cit., vol. IV, pp. 570-571.

¹⁷ BENEDETTO XVI, *La luce del mondo. Il Papa, la Chiesa e i segni dei tempi. Una conversazione con Peter Seewald*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, p. 47.

¹⁸ *Ibidem*.

La vicenda della revisione delle norme generali ben riflette le aporie emerse nel dibattito dottrinale: si pensi al progressivo distacco dalla definizione di Tommaso giudicata «nimis lata» da Onclin¹⁹ e all'ipotesi di sostituire *ordinatio* con *norma* in un tentativo estremo di dettare una nozione di legge al tempo stesso formale e sostanziale²⁰, secondo quella visione garantistica della norma canonica che costituiva l'obiettivo principale della riforma del libro I del *Codex*²¹.

In tale contesto non può sorprendere l'«oscurità» che, secondo uno storico come Jean Gaudemet, ormai circondava l'aggettivo *rationabilis*²². La decisione di conservare questa parola si deve, come si è visto, all'insistenza di Pedro Lombardía sul fatto che l'attributo *rationabilis* «in traditione canonica sensum sibi proprium habet»²³.

Del resto, la traduzione nel Codice della distinzione di funzioni e la conseguente elaborazione di una nozione formale di legge, non implicavano affatto, nella riflessione scientifica del canonista spagnolo, la sostituzione «de la tradicional rationabilitas por una legalidad entendida en sentido formal»²⁴, ma piuttosto l'assunzione del principio di legalità, come esigenza di un retto esercizio del governo ecclesiastico, «en la idea de rationabilitas iuris humani»²⁵. Egli cioè non poteva fare a meno di sentire la *rationabilitas* come dimensione così profondamente radicata nell'ordinamento canonico, così intima alla sua essenziale vitalità, che persino un principio di indubbia matrice laica come quello di legalità veniva assunto nella *rationabilitas iuris humani*, vale a dire nelle linee di fondo del «nervio de la renovada disciplina eclesiastica»²⁶. In tale ottica, proprio alla luce della *rationabilitas* così intesa, il canonista spagnolo riteneva che l'ordi-

¹⁹ V. *supra*, cap. II, § 3.1. Del resto, Gérard Fransen, negli stessi anni, constatava riguardo alla definizione di Tommaso, che «nous ne parlons plus le même langage» e che pertanto «vouloir trouver chez Saint Thomas, dans son traité des lois, une théorie générale de la loi canonique, pose plusieurs problèmes», G. FRANSEN, *Variations sur le thème de la loi canonique*, in *Revue Théologique de Louvain*, 1978, p. 430.

²⁰ V. *supra*, cap. II, § 3.1.

²¹ Va tenuto presente in proposito come la dottrina più autorevole di quegli anni non ritenesse di dover «esagerare la novità del tema». Per quanto «recenti» dovessero risultare «idee come quella dell'applicazione alla Chiesa delle tecniche del diritto costituzionale» e per quanto potesse «sorprendere la novità, più apparente che reale, delle preoccupazioni nel campo della giustizia amministrativa», non andava mai dimenticato che «se qualcosa è in uso da secoli nella tradizione canonica, è proprio il processo, che sempre si è concepito come una controversia in contraddittorio, per reclamare i diritti che l'attore pensa gli siano riconosciuti», P. LOMBARDÍA, *Norma e ordinamento giuridico*, cit., p. 257.

²² V. *supra*, cap. II, § 3.2.

²³ V. *ibidem*.

²⁴ P. LOMBARDÍA, *Codificación y ordenamiento canónico*, in Id., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, Eunsa, Pamplona, 1991, vol. V, p. 176.

²⁵ *Ivi*, p. 177.

²⁶ *Ibidem*.

namento giuridico della Chiesa, «da un punto di vista tecnico»²⁷, dovesse essere concepito «sotto il prisma della dinamicità»²⁸. Egli avrebbe dunque volentieri inserito «nell'elenco delle caratteristiche peculiari del diritto canonico che allora soleva enunciare la dottrina – universalità, elasticità, ecc. – la nota della dinamicità»²⁹. Insomma occorre, a sua dire, «una profonda rielaborazione degli strumenti tecnici di cui si vale il canonista in modo che il suo compito possa essere realmente utile ai fini del giusto ordine sociale di una società così eminentemente dinamica quale è la Chiesa»³⁰.

²⁷ P. LOMBARDÍA, *Il diritto della Chiesa, ordinamento dinamico*, in ID., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, cit., vol. IV, p. 530.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*. Cfr. P. LOMBARDÍA, *Sobre las características peculiares del ordenamiento canónico*, in ID., *Escritos de derecho canónico*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1973, vol. I, pp. 200-222.

³⁰ P. LOMBARDÍA, *Il diritto della Chiesa, ordinamento dinamico*, cit., pp. 530-531. A tale proposito, non si deve dimenticare come il canonista di Pamplona, «senza il minimo prurito di originalità», si sia spinto a suggerire una concezione del diritto canonico «con orizzonti più ampi, più congrui, con il dinamismo soprannaturale della Chiesa» a partire dagli «elementi» già presenti nella dottrina del suo tempo, in particolare «negli scritti di Hervada» (*ivi*, p. 533). Nella convinzione che si dovesse «superare la nozione di ordinamento giuridico come insieme di norme per passare a una visione dinamica e nel contempo statica» (*ibidem*), egli, servendosi «di una terminologia classica del diritto matrimoniale» (*ivi*, p. 535), elabora la distinzione tra «ordinamento giuridico *in fieri*» e «ordinamento giuridico *in facto esse*» (ID., *Norma e ordinamento giuridico*, cit., p. 267). In tale ottica, «l'ordinamento canonico *in facto esse*, concepito come la Chiesa in quanto strutturata giuridicamente, in un determinato momento storico, non sarebbe altro che un insieme di relazioni giuridiche» (*ibidem*); «l'ordinamento canonico *in fieri*, invece, sarebbe l'insieme dei fattori la cui efficacia strutturante si concreta nel creare, modificare, estinguere relazioni giuridiche» (*ibidem*). Questi fattori, o «momenti del diritto» (*ibidem*), «non sono solo le norme (legali o consuetudinarie, universali o particolari, con generalità o singolari) ma anche l'attività negoziale dei fedeli (a poco serve il dialogo, in rapporto alla strutturazione della Chiesa, se non si concretizza in accordi giuridicamente vincolanti), l'attività amministrativa dell'organizzazione ecclesiastica, la giurisprudenza dei tribunali di giustizia» (ID., *Il diritto della Chiesa, ordinamento dinamico*, cit., p. 535). In realtà, «l'ordinamento canonico *in facto esse* (insieme di rapporti giuridici) è il risultato dell'armonico rapporto di tutti questi fattori fra di esse, dato che gli uni e gli altri hanno una funzione da svolgere in ordine alla strutturazione della Chiesa», *ivi*, pp. 535-536. Gli spunti dottrinali da cui prende le mosse Lombardía si rinvengono essenzialmente, come egli ammette, nella feconda produzione scientifica di Javier Hervada. Si confrontino dunque in proposito J. HERVADA, *Fin y características del ordenamiento canónico*, in *Ius canonicum*, 1962, pp. 5-110; ID., *El concepto de ordenamiento canónico en la doctrina contemporánea*, in *Ius canonicum*, 1965, pp. 5-61; ID., *El derecho como orden humano*, in *ivi*, pp. 401-454; ID., *Sugerencias a cerca de los componentes del Derecho*, in *Ius Canonicum*, 1966, pp. 53-110; ID., *El ordenamiento canónico*, I, Universidad de Navarra, Pamplona, 1966; J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho canónico*, I, *Introducción. La constitución de la Iglesia*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A, Pamplona, 1970, pp. 29-57 e 145-189. Quanto all'evoluzione più recente del pensiero di Hervada, si veda almeno ID., *Diritto costituzionale canonico*, trad. it. a cura di G. LO CASTRO, Giuffrè, Milano, 1989 e ID., *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Eunsá, Pamplona, 2002 e la recente traduzione italiana *Cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, Edusc, Roma, 2013.

Tuttavia, all'interno del *Coetus*, il problema del significato permane irrisolto come documenta chiaramente lo svuotamento della pregnanza semantica dell'endiadi classica «iusta et rationabilis» in relazione alla *causa dispensandi*³¹. Al punto che si ipotizza di esplicitarne il senso con le parole del Concilio: «causa vero legitima est bonum spirituale fidelium»³². Una proposta che non trova riscontro nel Codice del 1983, ma che di lì a poco verrà accolta nel *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*.

È infatti nel processo della codificazione orientale che il disagio di fronte alla parola *rationabilis* appare più profondo e persistente. La lunga navigazione che giunge in porto nel 1990, deve attraversare, nei suoi snodi cruciali, la critica schietta delle voci latine prive di riscontri nella realtà orientale, a partire dalla convinzione radicata nella mentalità dell'Oriente cattolico della precedenza delle *res* rispetto alle *voces*, e la conseguente severa valutazione della portata semantica di ciascuna parola chiave da ammettere nel futuro Codice in rapporto alla genuina esperienza giuridica delle Chiese orientali. In tale ottica, è di estremo interesse lo studio della parola *rationabilis* a cura del Plöchl nell'elaborazione dei canoni sulla consuetudine ed il suo tentativo, pur infruttuoso, di evidenziare il nesso sostanziale tra *rationabilitas* e «bonum commune»³³. Un nesso che riemerge nella disciplina della *causa dispensandi*, a scopo però puramente esplicativo. Infatti, la scelta di mantenere il più possibile l'omogeneità linguistica con il Codice latino, almeno nell'alveo delle norme generali, concepite sin dalle prime fasi del processo come una sorta di «terminologia comune»³⁴, costringe i redattori del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* ad esplicitare, attraverso il linguaggio conciliare, cosa si intenda per «iusta et rationabilis causa».

Questo sforzo, che documenta in modo solare lo svuotamento della portata semantica della parola *rationabilis*, già problematicamente avvertito nella revisione dei canoni sulla dispensa nel Codice piobenedettino, riflette in ultima analisi la ricerca di un linguaggio condiviso, capace di cogliere l'esperienza giuridica nel suo dinamismo originale e di servirla nella sua interezza. L'esito però, come si è visto, è quello di una uniformità di tipo redazionale, che stenta a tradursi in una vera e propria comunanza di significato tenuto conto sul versante latino dell'oscuramento di esso e sul versante orientale della scarsa familiarità con la *rationabilitas*, così come era stata elaborata dogmaticamente dal pensiero giuridico occidentale. Resta evidentemente la convergenza sostanziale sull'insegnamento conciliare in proposito, che il Codice per Chiese Orientali rende

³¹ V. *supra*, cap. II, § 3.2.

³² V. *ibidem*.

³³ V. *supra*, cap. III, § 3.2.

³⁴ V. *ibidem*.

esplicita, come se però non ci si potesse più intendere a partire dalle occorrenze della parola *rationabilitas tout court*.

Viene da chiedersi se non sia possibile un recupero della reale portata dell'attributo *rationabilis* che non risulti estrinseco o giustapposto. Se cioè questa parola, descrittiva delle scelte che hanno orientato il legislatore ad assumere il modello codificatorio e ad interpretarlo in modo originale, ed evocativa dei caratteri essenziali del fenomeno normativo nel «sistema delle fonti» voluto da Giovanni Paolo II «mediante il recupero dell'idea del *Corpus iuris canonici*»³⁵, serbi ancora, pur in mezzo a tante contraddizioni, una forza comunicativa e dinamica che la renda interessante anche nell'attuale contesto applicativo e nella stagione di riforme avviata con decisione da Francesco³⁶.

È interessante ricordare a questo proposito come nella documentazione acquisita relativa all'elaborazione dei tre Codici compaia raramente, e soltanto nel corso della codificazione piobenedettina, l'uso del sostantivo *rationabilitas*, mentre ricorra assai più frequente l'aggettivo *rationabilis*, sul quale si concentrano le criticità e le aspettative di cui si è ampiamente riferito.

Di fronte a questi dati è necessario soffermarsi sulla portata semantica della parola chiave *rationabilis* passata nelle maglie del setaccio codificatorio, forse senza un'adeguata verifica della sua effettiva pregnanza.

Dal punto di vista linguistico *rationabilis* costituisce senza dubbio un esempio di aggettivo complementativo-relazionale: mentre la maggior parte degli aggettivi indica una proprietà attribuibile a entità denotate da sostantivi, gli aggettivi di questo tipo indicano l'esistenza di una relazione

³⁵ Come è stato osservato, proprio «con la costituzione del nuovo *Corpus iuris canonici* della Chiesa universale si aprono nuovi orizzonti nell'interpretazione e nelle interrelazioni delle singole parti che lo costituiscono; si recupera, in sinergia, con l'estensione del diritto particolare, la dinamicità propria della legislazione ecclesiastica rispetto al Codice del 1917 e alla fissità e territorialità dei codici statuali; ma soprattutto, con l'idea del *Novum Corpus*, di per se stesso aperto, diventa possibile per le altre Chiese *sui iuris* formulare un diritto particolare meglio corrispondente all'istanza ecumenica e alle esigenze dell'inculturazione della fede cristiana», C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 308-309.

³⁶ Si pensi, per citare le riforme più recenti, riguardanti il processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio, alla portata dei due *motu proprio* del 15 agosto 2015, *Mitis et misericors Iesus*, relativo al Codice dei canoni delle Chiese Orientali, e *Mitis Iudex Dominus Iesus*, relativo al Codice di diritto canonico, ed in particolare alla centralità della responsabilità in materia del Vescovo. Egli stesso, in quanto «pastore e capo» della sua Chiesa, è «giudice tra i fedeli a lui affidati», «specialmente nel processo più breve, che viene stabilito per risolvere i casi di nullità più evidente». Diviene dunque urgente, in questioni di tale delicatezza e rilievo in relazione alla *salus animarum*, una reale padronanza nell'esercizio della giurisdizione delle categorie di fondo dell'ordinamento in rapporto ad un'adeguata ponderazione delle circostanze di ciascun caso. Del resto, come ebbe ad osservare Pedro Lombardía, all'indomani della promulgazione del Codice postconciliare, dalle colonne dell'Osservatore Romano, del 19 febbraio 1983, «la sensibilità giuridica è una qualità imprescindibile per il retto disimpegno del ministero pastorale», P. LOMBARDÍA, *Legge e consuetudine nel nuovo Codice*, ora in Id., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesíastico del Estado*, cit., vol. V, p. 154.

tra entità, appoggiandosi ad una di esse, senza che il significato della relazione medesima sia esplicitato³⁷. Dunque l'analisi risulta in questi casi particolarmente problematica in quanto la componente decisiva per l'interpretazione resta implicita e richiede la valutazione di altri fattori presenti nel testo e di ulteriori informazioni provenienti dal contesto. Così, nel nostro caso, per esempio *consuetudo rationabilis* è un sintagma nominale³⁸ che denota due "entità", *consuetudo* e *ratio*, legate da una relazione il cui senso è "non detto". Per esplicitarlo occorre formulare le ipotesi che il contesto suggerisce. Una lettura alla luce della tradizione, mai smentita nel corso dell'intero processo codificatorio, potrebbe consentire di recuperare la relazione di conformità all'essere delle cose, che nel diritto consuetudinario si esplica in modo decisivo e che la parola chiave richiama all'evidenza.

In questo senso, pur registrando il progressivo assottigliarsi dei riferimenti a tale relazione, merita d'essere valutata la persistenza dell'aggettivo *rationabilis*.

A ben vedere, proprio in quanto, come aggettivo, opera a ridosso di altri elementi che denotano entità o azioni, la sua portata semantica è naturalmente aperta. Vale a dire si tratta di un fattore dinamico che richiede la partecipazione di soggettività consapevoli e fiduciose nella attitudine positiva dei loro destinatari³⁹.

Certamente la vaghezza⁴⁰ che ha assunto la parola chiave in questione

³⁷ «Questi aggettivi, di regola, rappresentano semanticamente una relazione che tuttavia non esplicitano e indicano invece esplicitamente il secondo argomento della relazione. Un aggettivo come *comunale* appunto significa "relativo al comune", dove la nozione assai povera di "relativo a" si specifica di volta in volta in un valore diverso: *asilo comunale* "asilo amministrato dal comune"; *imposta comunale* "imposta che va pagata al comune"; *impiegato comunale* "impiegato assunto dal comune"; *archivio comunale* "archivio che contiene i documenti del comune"; *palazzo comunale* "palazzo in cui ha sede il comune" (municipio); *consiglio comunale* "consiglio che governa il comune"; *consigliere comunale* "consigliere che fa parte dell'assemblea di governo del comune"..."» (E. RIGOTTI-S. CIGADA, *La comunicazione verbale*, Apogeo, Milano, 2004, p. 231).

³⁸ Un sintagma nominale è una struttura linguistica che ha per nucleo un nome e può espandersi in vario modo (p.es. con un aggettivo attributo quale *rationabilis* in *consuetudo rationabilis*). La semantica del sintagma nominale ha peraltro configurazioni diverse a seconda delle entità denotate e delle relazioni tra queste entità. Sulla semantica di nomi e di sintagmi nominali si veda lo *status quaestionis* e l'articolata discussione in S. CIGADA, *Nomi e cose. Aspetti semantici e pragmatici delle strutture nominali*, Pubblicazioni dell'ISU – Università Cattolica, Milano, 1999.

³⁹ Le connessioni semantico-pragmatiche tra i fattori dell'evento comunicativo verbale sono al centro di una pluralità di ricerche. Per tutte, si rinvia a E. RIGOTTI-A. ROCCI, *Tema-rema e connettivo: la congruità semantico-pragmatica del testo*, in G. GOBBER-M.C. GATTI-S. CIGADA (a cura di), *Syndesmoi. Connettivi nella realtà dei testi*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, pp. 3-44.

⁴⁰ La nozione di vaghezza (vicino a quella di *underdetermination* o "sottodeterminazione") è oggi fondamentale negli studi di pragmalinguistica e ha consentito di reinterpretare in modo fruttuoso una serie di fenomeni che tradizionalmente erano spiegati alla luce del concetto (ora in parte desueto) di polisemia. A questo proposito si veda soprattutto il contributo di James

nell'intero processo codificatorio, ne ha decretato l'uso generico, ultimamente scontato, pur in contesti ad alta specializzazione semantica come quelli qui considerati. Tuttavia anche tale scontatezza invita a riconsiderare la pertinenza di ciò che la parola chiave non cessa di presupporre, e cioè il legame sottilissimo ma mai rinnegato con una tradizione, marginalizzata nel dibattito giuridico contemporaneo, eppure ancora presente.

In ogni caso, l'uso linguistico sul quale ci si è soffermati rende manifesta quanto meno l'esigenza di un mondo condiviso tra le soggettività coinvolte nell'evento comunicativo⁴¹.

Ritorna cioè l'attesa di una presa di coscienza in tal senso da parte del canonista, sia esso legislatore, giudice o studioso, che avendo l'obbligo, come tutti i giuristi, «di compiere ragionamenti e (...) di renderli pubblici»⁴², «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 della sicurezza del diritto, vanno facilmente soggetti»⁴³.

In tale prospettiva occorre superare il rischio, sempre in agguato nell'esperienza della codificazione, di relegare il significato delle parole entro i confini predeterminati nel sistema adottato dal legislatore⁴⁴, scartando la possibilità di misurarsi con la multiformità dell'esperienza giuridica e rinunciando all'argomentazione, spesso ridotta ad «un accessorio evitabile»⁴⁵.

In questo senso la questione sollevata dai vescovi olandesi – «quid sibi

Pustejovsky (J. PUSTEJOVSKY, *The generative lexicon*, The MIT Press, Cambridge Mass., 1995). Un panorama chiaro ed esauriente della vaghezza in pragmatica è proposto in C. ANDORNO, *Che cos'è la pragmatica linguistica*, Carocci, Roma, 2006. Si veda anche C. BAZZANELLA, *Linguistica e pragmatica del linguaggio. Un'introduzione*, Laterza, Roma-Bari, 2008. A livello delle problematiche inerenti l'interpretazione, vale la pena ricordare che «la vaghezza delle espressioni usate nel linguaggio delle fonti fa sì che l'interprete, di fronte ad un caso marginale, cioè ad un caso che cade nei margini della trama, possa decidere discrezionalmente se la fattispecie in esame debba o non debba essere inclusa nel campo di applicazione della norma in questione». Occorre infine «sottolineare che nei linguaggi naturali – e i documenti normativi sono appunto formulati in linguaggio naturale (cioè in lingua) – la vaghezza è una caratteristica di tutti i predicati, ossia di tutti i termini che denotano classi», R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 144.

⁴¹ La realtà del *common ground* è riconosciuta nelle indagini sulla comunicazione verbale a partire dagli anni ottanta del Novecento. Un'opera innovativa che ha inciso profondamente nelle prospettive di ricerca è H.H. CLARK, *Using language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

⁴² R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., p. 195.

⁴³ PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 29 ottobre 1947, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1947, p. 495.

⁴⁴ Emblematico, in tal senso, il rapporto instaurato dal Code Napoléon con il diritto romano, «depurato e ipostatizzato, perché norma senza tempo», e la concezione del Codice, che ne scaturisce, «quale deposito di razionalità scientifica millenaria», S. SOLIMANO, *Imperialismo giuridico francese in difficoltà? (A proposito di A. Grilli, Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone, Frankfurt am Main, 2012, pp. 682)*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2013, p. 702. Su questa problematica, colta nelle sue implicazioni circa i principi generali del diritto, si veda il saggio di A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 163 ss.

⁴⁵ C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 7.

vult verbum rationabilis?» – non solo non è affatto chiusa ma assume uno spessore culturale di grande attualità, anche in chiave comparatistica⁴⁶.

La difficoltà a risponderci e la contestuale volontà di non rinunciare alle occorrenze della *rationabilitas*, che si documentano nell'intero percorso della ricerca, costituiscono di fatto l'invito ai giuristi non tanto a cercare definizioni quanto ad avviare «processi»⁴⁷. A coltivare cioè, dinanzi alla

⁴⁶ Si pensi in proposito alla riflessione in atto nella giuspubblicistica contemporanea italiana intorno al principio di ragionevolezza – non espressamente previsto dalla Costituzione e originariamente formulato sulla base dell'uso argomentativo del principio di uguaglianza – a fronte della sua progressiva espansione che giunge a farlo coincidere con la valutazione della congruità non solo formale della norma rispetto al suo fine, come mostra ampiamente la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. A fronte di questa espansione permane però un evidente impaccio, e cioè la difficoltà di definizione concettuale e di qualificazione dogmatica della ragionevolezza. Anche il linguaggio costituzionalistico registra una molteplicità di regole d'uso che la dottrina più recente ha inteso enumerare, v. G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1-25. In tale contesto, non è mancato chi affermasse, «non certo per amor di paradosso» che «in realtà la ragionevolezza non esiste» e che «i parametri ai quali essa solitamente si riconduce (la coerenza, la proporzionalità, l'adeguatezza, la pertinenza) sono privi di sostanza concettuale» (ivi, p. 9), esprimendo soltanto «una generica esigenza di giustizia delle leggi», L. PALADIN, *Esiste un "principio di ragionevolezza" nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, pp. 163 ss., cfr. ID., voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamenti*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 901 ss. Pare comunque difficilmente contestabile che «il sindacato di ragionevolezza costituisca una forma di giudizio autonoma e generale rispetto alle sue particolari versioni applicative», trattandosi di un giudizio «ispirato alla "logica del concreto"», esso impone «al giudice della ragionevolezza di ancorare le proprie valutazioni di merito all'interno della dialettica tra disposizioni costituzionali, disposizioni legislative, contesti» e quindi «media tra disposizioni costituzionali, disposizioni legislative e contesti applicativi». In questo senso «il principio di ragionevolezza rappresenterebbe un principio non scritto necessario per ordinare tutte le manifestazioni del giuridico, nonché per individuare ciò che costituisce diritto nell'ambito di un'esperienza giuridica vivente», A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 386-387, 393, 451, 539, 542. Per un inquadramento del tema a livello di teoria generale del diritto si rinvia senz'altro a F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Bari, 2014, segnatamente pp. 359-366.

⁴⁷ FRANCESCO, *Evangelii gaudium*, n. 223, in *Acta Apostolicae Sedis*, 2013, p. 1111. Un criterio fondamentale che il pontefice non si stanca di indicare per la costruzione del bene comune, risiede nella superiorità del tempo allo spazio. Egli sottolinea come vi sia «una tensione bipolare tra pienezza e limite»: «la pienezza provoca la volontà di possedere tutto e il limite è la parete che ci si pone davanti». Ora, «il tempo, considerato in senso ampio, fa riferimento alla pienezza come espressione dell'orizzonte che ci si apre dinanzi, e il momento è l'espressione del limite che si vive in uno spazio circoscritto». I cittadini «vivono in tensione tra la congiuntura del momento e la luce del tempo, dell'orizzonte più grande, dell'utopia che ci apre al futuro come causa finale che attrae». Da qui scaturisce «un primo principio per progredire nella costruzione di un popolo»: «il tempo è superiore allo spazio». Ed è questo principio a consentire «di lavorare a lunga scadenza, senza l'ossessione dei risultati immediati», in quanto «aiuta a sopportare con pazienza situazioni difficili e avverse o cambiamenti dei piani che il dinamismo della realtà impone». Per Francesco «uno dei peccati che a volte si riscontrano nell'attività socio-politica consiste nel privilegiare gli spazi di potere al posto dei tempi dei processi»: «dare priorità allo spazio porta a diventare matti per risolvere tutto nel momento presente»; significa cioè «cristallizzare i processi e pretendere di fermarli»; «dare priorità al tempo significa occuparsi di iniziare processi più che possedere spazi». Dunque «il tempo ordina gli spazi, li illumina e li trasforma in anelli di una catena in costante crescita, senza retromarcie». Queste riflessioni paiono del tutto per-

realtà di ciascuna fattispecie da regolare, l'apertura problematica naturalmente implicata nell'uso proprio di quelle medesime occorrenze. Ciò che resta dunque della grande eredità custodita nell'attributo *rationabilis* è tutto in quel filo sottile e tenace di una nuova e sempre possibile apertura della ragione «al linguaggio dell'essere»⁴⁸.

tinenti anche alla vitalità di quello strumento essenzialmente finalizzato alla costruzione del bene comune che è il diritto. E pertanto costituiscono una preziosa indicazione di metodo per i giuristi impegnati anche a livello ecclesiale nella costruzione dell'ordinamento, mediante l'attività ermeneutica e giurisdizionale.

⁴⁸ BENEDETTO XVI, *Discorso al Bundestag*, 22 settembre 2011, in *Acta Apostolicae Sedis*, 2011, p. 666.

INDICE DEI NOMI

A

AFFROY H., 37
AGAGIANIAN G.P., 169
AGRESTINI S., 156
AGUIRRE F., 93
AICHNER S., 48
ALPA G., 1, 21
ALVAREZ MENÉDEZ S., 122, 126
AMANN E., 29
AMBROSETTI G., 9
ANDRIEU-GUITRANCOURT P., 122
ANDORNO C., 202
ANTONIO A BUTRIO (ANTONIUS A BUTRIO, BUTRIO), 103, 104, 105
ARRIETA J.L., 102, 117
ARRIETA VILLALOBOS R., 121, 122, 141
ASTORRI R., 15
AUBERT J.M., 3
AUDÒ GIUSEPPE VI, 152, 153
AYMANS W., 117

B

BALBI R., 142
BALDI P., 50
BARNABÒ A., 146, 152
BARBOSA A., 53
BARRETT J.D.M., 35
BAUER D., 12
BAURA E., 21, 142
BAZZANELLA C., 202
BEGIN F.L., 121
BELLINI P., 29
BENEDETTI P., 72, 195

BENEDETTO XIV, 147, 155
BENEDETTO XV, 92, 100, 155, 156, 171
BENEDETTO XVI, 196, 204
BERLINGÒ S., 102, 142
BERNARDINI C., 167
BERNHARD I., 122
BERTOLINO R., 102
BERTONE T., 21
BERTRAMS G., 122, 126, 135, 140
BESTE U., 121, 122, 123, 140
BETTETINI A., 117
BETTI U., 132, 133
BHARANIKULANGARA K., 18
BONI G., 74, 99
BONNET P.A., 139
BOUDHINON A., 91
BOUIX D., 39
BORGONOVO G., 116
BRUGNOTTO G., 3, 21
BUCCI O., 18, 21, 26, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 154, 155, 160, 167, 170, 171, 172
BUCCERONI G., 68, 69, 70, 73, 74, 71, 82, 86, 87, 88, 89

C

CADENA Y ELETA J., 58
CALISSE C., 38, 60, 62, 63
CAMASSA E., 99
CAPALDI P., 153
CAPOGRASSI G., 12, 114, 194
CAPPELLINI P., 13, 105
CAPPELLO F.M., 93
CARDIA C., 193
CASAROLI A., 120

- CASTILLO LARA R., 129, 130
 CASTRONOVO C., 202
 CATTANEO A., 116, 117, 129
 CAVANA P., 99
 CAVANNA A., 2, 3, 9
 CECCARELLI MOROLLI D., 156
 CENALMOR PALANCA D., 98, 142
 CHELODI I., 93
 CHENU M.D., 3
 CICERONE, 2, 148
 CIGADA S., 201
 CLARK H.H., 202
 COCCOPALMERIO F., 71, 132
 COLOMBO G.M., 21
 COLOMIATTI E., 58
 COMOTTI G., 14, 18, 139, 142, 187
 CONTE A CORONATA M., 93
 COORAY T.B., 126
 COPPOLA R., 14, 145
 CORECCO E., 35, 115, 116, 117, 118, 124, 133, 196
 CRETONI S., 146, 151
 CREUSEN I., 93
- D**
- DALLA TORRE G., 99, 142
 DANTE, 110, 168
 D'AURIA A., 142
 D'AVACK P.A., 107, 102
 DE ANGELIS F., 53, 54
 DE BERTOLIS O., 3, 9
 DE BLIC J., 9
 DE LA HERA A., 101
 DE LAI G., 68, 69, 73, 74, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89
 DE LEÓN E., 15
 DEL GIUDICE V., 102
 DEL POZZO M., 142
 DE LUCA M., 50, 76
 DE LUISE G., 57, 58
 DE NICOLÒ M., 129
 DE PAOLIS V., 142, 187, 188
 DESHAYES F., 57, 58
 DE REISACH C.A., 24, 32, 193
- DI CARLO E., 3
 DIENI E., 15, 139
 DI RENZO VILLATA M.G., 9
 DUPANLOUP F., 16, 23
- E**
- EID E., 18, 170
 ENRICO DA SUSÀ (OSTIENSE, HOSTIENSIS), 3, 7, 21, 104
 EPP R., 18
 ERDÖ P., 2
 ERICKSON J.H., 179
 ESMEIN A., 29
 ESPOSITO C., 9
 ESSER T., 71
- F**
- FALCHI F., 15, 57
 FALCO M., 60, 65, 165, 166
 FAGNANI P., 53
 FANTAPPIÈ C., 3, 15, 20, 24, 25, 26, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 46, 47, 50, 53, 57, 58, 60, 62, 64, 93, 94, 99, 102, 200
 FARIS J.D., 18, 172
 FARRUGIA E.G., 147
 FEDELE P., 1, 2, 8, 101, 100, 103, 104, 105, 106, 107, 113, 128, 129, 131
 FELICI P., 129
 FELICIANI G., 14, 15, 16, 25, 53, 80, 101, 102, 117, 142, 195
 FERNÁNDEZ Y VILLA V., 68, 71
 FESTO, 146
 FINNIS J., 3
 FIORELLI L., 159
 FOGLIASSO E., 122
 FORNÉS J., 101
 FRANSEN G., 197
 FRANCESCO, 200, 203
 FRIEDBERG E., 60
 FUMAGALLI CARULLI O., 12, 21, 108, 142

G

GARCÍA MARTÍN J., 142
 GASPARRI P., 39, 63, 68, 69, 70, 71, 74, 81,
 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 101, 123,
 151, 152, 154, 157, 158, 159, 160, 161,
 163, 173, 195
 GATTI M.C., 201
 GAUDEMET J., 19, 122, 128, 129, 130, 131,
 137, 138, 151, 197
 GEFAELL P., 26, 147, 153, 179, 181
 GEORGE R.P., 3
 GEROSA L., 117
 GHERRO S., 18, 142
 GIACCHI O., 103, 107, 108, 109, 110, 111,
 112, 113, 114
 GIMÉNEZ Y MARINEZ DE CAVAJAL I., 122, 126
 GIOVANNI XXIII, 169, 171
 GIOVANNI D'ANDREA, 7
 GIOVANNI PAOLO II, 1, 13, 98, 132, 145, 200
 GIORGI O., 87, 88
 GIUSTI M., 153
 GIUSTINIANO, 166
 GIUSTINI F., 68, 69, 70, 74, 81, 82, 86, 87,
 88, 89
 GOBBER G., 201
 GRANDCLAUDE E., 39, 42, 43, 44, 45, 46
 GRAZIANO (GRATIANUS), 3, 48, 49, 70, 71
 GREGORIO IX, 7, 82
 GREGORIO MAGNO, 41
 GRILLI A., 202
 GROSSI P., 1, 2, 3, 12, 14, 15, 20, 23, 38
 GUALAZZINI U., 14, 25
 GUASTINI R., 202
 GUIDO DA BAISSIO, 104
 GUTIÉREZ A., 127
 GUZMAN BRITO A., 37

H

HADDAD EFREM, 166
 HADDAD ELIE, 179
 HART H.L.A., 10
 HERVADA J., 100, 198
 HOBBS T., 48, 50

HOGAN J., 24, 27, 38, 41, 42
 HOLLWECK J., 58
 HUGLO J.G., 1
 HUIZING P., 129, 130
 HUSS J., 110

I

ISIDORO DI SIVIGLIA, 5, 127
 IVO DI CHARTRES, 2

J

JARAWAN E., 179, 181, 183
 JEMOLO A.C., 29, 60, 100, 107
 JOBLIN J., 9

K

KOKKARAVLAYIL S., 172, 174
 KLUMPER B., 65, 68, 72
 KÖNIG F., 131
 KOROLEWSKY C., 163
 KUTTNER S., 122, 126, 129, 134, 135

L

LAEMMER H., 26, 32
 LANCELOTTI P., 39
 LANDAU P., 21
 LA PIRA G., 149
 LAURENTIUS J., 48
 LE BRAS G., 29, 33, 15
 LEFÈVRE C., 18
 LEGA M., 68, 72
 LEONE XIII, 155, 171, 172
 LEPIDI A.M., 68, 71, 72
 LILLO P., 99
 LISTL J., 169
 LLOBELL J., 15
 LO CASTRO G., 98, 99, 102, 198
 LOMBARDI C., 47, 48, 49, 50, 51, 64, 66, 67,
 68, 69, 70, 71, 73, 81, 82, 86

LOMBARDÍA P., 8, 13, 14, 15, 16, 20, 63, 92,
94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 118,
119, 120, 121, 124, 125, 128, 129, 130,
131, 132, 134, 138, 139, 142, 178, 194,
195, 196, 197, 198, 200
LOPEZ DE ONATE F., 114, 194
LUCIDI E., 87, 88
LUGARI G.B., 68

M

MADRID R., 142
MANGENOT E., 29
MANNA S., 152
MANSI J.D., 16, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32,
33, 145, 146, 151, 152, 153, 155, 193
MANSOURATI C.I., 174
MARGIOTTA BROGLIO F., 33
MAROTO F., 93
MARTINI A., 159
MASSETTO G.P., 9
MELATA B., 68, 69, 73, 81, 82, 87, 88
MERRY DEL VAL R., 98
METZ R., 17, 18, 19, 145, 160, 163, 169
MICHELANGELO, 168
MICHIELS G., 15, 74, 94
MIELE M., 18, 102
MIGLIORINO F., 9
MILANO G.P., 102, 117
MIÑAMBRES J., 74
MINELLI ZAGRA C., 15, 17, 19, 21, 27, 39, 57,
74, 75, 91, 102, 108, 109, 139, 140
MIRAS J., 142
MODESTINO (MODESTINUS), 48
MORI G., 15
MORONI A., 14
MORRONE A., 203
MÖRSDORF K., 128, 129, 130, 131, 132, 138
MOSS TAPAJÓS I., 122, 135
MÜLLER H., 169, 179
MUSSELLI L., 14

N

NAPOLEONE, 168

NAVARRETE J., 15
NAVARRETE U., 29
NEDUGATT G., 172
NICOLA I., 41
NICOLÒ DE' TEDESCHI, v. PANORMITANO
NJARADI D., 166
NOVAL G., 72

O

OCHOA X., 97, 129
O'CONNELL G., 122, 129, 130, 134
OESTERLE D.G., 53
OJETTI B., 50, 51, 52, 53, 87
OLGIATI F., 3
ONCLIN W., 123, 124, 125, 126, 127, 129,
130, 135, 136, 140, 197
OTADUY J., 8, 142

P

PACELLI E., 68, 69, 82, 86, 87, 88, 89, 157,
169, 171, 202
PADOA SCHIOPPA A., 9
PALMIERI D., 69, 74, 77, 78, 79, 80, 82, 85,
86, 89
PALADIN L., 203
PANORMITANO (ABBAS PANORMITANUS), 104,
105
PAOLO DI TARSO, 148
PAOLO VI, 2, 98, 122, 170, 189, 190
PAPP-SZILAGYI DI GRAN VARADIO G., 153, 155
PARADISI B., 14
PÁSZTOR L., 153
PATRANI A., 155
PÉRIES G., 24, 31, 41, 42, 46, 58
PEZZANI E.M., 57, 58, 61, 62, 72
PHILLIPS G., 39
PIANO MORTARI V., 2
PILLET A., 57, 58, 59, 63, 89, 93
PIO DA LANGOGNE, 68, 69, 81, 82, 86, 88, 89
PIO IX, 146, 147, 151, 155
PIO X, 19, 34, 39, 65, 93, 98, 143, 194
PIO XI, 18, 160, 159, 162, 170, 171

PIO XII, v. PACELLI E.
 PIRHING E., 39
 PLÖCHL W., 188, 199
 POMPILI B., 68, 71, 87, 88
 POSPISHIL V.J., 20, 179
 PRADER J., 18
 PUSTEJOVSKY J., 202
 PUZA R., 53

R

RABELAIS F., 110
 RAFFAELLO, 168
 RAHMANI I.E., 160
 RAIMONDO DI PEÑAFORT, 43, 44
 RAPONI S., 40, 57
 RECASENS SICHEZ L., 9
 REDAELLI C., 92, 93
 REFFEINSTUEL A., 53
 RIGOTTI E., 201
 ROBERTI F., 101
 ROBLEDA O., 3, 9, 11, 129, 130, 139
 ROCCI A., 201
 ROELKER E., 21, 75, 90, 95
 ROLKER C., 2
 ROMANI S., 100
 ROUSSEAU J.J., 9, 50
 RUFFINI E., 60
 RUFFINI F., 60, 63
 RUGGERI G., 39

S

SABATTANI A., 121
 SÄGMÜLLER J.B., 62
 SALACHAS D., 18
 SAMMASSIMO A., 12
 SANGUINETI S., 50
 SANS GONZÁLEZ M., 76, 80, 90
 SAVIGNY F.C. VON, 50
 SCACCIA G., 203
 SCHMALZGRUEBER F., 43
 SCHMITZ H., 169
 SCIUMÈ A., 202

SEBASTIANELLI G., 68, 71
 SEDANO J., 142
 SEEWALD P., 196
 SERVIO, 146
 SFAIR P., 161, 165, 166, 167
 SILI A., 66, 67, 68, 69, 70, 71, 83, 87
 SIMEONI G., 146
 SIMONCINI A., 3
 SINCERO L., 18, 163, 164
 SLEUTJES M., 91
 SOLE G., 91
 SOLIMANO S., 202
 SPINOZA B., 50
 STICKLER A.M., 129
 SUÁREZ F., 8, 9, 10, 11, 12, 56
 SUENENS L.J., 131
 SZEPTICKYI A., 19

T

TARQUINI C., 50
 TIGANO M., 142
 TOCANEL P., 122, 135, 136
 TODESCAN F., 9, 10
 TOMMASO APOSTOLO, 154
 TOMMASO D'AQUINO, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 43,
 55, 56, 75, 116, 123, 124, 196, 197
 TORF R., 102
 TURCHI V., 15, 99

U

URRUTIA F.J., 21, 142

V

VACANT A., 29
 VALDRINI P., 143, 194
 VALERGA G., 152
 VAN HOVE A., 5, 15, 94
 VAN ROSSUM G.M., 68
 VALENZUELA P., 68
 VECCIA L., 68
 VENDEMIATI A., 3

- VERING F.H., 39
VERMEERCH A., 93
VIANA A., 142
VIDAL P., 15, 93
VIGNA C., 3
VILADRICH P.J., 117
VILLEY M., 3, 4, 6, 10, 12, 15
VILLIEN A., 26, 27, 32
VINCENT A., 9
VIOLA F., 3, 203
VIRGILIO, 168
VISMARA MISSIROLI M., 14, 102
VITTORE, 147
- W**
- WALTER F., 39
- WERCKMEISTER J., 2
WERNZ F.X., 15, 34, 39, 50, 53, 54, 55, 56,
57, 63, 68, 69, 70, 73, 74, 77, 78, 82, 83,
85, 86, 87, 88, 89, 93, 186, 195
WYCLIF J., 110
- Y**
- YUSSIF GREGORIO II, 153
- Z**
- ZACCARIA G., 203
ŽUŽEK I., 13, 18, 26, 145, 146, 147, 150, 151,
152, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 161,
170, 171, 172, 179

Finito di stampare nel mese di ottobre 2015
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Per i tipi Giuffrè:

- VINCENZO ALLEGRI, *Impresa artigiana e legislazione speciale.*
- MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *La "responsabilità illimitata" nel fallimento per estensione.*
- MARZIA BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di Storia e di Diritto.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni.*
- VERA PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. II - Studi sul giuramento nel mondo antico.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997 n. 127.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione (1987-1999), presentazione di Valerio Onida.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Il "bravo funzionario" abburgico tra absolutismus e aufkUirung. Il pensiero e l'opera di KarlAnton von Martini (1726-1800).*
- VERA PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico.*
- ANTONELLO CALORE, *"Per Iovem lapidem" alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti.*
- MARIO MISTRETTA, *La conversione del capitale in euro nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata.*
- CLAUDIO DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I – L'offesa mediante violenza.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. III – Guerra giusta? – Le metamorfosi di un concetto antico.*
- VERA PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo.*
- CRISTINA AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito.*
- ROBERTO FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Lo sviluppo bipolare della forma di governo italiana. Le vicende politico-parlamentari successive all'elezione del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi ed il mutamento della maggioranza nella XIV legislatura.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680).*
- MARIO MISTRETTA, *Partecipazioni sociali e comunione legale dei beni: l'interpretazione come governo della complessità.*
- CRISTINA ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro.*
- MARIO GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo.*

- ANTONIO D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità.*
- ADRIANA APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale.*
- ALBA FONDRIESCHI, *La prestazione parziale.*
- NADIA MACCABIANI, *La legge delegata. Vincoli costituzionali e discrezionalità del governo.*
- CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico.*
- ALESSANDRA VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico. Amministratori indipendenti e funzioni di controllo.*
- FABIO ADDIS (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza.*
- MARZIA BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolamentazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali.*
- ALESSANDRO BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze.*
- VERA PARISIO (a cura di), *I servizi locali di interesse economico generale nella legge regionale della Lombardia del 2 dicembre 2003 n. 26.*
- ELISABETTA FUSAR POLI, *«La causa della conservazione del bello». Modelli teorici e statuti giuridici per il patrimonio storico-artistico italiano nel secondo Ottocento.*
- LUCIANA GUAGLIANONE-FRANCESCA MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie.*
- LUCA MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali.*
- SAVERIO F. REGASTO, *La forma di governo parlamentare fra «tradizione» e «innovazione».*
- ANTONIO SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare.*
- FABIO ADDIS (a cura di), *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto.*
- MARIO NOTARI (a cura di), *Dialoghi tra giuristi e aziendalisti in tema di operazioni straordinarie.*
- VERA PARISIO (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia.*
- ADRIANA APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici.*
- NADIA MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali.*
- CHIARA DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali.*
- VERA PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali.*
- EDOARDO ALES-MARZIA BARBERA-FAUSTA GUARRIELLO (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa. Edizione aggiornata.*
- ROBERTO LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n. 205/2000 al Codice del processo amministrativo.*
- GIOVANNI TURELLI, *«Audi Iuppiter». Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci.*
- PAOLA LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione.*
- GIUSEPPE FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza.*
- ELISABETTA FUSAR POLI, *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica fra liberismo e autarchia.*
- ADRIANA APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia.*
- MARIO GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato. Ricadute recenti sulla forma di governo italiana.*
- CRISTINA AMATO, *Affidamento e responsabilità.*
- VERA PARISIO (edited by), *The water supply service in Europe: austrian, british, dutch, finnish, german, italian and romanian experiences.*
- ALBERTO SCIUMÈ-ELISABETTA FUSAR POLI (a cura di), *«Afferrare ... L'inafferrabile». I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra otto e novecento.*

ANTONELLO CALORE-ALBERTO SCIUMÈ (a cura di),
La funzione della pena in prospettiva storica e attuale.

FABIO ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti.*

ALBERTO VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento.*

VALERIA PESCATORE, *Reviviscenza - vicenda di obbligazioni e garanzie.*

FRANCESCA MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi.*

VERA PARISIO (edited by), *Services of general economic interest, administrative courts and courts of audit.*

☆☆☆

Per i tipi Giappichelli:

1. CHIARA MINELLI, *Rationabilis e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso.*

