

INTERNATIONALIS
STUDIO IURIS
CANONICI
PROMOVENDO

Consociatio

XVI CONGRESSO INTERNAZIONALE

DIRITTO CANONICO E CULTURE GIURIDICHE

NEL CENTENARIO DEL *CODEX IURIS CANONICI* DEL 1917

a cura di Jesús Miñambres

EDUSC

CONSOCIATIO INTERNATIONALIS STUDIO IURIS CANONICI PROMOVENDO

DIRITTO CANONICO
E CULTURE GIURIDICHE
NEL CENTENARIO
DEL *CODEX IURIS CANONICI*
DEL 1917

Atti del XVI Congresso Internazionale
della Consociatio Internationalis Studio Iuris
Canonici Promovendo, Roma 4-7 ottobre 2017

Jesús Miñambres (a cura di)

EDUSC 2019

Prima edizione 2019

Il libro è stato realizzato con il contributo di
Banca Intesa San Paolo

Con il patrocinio di
Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi
Consiglio Nazionale Forense

Enti organizzatori
Pontificia Università Lateranense
Pontificia Università della Santa Croce
Libera Università Maria Santissima Assunta
Pontificia Università Gregoriana
Pontificia Università Salesiana

Si ringraziano
Conferenza Episcopale Italiana
Banca Popolare di Milano

Impaginazione
Gianluca Pignalberi (in $\text{\LaTeX} 2\epsilon$)

© Copyright 2019 – ESC s.r.l.
Via Sabotino, 2/A – 00195 Roma
Tel. (39) 06 45493637
info@edusc.it
www.edizionisantacroce.it

ISBN 978-88-8333-811-3

INDICE

JESÚS MIÑAMBRES	
<i>Presentazione</i>	27
PAPA FRANCESCO	
<i>Messaggio in occasione del XVI Congresso Internazionale della Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo</i>	31
CARD. PIETRO PAROLIN	
<i>Indirizzo di saluto XVI Congresso Internazionale Diritto Canonico e Culture Giuridiche</i>	35

RELAZIONI

CODIFICAZIONE PIANO-BENEDETTINA E CULTURE GIURIDICHE

MARIO CARVALE	
<i>La cultura giuridica alla base del Codex Iuris Canonici del 1917</i>	43
CARLO FANTAPPIÈ	
<i>Vantaggi e limiti della codificazione del 1917</i>	63
1. Il Codice del 1917 come risposta alle sfide della Modernità	64
2. Guadagni e perdite della codificazione	67
2.1. Prospettiva tecnico-giuridica	67
2.2. Prospettiva politico-istituzionale	72
2.3. Prospettiva pastorale e teologica	74
3. Lo “spirito” del Codice pio-benedettino	77
4. Il diritto canonico “alla prova” del Codice	79
4.1. La difesa conservativa del Codice	81
4.2. Il mito del Codice eterno	83
4.3. Gli effetti sul sistema delle fonti	86

INDICE

5. Conclusioni	90
----------------------	----

PETER LANDAU

<i>The Meeting of Canon Law with Roman Law and Germanic Law</i>	93
1. Beginning of the Penetration of Canon Law by Roman law	93
2. Literature of Procedure	94
3. Papal Decretal Law	95
4. Theology and Canon Law	97
5. Accursius and Bartolus	99
6. Innocent IV and Hostiensis	101
7. Dinus Mugellanus and the Regulae Juris of the Liber Sextus	103
8. Germanic Influences in Canon Law	105

KEN PENNINGTON

<i>Canonical Jurisprudence and other Legal Systems in the Medieval and Early Modern Periods</i>	109
1. The Use of Canon Law in Roman Law	110
2. Canon Law's Contribution to Feudal Law	116
3. Canonical Jurisprudence and Magna Carta	117

MATTEO NACCI

<i>La cultura giuridica dello ius publicum ecclesiasticum e la codificazione piano-benedettina</i>	119
1. Note introduttive	119
2. La fioritura della produzione scientifica giuspubblicistica	121
3. Scienza giuridica giuspubblicistica e codificazione piano-benedettina	123
4. L'imprescindibile "funzione cooperativa" dello <i>ius publicum ecclesiasticum</i> odierno	125

LORENZO CAVALAGLIO

<i>Il CIC 1917 e le codificazioni europee: eccezionalità o specialità?</i>	129
1. Un "codice". La portata della nozione	129
2. Un codice "di diritto canonico". Le implicazioni di una scelta	133

INDICE

FEDERICO MARTI

<i>Il Codice del 1917 e l'Oriente. Presupposti storici e teorici</i>	137
1. Introduzione	137
2. L'Oriente cristiano nello <i>ius novum</i>	138
3. Il contributo della moralistica nell'elaborazione dei criteri interpretativi sul rapporto <i>mores consuetudinesque orientales</i> e <i>ius commune</i>	143
4. La Congregazione Particolare del 1631	148
5. L'incidenza della risoluzione del 1631 nella riflessione moralistica: il contributo di Angelo Maria Verricelli e Benedetto XIV alla sua diffusione	154
6. Le ultime resistenze rispetto alla presunzione di non soggezione degli orientali allo <i>ius commune</i> : la posizione di Carlo Francesco da Breno .	161
7. L'elaborazione del CIC17 can. 1.	166
8. Brevi accenni al dibattito dottrinale successivo alla prima codificazione latina	168
9. Alcune considerazioni finali	175

LA CONTEMPORANEITÀ "PIÙ PROSSIMA"

PÉTER ERDŐ

<i>Il valore teologico del diritto canonico: una questione storica</i>	181
1. Il problema	181
2. L'autocoscienza della Chiesa nascente	182
3. Alcune istituzioni significative della Chiesa dei primi tempi	184
3.1. Istituzioni che garantivano l'unità del popolo	184
3.2. Istituzioni che stabilivano l'appartenenza al popolo di Dio	186
3.3. Vita liturgica e comunitaria	191
3.4. La scomunica: separazione dal popolo santo	193
4. Conclusione	194

GIORGIO FELICIANI

<i>La codificazione per la Chiesa latina: attese e realizzazioni. Dobbiamo tornare alle decretali?</i>	197
1. Il disegno riformatore di Giovanni XXIII e le direttive per la revisione del Codice approvate dal Sinodo dei vescovi del 1967	197
2. Un nuovo statuto per i fedeli	201

INDICE

3. Il principio di sussidiarietà	204
4. Codice e Concilio	209
5. Un cantiere aperto	212
6. Un punto di non ritorno	217

CYRIL VASIL'

<i>La codificazione per le Chiese orientali: attese e realizzazioni</i>	219
1. Percorso storico dell'attuale Codice orientale	220
2. Significato ecclesiale del Codice Orientale	220
3. Attese e realizzazioni del processo legislativo orientale	222
3.1. Codice Unico per le Chiese Orientali cattoliche	224
3.2. Carattere ecumenico del Codice	225
3.3. Natura giuridica del Codice	226
3.4. Carattere pastorale del Codice	226
3.5. Il principio di sussidiarietà	227
3.6. Nozione del Rito e della Chiesa particolare	227
3.7. Laici	228
3.8. Canonici <i>De processibus</i>	229
3.9. Canonici <i>De delictis</i>	229
4. Applicazione delle norme del CCEO: alcuni ambiti specifici	230
5. Fenomeno delle migrazioni	231
6. Ecumenismo, dialogo interreligioso e sfide della modernità e della post-modernità	232
7. Invito alla formazione del diritto particolare	233

PROBLEMATICHE GIURIDICHE DI SPECIALE RILIEVO NELLA
VITA ECCLESIALE

JAVIER OTADUY

Igualdad y diversidad, unidad y pluralismo, universal y particular.

<i>El derecho canónico sometido a prueba</i>	237
I. Igualdad y diversidad	237
1. La capacidad jurídica del sujeto en el ordenamiento canónico	238
2. Los estatutos jurídicos de igualdad y de diversidad	241

INDICE

II. Unidad y pluralismo	243
1. La diferencia entre el pluralismo sociopolítico y la pluralidad eclesial.....	244
2. La inculturación como condición del pluralismo	246
3. La materias propias del pluralismo eclesial.....	248
4. El pluralismo de los fieles laicos en asuntos temporales	249
5. El pluralismo carismático	251
5.1. <i>Los binomios carismáticos alternativos</i>	251
5.2. <i>Historia doctrinal de los carismas</i>	252
5.3. <i>La dimensión jurídica del carisma</i>	256
III. Universal y particular.....	263
1. El derecho universal.....	265
2. El derecho particular	266
3. Actitudes del derecho universal ante el derecho particular.....	269
4. Actitudes del derecho particular ante el derecho universal	272

MARÍA BLANCO

<i>Libertad de los fieles y Jerarquía en la armonía entre los derechos de los fieles y la comunidad eclesial</i>	275
1. Introducción	275
2. Los principios conciliares del Vaticano II	278
3. Regulación canónica de los derechos de los fieles	279
4. ¿Por qué hablar de derechos de los fieles?	280
5. Descripción de los derechos de los fieles	281
6. Formalización de los derechos de los fieles	282
7. Primer intangible: la persona.....	284
8. La persona ¿intangible en el Derecho de la Iglesia?.....	286
9. La libertad ¿intangible del Derecho de la Iglesia?.....	289
10. La jerarquía y la comunión: dos intangibles inseparables	292
11. Sugerencias conclusivas.....	295

CHIARA MINELLI

<i>«Omnis definitio periculosa est». Categorie fondamentali e linguaggio dei Codici</i>	297
---	-----

INDICE

MARIA D'ARIENZO

<i>Codificazione e ius vetus</i>	309
1. Valore ermeneutico dello <i>ius vetus</i> . La codificazione canonica tra continuità e discontinuità	309
2. <i>Ius vetus</i> e prima codificazione.	311
3. <i>Ius vetus</i> preconciare e postconciare nella seconda codificazione. . .	314

THIERRY SOL

<i>Quel futur pour l'histoire du droit canonique après la première codification?</i>	319
1. Entre continuité et nouveauté : le rôle de l'histoire dans les intentions des codificateurs	320
2. Connaissance pratique et savoir scientifique	323
3. Le rôle des sources dans l'interprétation des canons et dans l'enseignement.	325
4. La séparation entre l'histoire et l'exposition du droit en vigueur.	328
5. Notion de droit et étude de l'histoire.	332

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M.

<i>La problematica giuridico-canonica sul matrimonio e sulla famiglia nell'orizzonte della giustizia e della misericordia. Aspetti fondamentali</i>	337
1. Impostazione abituale della problematica giuridico-canonica sul matrimonio e la famiglia alla luce del diritto come norma generale e della sua applicazione misericordiosa al caso singolo	337
2. La dimensione di giustizia come chiave ermeneutica in quest'ambito: il matrimonio e la famiglia come bene giuridico ecclesiale	339
3. Il matrimonio come rapporto di giustizia e di amore	342
4. Alcune conseguenze dell'esistenza di una dimensione di giustizia nel matrimonio e nella famiglia.	347
5. La rilevanza della misericordia nella dimensione giuridica del matrimonio e della famiglia nella Chiesa.	351
5.1. Considerazioni generali.	351
5.2. La misericordia nell'applicazione della legge canonica	354

INDICE

MANUEL JESÚS ARROBA CONDE

La problematica giuridico-canonica sul matrimonio e la famiglia nell'orizzonte della giustizia e della misericordia. Aspetti processuali 359

Introduzione 359

1. La credibilità dell'istituzione processuale 361
2. I limiti di risorse materiali e personali 365
3. La deontologia forense canonica 370
4. Aspetti tecnici del processo 371
5. L'impatto circoscritto della sentenza 374

MAURO RIVELLA

Summa divisio delle competenze come prima regola dell'amministrazione dei beni della Santa Sede 377

PAOLO GHERRI

Amministrazione e gestione dei beni temporali della Chiesa: primi elementi di concettualizzazione 385

1. Delineazione del problema 385
2. Amministrazione e gestione: elementi concettuali 387
 - 2.1. Una premessa epistemologica 387
 - 2.2. Qualche elemento concreto 391
3. La gestione: elementi pratici 394
 - 3.1. Necessità d'individuare e costituire una gestione 395
 - 3.2. Competenze specifiche della gestione 400
4. Concludendo 402

DIEGO ZALBIDEA

Significado y límites del concepto de transparencia en la gestión de los bienes .. 403

1. Introducción 403
2. Límites 404
3. Perspectivas 405
4. Rendición de cuentas y transparencia 405
5. El can. 1287 § 2 del Código de Derecho Canónico 410

IDENTITÀ DEL DIRITTO CANONICO E CULTURA
SECOLARIZZATA. DIALOGO COI DIRITTI SECOLARI

ULRICH RHODE

<i>La funzione d'insegnare della Chiesa in un contesto secolarizzato</i>	415
1. Introduzione	415
2. Il diritto come oggetto della funzione d'insegnare della Chiesa	416
2.1. Dallo Stato cattolico alla libertà religiosa	416
2.2. Il nome della rispettiva disciplina scientifica	417
2.3. Il cambiamento della dottrina e il Codice del 1983	418
2.4. Lo sviluppo della dottrina al livello dei singoli Stati	418
2.5. Riassunto	419
3. La funzione d'insegnare della Chiesa come oggetto di norme giuridiche	420
3.1. Premessa: gli atti parlano più delle parole	420
3.2. Panoramica delle domande sulla funzione d'insegnare come oggetto di norme giuridiche	420
3.3. Gli elementi dell'esercizio del <i>munus docendi</i> come un tipo di comunicazione	421
3.3.1. <i>Il soggetto insegnante</i>	421
3.3.2. <i>I destinatari dell'insegnamento</i>	425
3.3.3. <i>I mezzi di comunicazione</i>	425
3.3.4. <i>Le istituzioni dedicate all'insegnamento</i>	427
3.4. Riassunto	429

CARLO CARDIA

<i>L'esercizio del governo ecclesiastico in un contesto secolarizzato</i>	431
1. Premessa. Quesiti antichi, apocalisse futura	431
2. Secolarizzazione postmoderna, critica del vittimismo	435
3. Tramonto della 'pluralità degli ordinamenti giuridici'. Crisi dei diritti umani	440
4. Secolarizzazione dei valori. Il diritto procedurale, la fine dell'etica	443
5. Il declino del fondamento etico delle leggi. Diritto canonico realtà aliena	449
6. Oltre liberalismo e marxismo. Il nichilismo antropologico	454
7. Matrimonio e secolarizzazione globale	459

8. La dimenticanza del diritto, in utroque iure. Riduzione al diritto comune, neo-corporativismo	464
9. Evoluzione e impegni disattesi in ambito canonistico	471
10. Decadenza scientifica ed accademica del diritto canonico	475
11. Conclusioni. reciprocità inevitabile.	477

LUDOVIC DANTO

<i>Evolutions des législations civiles et incidences sur la législation canonique. L'exemple des unions civiles de personnes de même sexe et de l'homoparentalité</i>	481
1. Unions civiles de personnes de même sexe et incidences dans l'ordre canonique	485
2. Homoparentalité et incidences dans l'ordre canonique.	487
<i>Conclusion</i>	490

PAOLO CAVANA

<i>Enti della Chiesa e diritto secolare</i>	493
I. Parte descrittiva	493
1. Gli enti della Chiesa: varietà e distinzioni	493
2. Enti ecclesiastici e ordinamenti secolari tra dimensione istituzionale ed associativa	496
3. La disciplina degli enti nelle due codificazioni canoniche	500
4. Gli enti della Chiesa tra concordati e diritto comune	505
4.1. <i>Sistemi concordatari o di collaborazione</i>	506
4.2. <i>Sistemi separatisti</i>	509
II. Parte ricostruttiva	516
5. Elementi di novità nel regime degli enti nel diritto secolare	516
5.1. <i>Pluralismo, libertà religiosa e laicità dello Stato</i>	516
5.2. <i>Gruppi religiosi e appartenenza confessionale</i>	517
5.3. <i>Crisi del sistema delle fonti</i>	518
5.4. <i>Evoluzione del concetto di persona giuridica</i>	519
5.5. <i>Crisi della distinzione tra enti pubblici ed enti privati</i>	521
5.6. <i>Sviluppo del Terzo settore</i>	522
5.7. <i>Effetti ulteriori della globalizzazione</i>	523
6. Fattori evolutivi nell'ordinamento ecclesiale ed enti ecclesiastici	524
6.1. <i>Forme organizzative e modello codificatorio</i>	525
6.2. <i>Persone giuridiche ed enti nella Chiesa</i>	528

INDICE

6.3.	<i>Modelli di amministrazione interna</i>	529
6.4.	<i>Istituti religiosi</i>	530
6.5.	<i>Riforma delle strutture ecclesiali: le diocesi e le parrocchie</i>	531
6.6.	<i>Riforma delle strutture ecclesiali e autonomia statutaria</i>	534
6.7.	<i>Attività svolte in forma commerciale e finanziarie</i>	539
7.	Osservazioni conclusive	542

TAVOLE ROTONDE

CULTURA CANONICA E ALTRE CULTURE GIURIDICHE:
RILIEVI ESISTENZIALI

1. PROSPETTIVA ECUMENICA

NORMAN DOE

<i>Canon Law and Covenant in Anglicanism</i>	549
1. The Legal Systems of Anglican Churches.....	549
2. Principles of Canon Law Common to Anglican Churches.....	551
3. The Anglican Communion Covenant.....	555
<i>Conclusion</i>	560
<i>References</i>	562

HEINRICH DE WALL

<i>An Ecumenical Perspective on Canonical Culture and Other Juridical Christian Cultures: Orthodoxy, Anglicanism, Protestantism</i>	565
1. Introduction	565
2. The Protestant conception of ecclesiastical law	567
3. The canonistic tradition of Protestant ecclesiastical law	571
4. The CIC of 1917: the end of an era	573
5. Ongoing differences, shared questions	574

2. PROSPETTIVE EBRAICA ED ISLAMICA

ELIE RAAD

<i>L'islam. Storia, fondamenti teologici e Cultura giuridica</i>	579
A. Storia	579
1. Maometto prima dell'Egira (570-622)	579
2. Maometto dopo l'Egira (622-632)	581
3. Maometto, gli ebrei e i cristiani.	583
B. I fondamenti teologici dell'islam.	585
C. La cultura giuridica dell'islam.	587
1. Definizione ed origine	587
2. Le origini del <i>Fiqh</i>	588
3. Contenuto del <i>Fiqh</i>	591
<i>Conclusion</i>	592
<i>Glossario</i>	592
<i>Bibliografia</i>	593

ANDREA ZANOTTI

<i>Cultura canonica e cultura giuridica ebraica</i>	595
1. Le civiltà giuridiche e il tempo: le dinamiche evolutive	595
2. Immutabilità del diritto divino e dinamiche evolutive: la diversità delle risposte ebraica e canonica tra interpretazione e codificazione.	597
3. La veridicità dell'opera interpretativa: la convergenza sulla necessità di una garanzia gerarchica	603
4. La centralità della tradizione	606
5. Le civiltà giuridiche e lo spazio: l'atteggiarsi dell'universalismo nelle culture ebraico-canonica e gli steccati tracciati dalle giurisdizioni nazionali.	608
6. La secolarizzazione ed il superamento degli stati. Inediti spazi di espansione dell'universalità?	611
7. Umanesimo e salvezza.	613

3. ALTRE PROSPETTIVE CULTURALI

JESU PUDUMAI DOSS, S.D.B.

<i>Cultura canonica e cultura giuridica indiana: storia e sfide</i>	619
1. Premessa sulle realtà culturali indiane	619
2. Alcune sfide attuali	620
2.1. Nella società civile	620
2.1.1. Riconoscimento legale della Chiesa	620
2.1.2. Alcune implicazioni legislative	623
2.2. Nella Chiesa	627
2.2.1. Adattamento del diritto canonico	627
2.2.2. Rapporto tra le Chiese sui iuris	629
2.2.3. Uguaglianza nella Chiesa	632
2.2.4. Inculturazione e dialogo	634
3. Conclusione	637

JEAN PAUL BETENGNE

<i>Culture canonique et cultures juridiques en Afrique</i>	639
<i>Introduction</i>	639
1. Le pluralisme juridique en Afrique	640
1.1. Les cultures juridiques en présence	640
a) <i>Les cultures juridiques fondées sur la coutume</i>	640
b) <i>Les cultures juridiques d'inspiration islamique</i>	641
c) <i>La culture juridique des systèmes étatiques</i>	642
1.2. La dialectique entre la culture canonique et les autres cultures juridiques	642
2. La diffusion de la culture canonique en Afrique	644
2.1. Des obstacles à surmonter	644
a) <i>L'antijuridisme</i>	644
b) <i>Des abus de droit et d'autorité</i>	645
2.2. Des avancées remarquables	646
a) <i>L'utilité pastorale du droit canonique</i>	646
b) <i>L'apport des institutions d'enseignement du droit canonique</i>	647
3. La question d'un droit canonique africain	648
3.1. La problématique	648

INDICE

3.2. Pour une plus grande implication de l’Afrique dans la construction de la culture canonique.....	650
a) <i>Travailler à la promulgation des normes complémentaires au Code de 1983</i>	650
b) <i>Travailler à l’articulation entre droit canonique et systèmes coutumiers africains</i>	650
<i>Conclusion</i>	654

CARLOS SALINAS ARANEDA

Codificación civil hispanoamericana y codificación canónica:

<i>influencias pasadas y problemas de presente</i>	657
I. Influjo del derecho canónico en algunos códigos civiles de América Latina a través del Código Civil de la República de Chile: siglo XIX .	658
1.1. El Código Civil de la República de Chile y los códigos civiles latinoamericano.....	658
1.2. Influjo del derecho canónico en el Código Civil de Chile y, por su intermedio, en códigos civiles del continente	659
1.2.1. <i>Influjo implícito</i>	659
1.2.2. <i>Influjo explícito: la remisión</i>	660
1.2.3. <i>El derecho canónico como presupuesto para la interpretación de la norma civil</i>	662
II. El aporte de los derechos civiles al derecho canónico desde Hispanoamérica: la codificación canónica de 1917	663
2.1. La codificación del derecho canónico de 1917.....	663
2.2. Diversidad de códigos	664
2.3. Código Fundamental	665
2.4. Persona jurídica.....	666
2.5. Una propuesta común con los metropolitanos españoles: los esponsales.....	667
2.6. Una propuesta procesal desde España	668
III. Algunos problemas actuales en las relaciones del derecho canónico con el derecho de los Estados.....	669
3.1. ¿Retorno del recurso de fuerza?	669
3.2. Secreto profesional de abogados, médicos y confesores.....	671
3.3. Incapacidad de herencia y legado del último confesor.....	673
<i>A modo de conclusión</i>	674

INDICE

VINCENZO BUONOMO

<i>Cultura canonistica e sistema giuridico internazionale</i>	677
I. Introduzione	677
II. Adattamento e incorporazione del diritto internazionale nel diritto interno	686
a) Principi generali e consuetudine internazionale	690
b) Trattati	694

KURT MARTENS

<i>Canonical Culture and Legal Systems in Common Law: A Marriage Doomed To Fail?</i>	713
<i>Introduction</i>	713
I. Comparative Law as a Way Forward	714
II. Potential and Current Areas of Conflict Between Canon Law and Common Law, in Particular in the United States	716
A. Parish Mergers, Relegation to Profane but Not Sordid Use of Churches, and Hierarchical Recourses	717
B. Maintaining Catholic Identity	721
C. Temporal Goods: Ecclesiastical Goods, Civil Law, and Alienation	723
D. Due Process, Distinction and Separation of Powers, and Lack of Minimal Standards	725
<i>Conclusion</i>	728

COMUNICAZIONI

PAOLA BUSELLI MONDIN

<i>L'avvocatura ecclesiastica nella cultura giuridica attuale</i>	733
<i>Premessa</i>	733
1. I processi canonici e la pastorale vocazionale	734
1.1. La nuova cifra pastorale del processo canonico	734
2. Una nuova cultura per una nuova identità del patrono ecclesiastico	736
2.1. Nuovo dovere del patrono: cogliere un conflitto dietro una controversia	736
2.2. Nuovo onere del patrono: conoscere la pastorale vocazionale	737
2.3. Nuovo diritto del patrono: essere riconosciuto come un soggetto della pastorale vocazionale	737

INDICE

2.4. Nuova facoltà del patrono: farsi accompagnatore	737
<i>Conclusioni</i>	738

JAVIER CANOSA

<i>Il necessario contributo dei fedeli per la buona amministrazione ecclesiastica</i> ...	739
1. Il contributo dei fedeli all'amministrazione ecclesiastica: quale cambiamento si è verificato lungo gli ultimi cento anni?.....	739
2. Il contributo primario determinato dalla presenza dei fedeli e la sua efficacia per la buona amministrazione	743
3. L'importanza dei contributi consapevoli dei fedeli per la buona amministrazione	743
4. Conclusione	745

MASSIMO DEL POZZO

<i>L'inquadramento sistematico del diritto costituzionale canonico nel CIC 1917..</i>	747
1. L'impronta costituzionalistica soggiacente al metodo codiciale	747
2. La prospettiva materiale della "idea costituzionale" soggiacente al CIC 17	748
3. La prospettiva formale della strutturazione societaria emergente dal CIC	749
3.1. Il centralismo	749
3.2. L'autoritarismo	751
3.3. Il clericalismo.....	752
4. La restrizione costituzionalistica piano-benedettina.....	753

FRANCISCO JUNIOR DE OLIVEIRA MARQUES, SSS

FERNANDO ANTÔNIO CAMPOS VIANA

<i>El patrimonio propio del religioso en el can. 668 y sus efectos en el vigente Código Civil brasileño</i>	755
<i>Introducción</i>	755
1. Cesión de la administración de los bienes del futuro religioso.....	756
2. Disposición de uso y usufructo de los bienes cedidos.....	758
3. El testamento del religioso	759
4. Los bienes adquiridos por un miembro de instituto religioso.....	760
5. Perdida de la capacidad de adquirir y poseer bienes	763
<i>A modo de conclusión</i>	763
<i>Bibliografía</i>	764

INDICE

ELENA DI BERNARDO

Il contributo del Cardinal Roberti all'evoluzione della cultura

<i>processualistica moderna</i>	767
1. La teoria del contratto giudiziario alle soglie del XX secolo	767
2. Il contributo del Cardinal Roberti all'evoluzione della cultura processualistica canonica moderna.....	769
3. Un archetipo per le sfide attuali	771

JAN DOHNALIK

Il ruolo del foro interno. Le osservazioni della Penitenzieria Apostolica al primo

<i>Codice di Diritto Canonico</i>	773
---	-----

BENEDICT N. EJEH

Canonical Status of Particular Churches in Mission Territories

1. Mission and Mission Territories	781
2. The Pontifical Missionary Jurisdiction.....	782
3. Beyond the "Mission" and "Established" Churches Dichotomy.....	784

COSTANTINO-M. FABRIS

*L'evoluzione della nozione di foro interno: dal can. 196 del CIC17 al nuovo
can. 130 del CIC83*

1. Criteri di revisione del CIC17: la questione del foro interno	789
2. Il problema della giuridicità del foro interno.....	790
3. La potestà nel foro interno in funzione della salvezza dei fedeli	792
4. Conclusioni: circa una definizione di foro interno nell'ordinamento giuridico ecclesiale.....	794

FRANCESCO FALCHI

*La natura pastorale del diritto ecclesiale e l'incontro tra diritto canonico e culture
giuridiche nel magistero di Paolo VI*

1. Un giusto omaggio a Paolo VI.....	795
2. Il diritto canonico nei discorsi di Paolo VI	796
a) la sua armonia col mistero della Chiesa	796
b) il suo fondamento.....	797
3. Il diritto canonico e l'incontro con le culture giuridiche	799
4. Note conclusive	801

INDICE

JOSÉ FERNÁNDEZ SAN ROMÁN, L.C.

<i>La cuestión de la admisión al matrimonio de los que notoriamente abandonaron la fe y de los censurados en las fuentes históricas y en la Codificación de 1917. Una visión de síntesis y comentario</i>	803
1. Términos del debate	803
2. Antecedentes históricos y doctrinales	804
3. Las fuentes de los cánones y los trabajos de la Comisión de la Codificación	806
4. Conclusiones principales	808

MARIANGELA GALLUCCIO

<i>Le deroghe al divieto di matrimonio misto nel diritto canonico e nel diritto ebraico</i>	809
1. Ragioni ed obiettivi dello studio sul tema	809
2. I divieti di nozze miste nel diritto canonico e nel diritto ebraico	811
2.1. L'evoluzione	811
2.2. La disciplina	812
3. Le deroghe al divieto di matrimonio misto	812
4. Sintesi conclusiva	813

MANUEL GANARIN

<i>L'avvicendamento delle codificazioni canoniche nella continuità della tradizione disciplinare della Chiesa. L'apporto delle interpretazioni autentiche per modum legis</i>	815
1. L'interpretazione autentica <i>per modum legis</i> quale strumento di valorizzazione della <i>traditio canonica</i>	815
2. L'influsso dello <i>ius vetus</i> nella risoluzione dei dubbi di diritto: alcune esemplificazioni	817
2.1. Il ripristino della continuità disciplinare mediante la promulgazione del responso autentico restrittivo	817
2.2. L'aggiornamento del significato abituale dei termini legali: l'apporto "creativo" della <i>traditio canonica</i>	819
3. L'apporto strutturante del fattore storico nell'esperienza giuridica della Chiesa: "assiologicità", "vitalità" e "mutabilità" della tradizione canonica	820

INDICE

MONTSERRAT GAS-AIXENDRI

<i>Derecho canónico y teología: un diálogo necesario para afrontar los desafíos de la pastoral familiar</i>	823
1. Introducción	823
2. El matrimonio sacramental en perspectiva teológica	824
3. La perspectiva jurídica del sacramento	826
4. La posición del magisterio	827
5. Una propuesta resolutoria	829

JUAN GONZÁLEZ AYESTA

<i>Due recenti misure adottate dalla Conferenza Episcopale Spagnola per favorire la trasparenza</i>	833
1. Introduzione	833
2. Il portale di trasparenza della Conferenza Episcopale Spagnola	835
3. L'accordo con <i>Transparencia Internacional España</i>	836
3.1. <i>Transparencia Internacional España: natura e finalità.</i>	836
3.2. Struttura e contenuti dell'Accordo con la Conferenza Episcopale Spagnola	837

WOJCIECH GÓRALKI

<i>La ricezione del Codex Iuris Canonici del 1917 in Polonia</i>	839
<i>Introduzione</i>	839
1. Contributo della dottrina	839
2. Il ruolo dell'insegnamento del diritto canonico	843
3. La risposta delle Chiese particolari	844
<i>Conclusioni</i>	846

RAFFAELE GRANATA

<i>Il ruolo della "codificazione canonica" nel sistema delle fonti del diritto della Chiesa d'Inghilterra</i>	849
---	-----

LUCIA GRAZIANO

<i>L'esperienza codificatoria della Chiesa cattolica e il dialogo tra culture giuridiche</i>	855
1. Diritto canonico e culture giuridiche a cent'anni dalla prima codificazione dello <i>ius Ecclesiae</i>	855
2. La Chiesa e il suo diritto: la specificità di un percorso <i>sui generis</i> nell'evoluzione della cultura giuridica occidentale	857

INDICE

3. Il crescente e diffuso interesse per le fonti normative dei sistemi giuridici religiosi 859

AURORA M^a LÓPEZ MEDINA

- El Código y la Cátedra. Las primeras oposiciones tras el CIC de 1917* 861
1. El desarrollo de la oposición a la cátedra de Instituciones de Derecho Canónico de la Universidad de Murcia 862
2. Perfil de los opositores. El catedrático José Pou de Foxá 865

JESÚS MIÑAMBRES

- Finalità e titolarità nella definizione legale dei beni ecclesiastici* 869
1. La scelta legale di definire i beni ecclesiastici 869
2. Giustificazione teleologica del diritto della Chiesa ai beni 871
3. Lo strumento della personalità giuridica 872
4. La centralità della comunione 873
5. Conclusione 874

AGOSTINO MONTAN

- A cento anni dalla promulgazione del Codice di diritto canonico del 1917: l'evoluzione della normativa della vita consacrata nel contesto della cultura giuridica contemporanea* 877
1. La formazione negli istituti di vita consacrata e nelle società di vita apostolica: evoluzione della normativa 882
2. Il governo negli istituti di vita consacrata e nelle società di vita apostolica: evoluzione della normativa 885

SIMONA PAOLINI

- La sistematica del De religiosis nella generale ordinatio legum del CIC del 1917* 887

MIGUEL M. F. REPETTO ROLON

- El orden público en el Código de 1917: Raíces y contenido* 893
1. Introducción 893
2. ¿Hay más de un orden público? 893
3. La codificación Piobenedictina 894
- 3.1. El can. 14 § 1, 2^o 894
- 3.2. El can. 1529 897
4. Conclusión 898

INDICE

ALESSIO SARAI

<i>I riflessi della codificazione canonica nell'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano</i>	899
1. L'applicazione del <i>Codex iuris canonici</i> del 1917 nell'ordinamento vaticano	899
2. Il rapporto tra il <i>Codex</i> e le altre fonti del diritto vaticano	900
3. Il nuovo <i>Codex iuris canonici</i> del 1983 e la sua applicazione nello SCV	901
4. Le recenti riforme dell'ordinamento vaticano e le prospettive aperte .	903

BEATRICE SERRA

<i>Ragioni della supremazia della lex nell'esperienza giuridica della Chiesa: note sparse sulle interazioni fra ius e potestas nella codificazione post-conciliare</i> ...	905
1. Considerazioni introduttive	905
2. La contestazione del diritto canonico quale diritto codiciale dopo il Concilio Vaticano II.	906
3. La riaffermazione del nesso inscindibile fra Chiesa e <i>ius</i> . L'impostazione di fondo del <i>ius publicum ecclesiasticum</i> sottesa alla seconda codificazione canonica	908
4. I riferimenti alla legalità nella codificazione post-conciliare: continuità e discontinuità con il precedente quadro di comprensione del diritto e della Chiesa.	909

SZABOLCS ANZELM SZUROMI, O.PRAEM.

<i>Justinian Serédi OSB's personal contribution in the codification of the CIC (1917)</i>	911
<i>Introduction</i>	911
I. The elaboration of the Code of Canon Law (1917)	912
II. Justinian Serédi's contribution in the process of codification	914
<i>Conclusion</i>	917

ILARIA ZUANAZZI

<i>La mitezza quale paradigma della potestà di governo nella Chiesa</i>	919
1. Lo sviluppo storico della concezione della potestà nella Chiesa.	919
1.1. Dal <i>ministerium</i> alla <i>potestas iurisdictionis</i>	919
1.2. La <i>potestas</i> qualificata come <i>servitium</i>	922
2. Il paradigma della mitezza nella revisione della funzione di governo	923

INDICE

LUIS NAVARRO

<i>Relazione conclusiva</i>	927
1. Premessa d'inquadramento	927
2. L'esigenza di andare oltre il Codice	931
3. La formazione giuridica dei canonisti e la formazione canonistica dei giuristi	933
4. La vocazione universalistica ed esemplare del diritto canonico	935
5. Conclusione	937

PRESENTAZIONE

*Jesús Miñambres**

Nel 2017 ricorreva il centenario della pubblicazione del primo codice di diritto canonico in senso moderno. In tale occasione, l'associazione internazionale dei canonisti, ormai anch'essa "vecchia" di quasi mezzo secolo, insieme con alcune Facoltà di Diritto canonico dell'Urbe e con la partecipazione delle cattedre della materia e di Diritto ecclesiastico dei Dipartimenti giuridici di altre Università, hanno voluto organizzare un Congresso internazionale, celebrato a Roma nel mese di ottobre, che comparava la cultura giuridica "nella" Chiesa con le altre culture giuridiche differenziate sia per motivi geografici che storici o di altri generi, anche religiosi.

Nel titolo del Congresso ha particolare rilevanza la congiunzione "e", congiunzione copulativa e non disgiuntiva che implica che i due termini da essa uniti partecipano del carattere della giuridicità. Infatti, non è infrequente ascoltare opinioni che manifestano il convincimento che il Diritto canonico si chiami così per tradizione, ma che non sia vero Diritto, bensì un insieme di indicazioni più o meno vincolanti per gli "appartenenti". Opinioni queste che trasmettono la sensazione che chi le sostiene pensi al "diritto" in termini alquanto "primitivi", come forza, come potere. In realtà, il tratto essenziale di ogni "Diritto" è la ricerca della giustizia, ricerca che può anche comportare l'uso del potere e della forza ma che li trascende. In questa prospettiva, è indubbio che tutte le branche del Diritto siano unite al tronco comune: la ricerca della giustizia nel proprio ambito di riferimento (sociale, culturale, territoriale, religioso, ecc.). Il Diritto canonico partecipa anche a questa finalità comune della ricerca della giustizia nel suo ambito proprio, vale a dire, nella Chiesa. Lo indicava il Papa nel messaggio inviato al Congresso: «ossequio alla virtù della giustizia, che anche *in Ecclesia* dev'essere affermata e garantita». Perciò, almeno per la finalità comune, il Diritto canonico è vero Diritto, appartiene alle culture giuridiche presenti nella storia dell'umanità.

La comunità di intenti e il fatto che la giustizia richiede relazioni personali, cioè tra soggetti che possono essere presenti contemporaneamente in diversi

* Pontificia Università della Santa Croce

ambiti "sociali", comporta dei rapporti tra i diversi approcci al "giuridico" che si verificano nella storia dell'umanità mediante intrecci di diversa natura. Non stupisce perciò trovare alla base delle istituzioni canoniche tanti riferimenti al mondo giuridico greco-romano ed ebraico, e poi nel tempo "contaminazioni" germaniche e più di recente africane o asiatiche. Non sorprende neanche il fatto che molti sistemi giuridici moderni (nazionali, multinazionali e internazionali) traggano elementi di giustizia e di tecnica giuridica dall'evolversi della legislazione e della giurisprudenza canonica.

In occasione di questo ampliamento della prospettiva abituale nella trattazione delle istituzioni e delle problematiche giuridiche, si dà un respiro all'indagine sulla giustizia nei rapporti umani che può contribuire a superare il riduzionismo di chi considera che giuridico sia sinonimo di legale o di giurisprudenziale (o comunque di "posto", di "positivo") e cerca di insegnare "come" combinare gli strumenti "posti" per ottenere prodotti predeterminati (una specie di ingegneria legale) piuttosto che la giustizia nei rapporti umani. In questo senso, il Diritto canonico e il suo insegnamento possono contribuire a non perdere di vista l'essenziale ricerca della giustizia nel coltivare la scienza giuridica: perciò sembra auspicabile il ritorno dello studio del Diritto canonico nei piani di studi dei Dipartimenti di scienze giuridiche di tutte le Facoltà di tutte le Università, e perciò l'associazione internazionale dei canonisti persevera nell'impegno di promuovere lo studio del Diritto canonico.

Nei lavori del Congresso è stato possibile scorgere la convenienza di una sempre più frequente collaborazione tra i diversi ambiti giuridici generati dalla vita umana del XXI secolo, collaborazione che richiede il riconoscimento della legittimità delle posizioni di partenza reciproche e apertura all'interazione. Si spiega anche per questo l'importanza acquisita negli ultimi decenni dalla comparazione giuridica (legale, giurisprudenziale, scientifica) che ha dato origine a interessanti corsi universitari in diverse parti del mondo, e che è arrivata a proposte di studio del "diritto globale". Senza dimenticare i tradizionali studi di diritto internazionale e dei suoi strumenti sia pubblici (per quanto riguarda la Chiesa, si pensi soprattutto ai concordati) sia privati (il rinvio normativo, presente nella legislazione canonica dal momento della prima codificazione moderna).

Papa Francesco, nel suo messaggio al Congresso, sottolineava proprio il ruolo che può essere attribuito al primo Codice canonico nei rapporti fra ordinamenti legali di origine diversa: «il Codice ha avuto un doppio effetto: incrementare e garantire l'autonomia che della Chiesa è propria, e al tempo stesso – indirettamente – contribuire all'affermarsi di una sana laicità negli ordinamenti statali».

Per affrontare tutte le tematiche sorte attorno alla codificazione canonica, quindi, il Congresso ha preso le mosse da una considerazione storico culturale: quali erano le basi culturali della legislazione nella Chiesa agli inizi del XX secolo (Caravale); e quali i vantaggi e i limiti di accogliere l'idea codificatrice nel suo Diritto (Fantappiè). Illustrare la scelta richiedeva tornare ai precedenti antichi: i rapporti con il Diritto romano e germanico (Landau) e la dinamicità della legislazione della Chiesa che ha prodotto sistemi giuridici diversi in ambienti culturali differenti, come il *Common Law* e il *Civil Law* (Pennington). Vi erano anche all'epoca fattori diversi che hanno influenzato l'opera del legislatore canonico, dalla dottrina dello *ius publicum ecclesiasticum* (Nacci), alle codificazioni europee precedenti (Cavalaglio), alle esigenze dell'Oriente cristiano (Marti).

La celebrazione del Concilio Vaticano II ha aggiunto elementi al contesto culturale nel quale la legge del Codice del 1917 vigeva, che il Papa nel suo messaggio al Congresso riassume così: «passaggio da un'ecclesiologia modellata sul diritto canonico a un diritto canonico conformato all'ecclesiologia». In effetti, il concilio ha comportato un approfondimento nello statuto epistemologico del Diritto canonico stesso (Erdö), frutto di una visione più chiara delle caratteristiche essenziali della Chiesa, che ha richiesto nuovi testi legali sia per la Chiesa latina (Feliciani) che per le Chiese orientali (Vasil).

Se la celebrazione del Concilio ha richiesto nuovi Codici, quali sono al presente le sfide giuridiche da affrontare nella Chiesa? Il Congresso ha riflettuto su questa domanda in due linee di pensiero, l'una che parte da fattori intra ecclesiali da prendere in considerazione, l'altra che riflette sulla cornice culturale nella quale la Chiesa compie oggi la sua missione. Nella prima linea di riflessione si inseriscono le esperienze maturate durante la vigenza del Codice del 1917 e la redazione di quelli post conciliari del 1983 e del 1990, dallo studio di alcune esigenze che sorgevano man mano dalla vita dei fedeli, quali l'unità della Chiesa in un contesto di diversità culturale e di pluralismo di pensiero, il rapporto tra la dimensione universale e quella particolare della Chiesa stessa, la collegialità episcopale, ecc. (Otaduy), allo studio dei rapporti personali tra i fedeli e con la gerarchia all'interno della comunione ecclesiale (Blanco). Anche in questa riflessione l'esperienza storica contribuiva a determinare alcuni punti della codificazione: la convenienza o meno delle definizioni legali (Minelli), l'assunzione di elementi dallo *ius vetus* (D'Arienzo), il protagonismo della stessa vita vissuta dalla comunità ecclesiale (Sol).

Due argomenti giuridici che sono stati molto presenti nella vita della Chiesa degli ultimi anni sono, in primo luogo, quello che riguarda il riordino del processo di accertamento della nullità dei matrimoni canonici, che è stato affrontato nel Congresso da un punto di vista più ampio in riferimento alla

misericordia e alla giustizia, sia sotto l'aspetto fondamentale (Errázuriz), che sotto quello processuale (Arroba Conde); e, in secondo luogo, quell'altro che si riferisce alla gestione e amministrazione (Gherri) dei beni ecclesiastici e alla vigilanza su tale gestione e amministrazione (Rivella) che esige, tra l'altro, trasparenza (Zalbidea).

Sono state presentate anche riflessioni su alcune materie nelle quali il Diritto della Chiesa vive diverse esperienze nei differenti contesti culturali secolarizzati, principalmente in rapporto all'insegnamento (Rhode), all'esercizio della funzione di governo (Cardia) e all'istituzione matrimoniale (Danto), ma anche in materia di riconoscimento degli enti propri dell'organizzazione della Chiesa e della sua missione (Cavana).

Nella relazione finale, il presidente della Consociatio traeva tre conclusioni dai lavori che qui pubblichiamo: «1) *l'esigenza di andare oltre il Codice*; 2) *la formazione giuridica dei canonisti e la formazione canonistica dei giuristi*; 3) *la vocazione universalistica ed esemplare del diritto canonico*».

Il presente volume, pubblicato grazie al contributo di Banca Intesa San Paolo, raccoglie gli interventi a quelle giornate romane di studio e segue fondamentalmente la struttura dei lavori del Congresso, anche se per ragioni "editoriali" abbiamo apportato alcuni cambiamenti: abbiamo organizzato i contributi ai diversi "Workshops" come se fossero state relazioni principali, in modo da rispettare meglio lo sviluppo dei lavori; abbiamo accorpato gli interventi a tutte le tavole rotonde per offrire un quadro generale dello stato attuale delle diverse culture giuridiche in relazione al Diritto della Chiesa cattolica; abbiamo anche aggiunto le comunicazioni alla fine del volume, senza raggrupparle né strutturarle, ma semplicemente ordinandole secondo il cognome degli autori. Per quanto riguarda la "forma" di pubblicazione degli interventi abbiamo cercato di unificare i modi di citare, rispettando però le peculiarità "culturali" degli autori: dove abbiamo trovato omogeneità abbiamo cercato di rispettarla. Per quest'ultima ragione, vi sono dei contributi che accumulano i riferimenti bibliografici alla fine e li richiamano dal testo, anziché inserirli in note a piè di pagina, che è il sistema che abbiamo preferito.

Jesús Miñambres
(curatore)
dicembre 2018

MESSAGGIO IN OCCASIONE DEL XVI CONGRESSO INTERNAZIONALE DELLA CONSOCIATIO INTERNATIONALIS STUDIO IURIS CANONICI PROMOVENDO

Papa Francesco

Cari fratelli e sorelle!

La ricorrenza del centenario della promulgazione del primo Codice di diritto canonico, avvenuta il 27 maggio 1917 con la Costituzione apostolica *Providentissima Mater Ecclesia*, induce a considerare il significato che storicamente ha avuto quella audace decisione per la vita della Chiesa; una decisione interamente dominata dalla preoccupazione pastorale, nella consapevolezza del servizio che un diritto canonico chiaro, ordinato sistematicamente, accessibile a tutti avrebbe potuto rendere all'ordinata cura del popolo cristiano. L'istanza pastorale fu certamente determinante nella decisione di san Pio X, un Papa che veniva dalla cura d'anime, di dare alle disposizioni canoniche, accumulate nei secoli, una sistemazione organica in un codice. Prima di salire al soglio di Pietro, Giuseppe Sarto, nel suo ministero sacerdotale ed episcopale, aveva maturato la convinzione che il clero dovesse essere aiutato, con strumenti idonei e semplici, a far fronte ai tempi nuovi e alle nuove esigenze che si ponevano nell'azione pastorale. Da questo punto di vista, l'organizzazione delle norme canoniche nel sistema di un moderno codice, destinato a sorreggere la vita quotidiana dei pastori, sta in perfetta corrispondenza con il *Catechismo* che da quel santo Pontefice prese il nome e che si rivelò uno strumento formidabile per la formazione cristiana.

La scelta della codificazione segnò, all'indomani ormai della fine del potere temporale dei Papi, il passaggio da un diritto canonico contaminato da elementi di temporalità a un diritto canonico più conforme alla missione spirituale della Chiesa.

Guardando al secolo che ci separa da quell'atto di promulgazione, non si può negare che il Codice pio-benedettino abbia reso un grande servizio alla Chiesa, nonostante i limiti di ogni opera umana e le distorsioni che, nella teoria

e nella pratica, le disposizioni codiciali possono aver conosciuto, ivi compresa qualche tentazione positivista. In sostanza, la codificazione attrezzò la Chiesa per affrontare la navigazione nelle acque agitate dell'età contemporanea, mantenendo unito e solidale il popolo di Dio e sostenendo il grande sforzo di evangelizzazione, che con l'ultima espansione missionaria ha reso la Chiesa davvero presente in ogni parte del mondo. Da non sottovalutare poi è il ruolo svolto dalla codificazione nella emancipazione dell'istituzione ecclesiastica dal potere secolare, in coerenza col principio evangelico che impone di "dare a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio" (cfr Mt 22,15-22). Sotto questo profilo, il Codice ha avuto un doppio effetto: incrementare e garantire l'autonomia che della Chiesa è propria, e al tempo stesso – indirettamente – contribuire all'affermarsi di una sana laicità negli ordinamenti statali.

Tuttavia, la ricorrenza centenaria che quest'anno si celebra dev'essere anche occasione per guardare all'oggi e al domani, per riacquisire e approfondire il senso autentico del diritto nella Chiesa, Corpo Mistico di Cristo, dove il dominio è della Parola e dei Sacramenti, mentre la norma giuridica ha un ruolo necessario, sì, ma di servizio. Così come è occasione propizia per riflettere su una genuina formazione giuridica nella Chiesa, che faccia comprendere, appunto, la pastoralità del diritto canonico, la sua strumentalità in ordine alla *salus animarum* (can. 1752 del Codice del 1983), la sua necessità per ossequio alla virtù della giustizia, che anche *in Ecclesia* dev'essere affermata e garantita.

Sotto questo punto di vista, ritorna impellente l'invito di Benedetto XVI nella Lettera ai seminaristi, ma valido per tutti i fedeli: «Imparate anche a comprendere e – oso dire – ad amare il diritto canonico nella sua necessità intrinseca e nelle forme della sua applicazione pratica: una società senza diritto sarebbe una società priva di diritti. Il diritto è condizione dell'amore» (18 ottobre 2010). *Nulla est charitas sine iustitia*.

Un'altra considerazione preme rilevare, in questa ricorrenza che induce a guardare il futuro. Ha scritto san Giovanni Paolo II nella Costituzione apostolica *Sacrae disciplinae leges*, del 25 gennaio 1983, con cui è stato promulgato il nuovo Codice per la Chiesa latina, che questo rappresenta il «grande sforzo di tradurre in linguaggio *canonistico* [...] l'ecclesiologia conciliare». L'affermazione esprime il capovolgimento che, dopo il Concilio Vaticano II, ha segnato il passaggio da un'ecclesiologia modellata sul diritto canonico a un diritto canonico conformato all'ecclesiologia. Ma la stessa affermazione indica anche l'esigenza che il diritto canonico sia sempre conforme all'ecclesiologia conciliare e si faccia strumento docile ed efficace di traduzione degli insegnamenti del Concilio Vaticano II nella vita quotidiana del popolo di Dio. Penso, ad esempio, ai due recenti *Motu proprio* che hanno riformato il processo canonico per le cause di nullità del matrimonio.

Come ogni Concilio, anche il Vaticano II è destinato ad esercitare in tutta la Chiesa un'influenza lunga nel tempo. Dunque, il diritto canonico può essere uno strumento privilegiato per favorirne la recezione nel corso del tempo e nel susseguirsi delle generazioni. Collegialità, sinodalità nel governo della Chiesa, valorizzazione della Chiesa particolare, responsabilità di tutti i *christifideles* nella missione della Chiesa, ecumenismo, misericordia e prossimità come principio pastorale primario, libertà religiosa personale, collettiva e istituzionale, laicità aperta e positiva, sana collaborazione fra la comunità ecclesiale e quella civile nelle sue diverse espressioni: sono alcuni tra i grandi temi in cui il diritto canonico può svolgere anche una funzione educativa, facilitando nel popolo cristiano la crescita di un sentire e di una cultura rispondenti agli insegnamenti conciliari.

Dal Vaticano, 30 settembre 2017

INDIRIZZO DI SALUTO

XVI CONGRESSO INTERNAZIONALE DIRITTO CANONICO E CULTURE GIURIDICHE

*Card. Pietro Parolin**

Eminenze,
Eccellenze,
Studiosi, Operatori e Specialisti del Diritto Canonico,
Illustri Signori e Signore,
Cari amici,

Sono lieto di prendere la parola all'inizio di questo XVI Congresso Internazionale: *Diritto Canonico e culture giuridiche*, che si svolge nella ricorrenza del centenario della promulgazione del primo Codice di Diritto Canonico. A tutti rivolgo un cordiale saluto, a nome del Santo Padre Francesco e mio personale, e auguro un fruttuoso svolgimento dei lavori. Guardando al passato, il vostro Congresso intende offrire spunti e sollecitazioni che aiutino ad affrontare le sfide odierne, in un momento di disorientamento e di difficoltà qual è quello attuale. Come avete scritto nel programma, *"occorre pensare in grande ad un diritto ecclesiale capace di incidere in un mondo globalizzato e caratterizzato dal multiculturalismo"*.

Il Congresso Internazionale che oggi si inaugura ha, dunque, un programma ambizioso: investigare il rapporto tra il diritto della Chiesa e le culture giuridiche contemporanee. Si tratta di un programma ambizioso perché tocca diverse questioni, tra cui: la fine dell'eurocentrismo, con riflessi anche su quella cultura giuridica che tanto ha influenzato le espressioni positive del diritto canonico, ma sulla quale peraltro questo a sua volta ha tanto inciso; l'emergere di altre culture giuridiche, nelle quali pure il diritto canonico è chiamato ad incarnarsi se vuole essere fedele alla propria vocazione di servizio alla missione della Chiesa; la globalizzazione, processo dalle molte facce, che presuppone

* Segretario di Stato.

l'adozione di strumenti giuridici nuovi per le nuove esigenze della vita pratica che si presentano anche alla istituzione ecclesiastica.

Giova notare al riguardo che quello del confronto con le *res novae* che, di tempo in tempo, segnano il divenire della storia, è problema sempre presente nelle diverse stagioni della vita del diritto canonico. In effetti, se la dimensione giuridica ed istituzionale è, per dir così, connaturale alla Chiesa in quanto popolo di Dio pellegrinante sulla terra (*Lumen gentium*, n. 9), le sue traduzioni positive sono frutto di un confronto continuo con le espressioni della giuridicità che si manifestano nelle diversità di tempo, di luogo, di cultura. Si tratta di un fenomeno che non deve sorprendere, se si guarda al carattere proprio del diritto, vale a dire di essere strumento concreto per la vita buona di una comunità umana e dei suoi componenti; ma soprattutto un fenomeno che non sorprende il canonista, il quale sa che compito suo è quello di aiutare la missione della Chiesa nel mondo.

In questa prospettiva il richiamo della ricorrenza centenaria, che pure è nel titolo del presente incontro di ricerca scientifica, si manifesta assai pertinente e significativo. Perché il codice voluto da San Pio X e promulgato nel 1917 da Benedetto XV può essere considerato, con gli occhi della storia, come uno degli strumenti con i quali la Chiesa ha affrontato il mare della modernità con tutti i suoi problemi inediti e la sua complessità. E, sempre con gli occhi della storia, dobbiamo riconoscere che l'audace scelta di Papa Sarto è stata sostanzialmente rispondente alle speranze in essa allora riposte, rendendo un enorme servizio alla Chiesa.

Oggi la postmodernità si presenta con un volto assai diverso; pone questioni assolutamente inedite rispetto al passato; provoca ad un ripensamento conseguente del diritto canonico, a livello culturale così come a livello normativo e, più in generale, esperienziale, perché possa rispondere ancora una volta alle esigenze della Chiesa. Si presentano problemi nuovi, grandi, ma anche grandi opportunità: si pensi fra le tante alla caduta del mito della statualità del diritto, che fra Ottocento e Novecento ha fortemente operato per l'estromissione del diritto canonico dalla vita pulsante delle società civili; una estromissione cui si è reagito, tra l'altro, con una crescente pratica concordataria.

Dunque lo sguardo al codice canonico del 1917, che rende evidente la storicità intrinseca nel diritto ecclesiale di produzione meramente umana, se evoca in maniera paradigmatica l'adattamento di questo diritto al cambio epocale, induce a guardare indietro per volgersi con maggior impegno a progettare quanto oggi richiesto dai tempi; stimola a vedere ciò che è morto rispetto alle sfide odierne, ma anche ciò che è ancora vivo e vitale, ciò che può essere raccolto, modificato, aggiornato e sviluppato; ispira la configurazione di nuovi

istituti e norme nuove, più confacenti nell'odierno contesto al perseguimento di quella *salus animarum* che, come si esprime l'ultimo canone della vigente codificazione latina *suprema lex in Ecclesia semper esse debet* (can. 1752).

All'adeguamento del diritto canonico alle necessità di oggi, sul piano normativo, ma anche ed ancor più sul piano del "diritto vivente" nella attività amministrativa ed in quella giurisprudenziale, voi canonisti siete invitati a dare un contributo insostituibile e prezioso.

E qui si pone una sfida importante, che deve essere raccolta: quella che attiene alla formazione giuridica nelle nuove generazioni di fedeli chiamati ad esercitare funzioni nella Chiesa, siano essi chierici, religiosi o laici, nella consapevolezza della intrinseca necessità del diritto anche in una società, qual è quella ecclesiastica, che è radunata dalla Parola e si riconosce comunitariamente nell'Eucaristia, la quale è vocata ad essere espressione vivente di quella Carità che, come ci insegna san Paolo, "*non gode dell'ingiustizia, ma si compiace della verità*" (1 Cor. 13, 6). Perché se è vero che la carità va oltre la giustizia, essa tuttavia non può prescindere da questa.

Si tratta di una sfida che tocca in particolare voi, cultori del diritto della Chiesa che siete associati in un benemerito sodalizio il quale, già nella propria denominazione, indica chiaramente il nobile scopo: *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo*. Come più precisamente recita l'art. 2 del vostro Statuto, "*L'Associazione intende approfondire e diffondere lo studio del diritto canonico e del diritto statale relativo alla Chiesa Cattolica e ad altre Chiese e comunità ecclesiali*". Dunque una finalità duplice: ricerca e insegnamento.

La ricerca innanzitutto, che è un itinerario di investigazione e riflessione permanente sul *jus conditum*, ma anche sul *jus condendum*; sul diritto scritto, ma anche sul diritto così come vivente nel concreto della vita della comunità ecclesiale. Una ricerca che è presupposto necessario di un insegnamento vivo e vitale, il quale non si limita a trasmettere quanto acquisito e consolidato, ma che si inoltra nella sollecitazione delle intelligenze a guardare dentro i fenomeni e a prospettare nuove configurazioni della giuridicità. Una ricerca, ancora, che non si arresta alle dinamiche della giuridicità che si manifestano all'interno della società ecclesiastica, ma che guarda anche *ad extra*, fuori di essa, ai rapporti che necessariamente il diritto canonico deve avere con i diritti secolari, per quanto attiene alle loro determinazioni sulla Chiesa e in generale sul fenomeno religioso, così come ai rapporti con i diritti delle altre Chiese e comunità ecclesiali.

Preme qui sottolineare come l'apporto della scienza canonistica, che ha sempre efficacemente affiancato l'azione della Autorità nella Chiesa, appaia particolarmente necessario in un momento quale l'attuale in cui, proseguendo

nel grande solco dell'attuazione del Concilio Vaticano II, riforme importanti si stanno apportando sia a strutture istituzionali, sia alle regole relative ad istituti canonici ovvero all'agire dell'amministrazione ecclesiastica e della giurisdizione. Il contributo degli studiosi è particolarmente apprezzabile non solo nelle fasi progettuali, ma anche in quelle, non di rado ardue, della corretta interpretazione ed applicazione delle nuove disposizioni.

Ma poi l'insegnamento e, più in generale, la formazione. La vostra Associazione è impegnata in questa prospettiva, con un orizzonte ampio per quanto riguarda i livelli di formazione, ma anche per quanto riguarda ambiti e destinatari della stessa.

Al riguardo interessa richiamare l'attenzione sulla necessità di irrobustire la cultura giuridica in seno alla compagine ecclesiale. Questo non significa necessariamente da parte di tutti una conoscenza precisa del tessuto ordinamentale, cosa che ovviamente compete precipuamente agli studiosi ed operatori del diritto canonico, ma significa piuttosto attivare il sentire profondo per cui il diritto è strumento di giustizia e questa è presupposto dell'amore. Anche da codesto punto di vista la lunga serie di Congressi Internazionali che l'Associazione ha promosso dalla sua origine ad oggi, rappresenta un apporto qualificato e prezioso alla alimentazione di una sana consapevolezza del significato e del giusto ruolo del diritto nella Chiesa.

In conclusione, l'auspicio è che anche questo XVI Congresso Canonistico Internazionale possa costituire un alto momento di studio, così come lo sono stati tutti quelli che lo hanno preceduto, e possa dare validi contributi nell'approfondimento delle tematiche in programma. Per questo vi assicuro la mia vicinanza e la mia preghiera. Grazie per l'ascolto.

Relazioni

Codificazione piano-benedettina
e culture giuridiche

LA CULTURA GIURIDICA ALLA BASE DEL CODEX IURIS CANONICI DEL 1917

Mario Caravale*

1. I recenti studi sulla formazione del CIC 1917 sono concordi nel rilevare che l'esigenza di un profondo cambiamento dell'ordinamento canonico trovò chiara espressione già nel corso del Concilio Vaticano I. Numerose furono le voci che si levarono in quell'assemblea per denunciare la situazione, giudicata deplorabile, in cui si trovava il diritto canonico derivato dalla tradizione¹. Un diritto che risultava «disperso in una sorta di *mare magnum*», segnato dall'assenza di certezza causata «dalla molteplicità delle fonti», «dalla difficoltà della loro esatta conoscenza in ragione della dispersione in una moltitudine di costituzioni e di decisioni», dall'intreccio di interpretazioni, di interventi giurisdizionali e di decisioni dell'autorità ecclesiastica, «dalla compresenza... di leggi abrogate da leggi successive o dalla consuetudine»². Gli stessi studi hanno sottolineato che i padri conciliari, mentre concordavano unanimi sull'essenza del diritto positivo quale derivato dallo *ius divinum* e quindi necessariamente conforme ad esso e allo *ius naturae*³, manifestarono idee diverse in merito alla via da seguire per realizzare la riforma cui aspiravano. Alcuni, infatti, erano favorevoli alla redazione di un'opera compilativa unitaria di tipo tradizionale sul modello delle raccolte di Decretali, altri, invece, si aprivano alla forma più moderna del codice, forma largamente dominante nel diritto statale contemporaneo⁴. Il tema venne ulteriormente dibattuto dopo la conclusione del Concilio e trovò significativi contributi durante il pontificato di Leone XIII da parte della scienza canonistica la quale andò progressivamente maturando la visione della Chiesa

* Università degli Studi di Roma La Sapienza.

¹ G. FELICIANI, *Mario Falco e la codificazione del diritto canonico*, in M. FALCO, *Introduzione allo studio del Codex Iuris Canonici*, a cura di G. Feliciani, Bologna 1992, p. 17; P. GHERRI, *Canonistica, codificazione e metodo*, Città del Vaticano 2007, pp. 65 s.

² C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Torino 2015, pp. 23-36.

³ C. FANTAPPIÈ, *Alle origini della codificazione pio-benedettina. Nuovi sviluppi delle teorie canonistiche sotto il pontificato di Leone XIII*, in *Quaderni fiorentini*, 25 (1996) 354.

⁴ C. MINELLI, *Rationabilitas...*, cit., pp. 24 s.

come *societas perfecta* dotata di un ordinamento giuridico che esprimeva la conformità al diritto divino e naturale con la chiarezza, la semplicità, la certezza delle sue norme. E fu in questo quadro che la soluzione codicistica finì con il prevalere sulle non marginali resistenze che continuarono a segnare la dottrina canonistica.

Ci si può chiedere allora quale fosse l'idea di codice che si era andata affermando nel corso del secolo XIX e che era condivisa nella dottrina relativa al diritto degli Stati contemporanei. Il tema appare quanto mai interessante ed ha trovato ampio spazio negli studi che a partire dagli ultimi decenni del Novecento hanno discusso in merito alla natura e al significato di codice, prendendo innanzi tutto in considerazione il *Code civil des Français*, quello che, a detta di Paolo Grossi, è per gli storici del diritto «il codice civile per antonomasia»⁵, opera che ruppe in maniera netta con il passato, inaugurò la forma moderna di codice, fu mitizzato come «capolavoro di legislazione»⁶ da giuristi e uomini di cultura sia negli anni della Restaurazione, sia, e con maggiore impegno, durante il Secondo Impero⁷ e si impose, di conseguenza, come modello per le raccolte successive⁸. E nel 1904, proprio nel momento in cui nella dottrina canonistica la riflessione e la discussione sulla natura e sulla forma del codice andavano facendosi sempre più intense, la Francia celebrò con grande solennità il centenario del *Code civil*⁹.

Molteplici sono gli aspetti del *Code civil* che gli storici del diritto hanno messo in evidenza. Da loro il suddetto codice è stato visto come figlio della cultura illuministica e giusnaturalista¹⁰, «informato ai valori della *liberté*, della *légalité*, della *égalité*, della *fraternité*, della *laïcité*, della *sûreté* e della *propriété*» affermati dalla Rivoluzione¹¹; e di conseguenza è stato esaltato come espressione di una cesura netta con il diritto del passato la cui produzione era segnata dal carattere «alluvionale», dato che le opinioni dei dottori si accumulava-

⁵ P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'Incontro di studio. Firenze, 26-28 ottobre 2000*, a cura di P. CAPPELLINI e B. SORDI, Milano 2002, pp. 580 s.

⁶ TH. REVET, *Le Code civil modèle (Synthèse)*, in *Code civile et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, sotto la direzione di TH. REVET, Paris 2005, p. 597.

⁷ J.-L. HALPÉRIN, *Codes et traditions culturelles*, in *Codici...*, cit., p. 257.

⁸ P. GROSSI, *Codici...*, cit., p. 581; R. FERRANTE, *Il problema della codificazione*, in *Enciclopedia Italiana. Ottava Appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, I, *Diritto*, Roma 2012, p. 277.

⁹ Tra le iniziative di quell'anno particolarmente importante fu quella della Société d'études législatives la quale promosse la pubblicazione di un volume celebrativo del centenario del *Code civil*, volume cui parteciparono alcuni tra i maggiori civilisti europei: *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire publié par la Société d'études législatives*, I-II, Paris 1904.

¹⁰ P. GROSSI, *Codici...*, cit., p. 583.

¹¹ A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, Padova 2009, p. 5.

no l'una dopo l'altra, dalla pluralità, in quanto espressione della complessa articolazione della società, e, infine, dall'extra-statalità, perché fondata sostanzialmente sulle consuetudini «successivamente ridotte in schemi tecnici dal ceto dei giuristi»¹²: un ordinamento, quello eliminato dal codice, in cui convivevano, si intrecciavano e si scontravano «diritto sovrano, diritti particolari e diritto romano»¹³. E si sottolinea come il *Code civil*, in luogo di questo diritto confuso, molteplice, contraddittorio della tradizione, avesse affermato la legge dello Stato sovrano come unica fonte del diritto e avesse definito un testo chiaro¹⁴, semplice¹⁵, armonico¹⁶, da tutti comprensibile¹⁷, dei diritti di cui i cittadini erano titolari. Il *Code civil* – sottolineano ancora gli storici del diritto – confermava l'uguaglianza giuridica dei cittadini¹⁸, definiva un diritto uniforme per tutta la Francia – mettendo così fine sia alle differenze giuridiche territoriali, sia a quelle personali della tradizione¹⁹ –, imponeva il carattere nazionale del diritto, e di conseguenza contribuì all'affermazione dell'unità statale, rompendo con la tradizione universalistica del diritto comune²⁰ (e in virtù sia della sua chiarezza, semplicità, comprensibilità, sia della sua natura nazionale presentava un carattere evidentemente popolare²¹), plasmava il diritto secondo il principio dell'astrattezza rompendo con nettezza il legame con

¹² P. GROSSI, *Codici...*, cit., pp. 582 s.

¹³ R. FERRANTE, *Modelli storici e codificazione contemporanea*, in Id., *Codificazione e cultura giuridica*, Torino 2006, p. 280.

¹⁴ Il pregio della chiarezza è stato sottolineato, tra gli altri, da G. MORELLI, *Dal diritto comune ai codici. Appunti per un corso di storia del diritto italiano*, Bologna 2003, p. 273; da P. GHERRI, *Canonistica...*, cit., p. 44; e da G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia della codificazione moderna*, Torino 2011, p. 121.

¹⁵ Così, ad esempio, J.-L. HALPÉRIN, *Codes...*, cit., p. 225; G. MORELLI, *Dal diritto comune ai codici...*, cit., p. 270; R. FERRANTE, *Modelli storici...*, cit., p. 280; G. CAZZETTA, *Codice civile...*, cit., p. 121;

¹⁶ G. MORELLI, *Dal diritto comune ai codici...*, cit., p. 273.

¹⁷ *Ibid.*, p. 270.

¹⁸ *Ibid.*, p. 287; P. GHERRI, *Canonistica...*, cit., p. 48.

¹⁹ Lo rilevava già A. SOREL nell'*Introduction al Livre du centenaire...*, cit., p. XXIX. Al riguardo si vedano anche P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, pp. 6-10; G. MORELLI, *Dal diritto comune ai codici...*, cit., pp. 274 s.; TH. REVET, *Le Code civil...*, cit., p. 596; P. GHERRI, *Canonistica...*, cit., pp. 43 s.; G. CAZZETTA, *Codice civile...*, cit., p. 121; R. FERRANTE, *Modelli storici...*, cit., p. 280. L'uniformità del diritto in Francia era, a detta di U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, in particolare pp. 111-117, l'obiettivo primario, se non esclusivo, della commissione che elaborò il *Code civil*.

²⁰ Così, in particolare, A. SOREL, *Introduction...*, cit., pp. XV-XVIII; P. GROSSI, *Codici...*, cit., p. 586; R. FERRANTE, *Modelli storici...*, cit., pp. 279 s.; G. MORELLI, *Dal diritto comune ai codici...*, cit., pp. 293 s.; A. DONATI, *I valori...*, cit., pp. 16 s., 95, 109.

²¹ Questo carattere è sottolineato con grande rilievo, ad esempio, da J.-L. HALPÉRIN, *Codes...*, cit., p. 225.

la casistica e la molteplicità fattuale della tradizione²², al diritto dei giuristi del passato, segnato dalla funzione creatrice dei giudici e degli interpreti, sostituì l'identificazione tra legge e diritto, riducendo la funzione dell'interprete alla mera esegesi delle norme create dalla legge²³, segnò, infine, «il trionfo dell'individualismo giuridico»²⁴, in quanto diretto a «riscoprire l'individuo in tutta la sua genuina privatezza»²⁵, a disciplinarne il ruolo e i diritti, ad affermarne il primato nell'ordinamento giuridico²⁶ e di conseguenza può a buona ragione essere qualificato come borghese e laico²⁷. A questi profili si aggiunge poi quello dell'eshaustività, della completezza, dell'autointegrazione e dell'autoreferenzialità²⁸, ma a parere di alcuni storici, come Luigi Mengoni e Ugo Petronio²⁹, i compilatori del codice non si sarebbero affatto posti questo obiettivo, di modo che tale carattere sarebbe stato riconosciuto al *Code civil* in epoca successiva alla sua pubblicazione da parte della dottrina ottocentesca³⁰.

In merito, infine, ai rapporti con la tradizione, gli storici del diritto sottolineano che il *Code civil* inaugurò la moderna forma di codice quale raccolta riguardante un singolo settore del diritto disciplinato da un sistema autointegrato, completo, organico di regole espresse in forma generale ed astratta, una forma, dunque, nettamente diversa sia dalla raccolta giustiniana di leggi imperiali, sia dai codici giusnaturalistici settecenteschi³¹, sia dalle cosiddette consolidazioni (di cui le *Leggi e Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna* del 1723

²² In proposito, ad esempio, P. GROSSI, *Codici...*, cit., pp. 590 s.; G. MORELLI, *Dal diritto comune ai codici...*, cit., p. 287.

²³ J.-L. HALPÉRIN, *Codes...*, cit., pp. 224 s.; G. CAZZETTA, *Codice civile...*, cit., pp. 121 s.; R. FERRANTE, *Modelli storici...*, cit., p. 279.

²⁴ P. CARONI, *Saggi...*, cit., p. 73.

²⁵ P. GROSSI, *Codici...*, cit., p. 589.

²⁶ G. MORELLI, *Dal diritto comune ai codici...*, cit., pp. 285 s.; A. DONATI, *I valori...*, cit., p. 2.

²⁷ Così, ad esempio, P. CARONI, *Saggi...*, cit., pp. 22 s.; G. CAZZETTA, *Codice civile...*, cit., p. 121; A. DONATI, *I valori...*, cit., p. 95.

²⁸ Ad esempio T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Id.*, *Saggi giuridici*, Milano 1949, pp. 48 s.; G. ASTUTI, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati succesorii*, in *Id.*, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, a cura di G. DIURNI, II, Napoli 1984, p. 728.

²⁹ L. MENGONI, *I cinquant'anni del codice civile: considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, Milano 1994, pp. 752 s.; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione...*, cit.

³⁰ Sulla questione rinvio a quanto detto in *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2012, pp. 228-231.

³¹ Così, ad esempio, C. J. FRIEDRICH, *The ideological and philosophical background*, in *The Code Napoléon and the common law. The sesquicentennial lectures delivered at Law Center of New York University. December 13-15, 1954*, a cura di B. SCHWARTZ, New Jersey 1998, pp. 2 s.; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 141, per il quale il codice civile del 1804 «non ha nulla a che spartire con le consolidazioni legislative precedenti... costituisce una fonte novissima... non intende perfezionare

e 1729 costituiscono un esempio significativo) che erano composte da leggi già da tempo in vigore, si proponevano soltanto una lettura ordinata delle stesse e conservavano inalterata la tradizionale pluralità delle fonti giuridiche, limitandosi a dare forma ordinata ad una di loro³². Allo stesso tempo mettono in luce che nel definire il contenuto delle norme i codificatori si riferirono sia alla tradizione di diritto romano, sia a quella consuetudinaria, facendo prevalere la prima nella disciplina dei diritti reali e dei rapporti contrattuali, la seconda in materia matrimoniale e successoria, dimostrando, in tal modo, «une modération, une sagesse et un sûreté de main admirables»³³.

In merito a questa complessa ed articolata ricostruzione storiografica della natura e del valore emblematico del *Code civil* appare possibile proporre alcune osservazioni.

i) In primo luogo sembra opportuno sottolineare che la rottura con il passato non si espresse soltanto nell'abrogazione della molteplicità delle fonti giuridiche, del loro intrecciarsi e complicarsi, ma anche nell'eliminazione dell'andamento casistico seguito dall'ordinamento a partire dall'età romana ed espresso dalle raccolte della compilazione giustiniana, in primo luogo dal Digesto. Il Digesto esprimeva la capacità dell'interpretazione dottrinarica di conferire ordine alla molteplicità della prassi, offrendo una lettura razionale ed omogenea delle tante situazioni concrete in cui le parti di un rapporto giuridico potevano venirsi a trovare. In altre parole, alle opinioni dei giuristi dotati di *ius respondendi* si rivolgevano i giudici chiamati a decidere su una vertenza e di conseguenza dette opinioni presentavano un radicamento assoluto nella concretezza e nella specificità della situazione in cui le parti di un rapporto giuridico si trovavano. E la medesima impostazione seguivano le costituzioni imperiali raccolte da Giustiniano nel Codice. Proprio per la loro straordinaria adesione alla concreta realtà della vita, i libri giustiniani apparvero ai giuristi medievali e moderni come una rete entro la quale poteva essere catturato ogni momento della prassi, anche quelli legati alla vita contemporanea, diversa sotto più aspetti dalla realtà che la giurisprudenza romana aveva disciplinato: di qui lo sforzo di quei giuristi di interpretare in maniera creativa le norme giustiniane per formulare, sulla base di queste ultime, nuove interpretazioni razionali e nuove letture teoriche. La scienza giuridica medievale e moderna, dunque, fece proprio

l'assetto giuridico del passato, ma produrre una norma di nuovo conio... è... una totalità organica fortemente pensata, sorretta da un progetto unitario ed organico».

³² M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi*, Milano-Torino-Roma 1928.

³³ A. ESMEIN, *L'originalité du Code civil*, in *Livre du centenaire...*, cit., p. 16. Il legame tra la disciplina del codice civile e la tradizione romanistica e consuetudinaria è stato particolarmente enfatizzato da Guido ASTUTI, *Il «Code Napoléon» in Italia...*, cit., pp. 733-735; e da U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione...*, cit., pp. 128-134; da G. CAZZETTA, *Codice civile...*, cit., pp. 16-22.

l'inquadramento ordinatorio della dottrina romana ed operò secondo un chiaro procedimento: il caso concreto sorto dalla prassi veniva inquadrato in quelli razionalmente definiti dalla giurisprudenza romana o dalla scienza medievale e moderna sul fondamento della romana, di modo che il medesimo caso era fatto partecipe dell'*auctoritas* riconosciuta ai libri giustiniani e quindi era considerato legittima fonte di diritti e di doveri; allo stesso tempo la sua disciplina definita dalla consuetudine e dalle altre fonti giuridiche particolari si incontrava con quella che i testi giustiniani e la giurisprudenza medievale e moderna fondata sugli stessi avevano definito per la questione riguardante il caso stesso. Il medesimo andamento casistico caratterizzò anche le raccolte canoniste, dal *Decretum* di Graziano ai testi delle decretali pontificie, e di conseguenza plasmò l'articolazione della scienza giuridica ad esse dedicata. Di modo che la medesima impostazione segnò il diritto civile e il canonico, la lettura dei civilisti e quella dei canonisti, dando vita ad un legame inscindibile, ad una stretta integrazione tra le due componenti che si esprime, tra l'altro, in interventi della canonistica in temi squisitamente temporali, nei quali il suo contributo alla disciplina risulta certamente significativo. Il diritto della tradizione era, dunque, il diritto dei giuristi.

A questo diritto il *Code civil* sostituì il diritto della legge: il giudice, l'interprete erano privati della funzione cretarice e relegati alla mera spiegazione esegetica del testo della legge ed obbligati a darne esecuzione.

ii) Il Codice del 1804, poi, inaugurò la rottura dell'unità che da sempre segnava l'ordinamento giuridico. Con esso il diritto cominciò, infatti, ad essere frantumato in civile, penale, processuale civile, processuale penale, commerciale, mentre si delineava un ambito separato per il diritto pubblico. E con la frantumazione del diritto si affermò la netta separazione del diritto sostanziale da quello processuale, che nella tradizione sia romanistica sia consuetudinaria erano strettamente legati come due facce della stessa medaglia, tanto che non era configurabile la titolarità di un diritto disgiunta dalla titolarità della sua tutela in giudizio.

iii) Il Codice inaugurò un'impostazione del tutto nuova dei diritti soggettivi. Particolarmente evidente appare la novità nel campo dei diritti reali. Il punto centrale del codice, quello intorno al quale gravitano tutti gli altri diritti, fu costituito dal diritto di proprietà, così come nel diritto romano e nel diritto medievale e moderno era stato il *dominium*. Ma tra *dominium* e proprietà di codice le differenze sono radicali. Il primo è un diritto complesso nel quale si trovano intimamente connessi elementi che oggi riconosciamo alla sfera privatistica e altri che oggi attribuiamo alla sfera pubblicistica: il *dominium*, infatti, comportava la titolarità della *jurisdictio* sugli abitanti della terra, nei

riguardi dei quali il *dominus* esercitava le potestà di imperio, di governo, di giustizia. L'abolizione dei privilegi e la conseguente uguaglianza giuridica di tutti i cittadini avevano eliminato tale *jurisdictio*, trasformando il *dominium* in un diritto radicalmente diverso: le relazioni tra proprietario e comunità delle sue terre da allora divennero di mera natura privata, vennero disciplinate dalle norme di codice, furono tutelate dalle sole corti di giustizia statali, mentre i contadini, liberi dall'imperio del proprietario, erano posti, al pari di tutti gli altri cittadini, sotto quello della sola legge. E la nuova natura del diritto di proprietà ebbe l'effetto di plasmare in senso privatistico tutti gli altri diritti. Ancora. La tradizione di origine medievale prevedeva vari gradi di *dominium* sulla medesima terra, come accadeva, ad esempio, nel rapporto feudale per il quale chi concedeva il beneficio ne conservava il dominio diretto, mentre chi lo riceveva acquisiva il dominio utile: una pluralità di gradi che, consistendo il dominio anche in potestà giurisdizionale, dava vita ad un intreccio di potestà il cui equilibrio era lasciato alla prassi concreta. La riduzione del *dominium* a proprietà privata operata dal Codice civile eliminò anche la pluralità di gradi, affermando il pieno, unico ed esclusivo diritto del proprietario.

iv) Il Codice civile contiene, come dice Grossi, norme «di nuovo conio»³⁴. Ed in effetti con esso la tradizione romanistica e consuetudinaria, cui i codificatori si rifecero, assunse forme e contenuti decisamente inediti. In sé detta articolata tradizione non aveva più alcun valore: e se la legge ad essa si ispirava, da un canto con i suoi articoli ne plasmava il contenuto in una forma inedita, chiara, sintetica e razionale, dall'altro innovava radicalmente l'antico pluralismo, imponendosi come unica, esclusiva fonte. Il Codice costituiva l'espressione più netta ed immediata del nuovo ordinamento: con esso, come dice Grossi, «un rigoroso monismo giuridico si sostituì al vecchio pluralismo», introducendo «un vincolante *assolutismo giuridico*»³⁵. Il termine «libertà», allora, non indicò più il complesso dei diritti originari goduto da ogni soggetto in quanto titolare di privilegi o in quanto appartenente ad una comunità o ad un ceto, ma la qualità naturale di ogni cittadino che doveva esercitarla nella difesa dei propri interessi personali, nel solo rispetto della legge dello Stato. Di modo che mentre nell'antico regime ogni soggetto era legittimato a compiere atti giuridicamente rilevanti solo se il relativo diritto rientrava nel complesso di diritti di cui era titolare, ora si affermava il principio opposto: era legittima ogni manifestazione della libera volontà dei soggetti che non fosse vietata dalla legge.

v) La novità di «conio» si manifesta anche sotto un altro aspetto. L'abbandono della casistica tradizionale e la volontà di definire norme astratte e generali

³⁴ P. GROSSI, *L'Europa del diritto...*, cit., p. 141.

³⁵ *Ibid.*, p. 137.

ebbe la conseguenza di articolare per la prima volta il diritto nella forma dell'istituto giuridico, una categoria teorica generale ed ampia, articolata nelle molteplici facoltà che lo componevano. Si tratta di una costruzione astratta che trovava le sue radici nella tradizione umanistica e nella cultura illuminista e che, legata al carattere astratto delle norme, si coniugava correttamente con l'enfasi posta sulla libertà e sulla volontà dell'individuo: il singolo soggetto non aveva più bisogno di una disciplina minuziosa che regolasse le tante situazioni in cui di fatto poteva venirsi a trovare, ma era legittimato ad usare la propria libertà individuale e la propria libera volontà nell'avvalersi delle facoltà previste oggettivamente e in astratto come componenti dell'istituto.

vi) Si è detto che, secondo la concorde lettura della storiografia giuridica, con il Codice venne ribadito il carattere, affermato dalla Rivoluzione, della legge come unica fonte del diritto. Meno evidenziato appare, invece, il mutamento della natura e del valore che nella tradizione erano attribuiti alla legge. Nel Medioevo e in età moderna non erano mancati sovrani legislatori. Si riteneva che il compito primario del re fosse, insieme con la guida della difesa armata delle terre e delle comunità che riconoscevano la sua potestà unitaria, quello di fare giustizia garantendo il rispetto e la vigenza del diritto che nelle stesse era venuto a maturazione in via consuetudinaria. La giustizia, però, non poteva limitarsi al rispetto delle vigenti norme consuetudinarie e locali, ma doveva esprimersi anche nell'abrogazione di quegli usi che fossero apparsi contrari ai superiori principi di equità e di razionalità e nella loro sostituzione con norme che gli stessi principi inverassero: una sostituzione che i sovrani operavano ricorrendo allo strumento della legge. Espressione di principi eterni e universali e non disciplina di una realtà contingente, la legge regia dunque era tendenzialmente destinata a rimanere in vigore nel tempo senza conoscere l'intervento abrogativo di una legge successiva, anche se la normativa delle due non fosse stata coincidente o fosse risultata addirittura contrastante. Un esempio di tale lunga durata della legge regia può essere offerto dall'opera *Ius Regni Neapolitani* nella quale nel secolo XVII il giurista napoletano Carlo Tapia riuni, come raccolta contenente l'intera legislazione vigente nel Regno, tutte le leggi dei sovrani meridionali a partire da Federico II³⁶. E nel Settecento Gaetano Filangieri denunciava questa situazione, affermando «le leggi che ci dirigevano dieci secoli fa seguitano ancora a dirigerci»³⁷. Il modello era, ancora una volta, la compilazione giustiniana per quanto riguardava sia la vigenza nel tempo,

³⁶ Sul giurista si veda la biografia curata da E. FABBRICATORE per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M. N. MILETTI, Bologna 2013, II, pp. 1935-1938.

³⁷ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, ed. critica, I, a cura di A. TRAMPUS, Venezia 2003,

sia la relazione tra le leggi e tra queste e le altre fonti: sotto questo secondo aspetto rimaneva salda la regola per cui spettava all'interprete scegliere se ricorrere ad una delle norme legislative, scegliere quella da adottare e ricercare una concordanza tra questa, le altre leggi, anche quelle non concordanti, e soprattutto le altre fonti, innanzi quelle di diritto comune. Con l'affermazione della legge statale quale unica fonte del diritto, e con il *Code civil* espressione di tale ideologia, la situazione di antico regime ebbe termine: una volta promulgata, la legge aveva immediata ed indiscussa applicazione quale manifestazione della sovranità dello Stato e, eliminando ogni legge o altra fonte che avessero disciplinato fino ad allora la materia oggetto della sua normativa, regolava tale materia da sola fino al momento in cui una legge successiva l'abrogava: il giudice non doveva fare altro che applicarla, l'interprete limitarsi a illustrarne il significato.

vii) L'unità tradizionale dell'ordinamento giuridico non fu la sola ad essere infranta dal *Code civil*: da questo venne spezzata anche l'endiade diritto civile-diritto canonico che aveva costituito il diritto comune del mondo occidentale a partire dal Medioevo. Il diritto canonico venne, di conseguenza, a trovarsi separato da una parte essenziale della sua tradizione, una parte che lo aveva plasmato, integrato, sostenuto e segnato per tanti secoli. In luogo dell'antica, consolidata endiade si presentavano ora due ordinamenti, quello statale e quello canonico, non soltanto separati e distinti, ma anche, e soprattutto, diversi nella sostanza. L'ordinamento statale era diventato il diritto della legge, quello canonico continuava ad essere il diritto dei giuristi, con il pluralismo delle fonti, l'intervento creatore degli interpreti e dei giudici, il valore consuetudinario della legislazione pontificia.

viii) Un ultimo aspetto appare opportuno segnalare. Il Codice del 1804 inaugurò una nuova forma tecnico-letteraria di raccolta legislativa, una forma sensibilmente diversa da quella delle precedenti raccolte che in passato erano state designate con il termine di codice, una forma che presenta «caratteri identitari ben precisi». Si tratta, infatti, come abbiamo detto, di una raccolta di regole giuridiche caratterizzata da una tecnica formale di elevata qualità letteraria segnata dall'unità, dalla sintesi e dalla chiarezza delle norme, dalla semplicità del loro testo privo di considerazioni teoriche, dalla loro disposizione razionale e facilmente intelligibile, dalla loro astrazione e smaterializzazione, dalla sintesi e dal coordinamento sistematico dei concetti³⁸. Una raccolta nella

p. 171. Sull'opera di Filangieri e sull'ampia bibliografia a lui dedicata rinvio alla biografia scritta da A. TRAMPUS per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*. . . , cit., I, pp. 860-863.

³⁸ G. M. LABRIOLA, *La codificazione del diritto fra storia, tecnica e tendenza*, Napoli 2012, pp. 53-67. Si veda anche P. CARONI, *Saggi*. . . , cit., pp. 113 s.

quale le norme contenevano una disciplina oggettiva ed articolata del tema preso ad oggetto ed erano riunite in unità coerenti, omogenee e tra loro coordinate. Dette unità coerenti offrivano al singolo individuo la possibilità di avvalersi, scegliendole con la sua volontà libera, delle facoltà in cui esse si articolavano. Una raccolta che nel settore giuridico cui si riferiva dettava una normativa unitaria ed al contempo stabile³⁹, una raccolta di leggi che al pari delle altre leggi dello Stato sovrano era dotata, come si diceva, di indiscutibile ed immediata applicazione. Una raccolta che nel contenuto della propria disciplina poteva rifarsi alla tradizione, ma che alla stessa tradizione toglieva l'autorità di fonte giuridica, imponendo come unica fonte le proprie norme le quali rielaboravano quella tradizione presentandola nella forma nuova, chiara, semplice, stabile degli articoli. Una raccolta, dunque, di leggi intese nel loro nuovo valore, di cui si è detto or ora, quello inaugurato dalla Rivoluzione.

2. Il *Code civil*, come è noto, costituì il modello non soltanto per gli altri codici francesi – quello di procedura civile del 1806, il codice di commercio del 1807, il codice d'istruzione criminale del 1808, il codice penale del 1810⁴⁰ – ma anche per i codici civili degli Stati italiani preunitari – il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* del 1819 per la parte riguardante le “leggi civili”, il *Codice civile parmense* del 1820, il *Codice civile sardo* del 1837, il *Codice civile per gli Stati estensi* del 1851 – che ne adottarono la forma e la struttura, nonché la normativa nelle parti in cui quello aveva seguito la tradizione romanistica, mentre a questa tornarono nella materia matrimoniale e successoria in cui, come si è detto, i codificatori francesi avevano seguito l'antico diritto consuetudinario⁴¹. E rimase un punto essenziale di riferimento per la scienza giuridica e per i codificatori del secolo XIX, seguito, ad esempio, in Italia dal Codice civile del 1865 che, peraltro, accolse anche alcune delle modifiche introdotte dai codici preunitari. Non per questo, comunque, la sua disciplina e la sua impostazione furono ripetute invariate in tutti i codici successivi, né venne adottato senza varianti il rapporto da lui inaugurato con la scienza giuridica.

Cominciamo da quest'ultimo aspetto. La rottura della tradizione e l'affermazione del primato della legge statale, come si è detto, avevano radicalmente innovato la funzione dell'interprete del diritto: la sua lettura non era più creativa, ma si limitava alla spiegazione e al chiarimento delle norme. Espressione

³⁹ C. PETERSON, *Le implicazioni metodologiche della codificazione*, in *Codici...*, cit., pp. 431-437.

⁴⁰ In proposito rinvio a quanto detto in *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea...*, cit., pp. 235-241.

⁴¹ G. ASTUTI, *Il «Code Napoléon»*, cit., pp. 175-237.

di tale nuova temperie culturale fu l'École de l'exégèse, la Scuola dell'esegesi, che si impose in Francia e che si proponeva di esprimere l'intervento dell'interprete nel solo commento e nella mera spiegazione del testo dei codici. Un indirizzo, questo, che segnò anche l'insegnamento delle discipline giuridiche nelle università francesi, nelle quali i codici furono posti al centro dei corsi di giurisprudenza. Il metodo esegetico imponeva all'interprete di rimanere strettamente fedele al testo commentato, evitando di proporre costruzioni teoriche generali o letture originali e creative, di modo che la forma letteraria adottata in prevalenza da questa scuola fu quella del commentario, nel quale il giurista seguiva pedessequamente l'ordine degli articoli del codice⁴². L'indirizzo esegetico fu adottato anche in Italia, ma qui assunse un carattere particolare perché i giuristi arricchirono la spiegazione delle norme dei codici con costanti, ricchi, articolati richiami ai precedenti storici italiani ed europei, alla tradizione nazionale, alle sue origini romanistiche, alla riflessione filosofica, alla comparazione con altri ordinamenti. Ne nacque un indirizzo per più versi originale, che gli storici hanno qualificato come «eclettico»⁴³, nel quale la dottrina, anche se privata dell'antica funzione, recuperava un ruolo significativo, se non addirittura insostituibile, nella lettura del testo.

In Francia il mito del *Code civil* proseguì, come si è detto, nel corso dell'Ottocento. Ma non impedì che negli ultimi decenni del secolo giuristi sensibili alle rapide e decisive trasformazioni che la società andava conoscendo cominciasse a rilevare la lontananza della sua normativa dalla realtà concreta, ad evidenziare i limiti della sua impostazione astratta e generale nella disciplina di un mondo profondamente diverso da quello nel quale il Codice stesso era stato promulgato, a denunciare l'immobilismo e l'inadeguatezza del metodo esegetico. Mi limito a ricordare in proposito François Gény e Raymond Saleilles, il primo convinto che la legge non riuscisse ad esprimere la totalità della

⁴² Sulla scuola dell'esegesi J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil: les traits distinctifs de sa doctrine et des méthodes d'après la profession de foi des ses plus illustres représentants*, Paris 1924; G. TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano 1969, pp. 242-276 (poi in *Id.*, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, pp. 69-101); L. MOSCATI, *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, a cura di F. LIOTTA, Bologna 1999, pp. 277-321; R. FERRANTE, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale. Pavia, 11-12 ottobre 2012*, a cura di P. Caroni e E. Dezza, Padova 2006, pp. 339-363; U. PETRONIO, *L'école de l'exégèse, entre Lumières et positivisme juridique*, in *Traditions savantes et codifications. Colloque Poitiers 8, 9, 10 septembre 2005, sous la direction de C. OPHELE et Ph. REMY*, Paris 2007, pp. 29-47.

⁴³ In proposito M. T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia*, Napoli 1987; E. GENTA, *Eclettismo giuridico della Restaurazione*, in *Rivista italiana di storia del diritto*, 60 (1987) 306 ss.; L. LACCHÉ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in *Quaderni fiorentini*, 29 (2010) 153-228.

vita giuridica, per comprendere la quale l'interprete doveva aprirsi all'analisi della ricchezza consuetudinaria, della lettura proposta dalla giurisprudenza, dei contributi della scienza giuridica⁴⁴, il secondo sostenitore dell'insostituibile importanza della fattualità concreta, di modo che la legge astratta e generale doveva essere considerata e analizzata nella sua effettiva attuazione nella società e nella lettura che della stessa veniva data dalla giurisprudenza⁴⁵. Una consapevolezza dei limiti del *Code civil* che non giunse a negarne il valore, ma che ne rivide il ruolo nel diritto privato: non più la fonte esclusiva, ma quella che dava ordine e unità alla molteplicità giuridica. Una funzione, dunque, che rimaneva essenziale, ma che perdeva l'originario monopolio.

Una nuova sensibilità verso i problemi concreti della società caratterizzò negli ultimi decenni del secolo XIX anche una parte della civilistica italiana che rilevava da un canto l'inadeguatezza del codice civile del 1865 di fronte alla complessità del mondo produttivo, dall'altro l'eccessiva astrattezza della scienza giuridica⁴⁶. I problemi sociali aperti dall'industrializzazione, le condizioni di miseria e di ignoranza nelle quali continuavano a vivere larghi strati della popolazione sollecitarono, in particolare, alcuni giuristi a mettere in risalto, insieme con le lacune del codice, le carenze dell'indirizzo legislativo liberale e a chiedere l'estensione dell'intervento normativo dello Stato per disciplinare momenti della vita sociale, fino ad allora lasciati alla libera espressione degli interessi individuali, con una legislazione diretta a tutelare i diritti dei più deboli. Con particolare efficacia questi temi vennero approfonditi dalla corrente di giuristi che prese il nome di *socialismo giuridico*, molti dei quali invocarono l'adozione di leggi speciali, mentre altri arrivarono a proporre la compilazione di un nuovo codice, un codice di diritto privato sociale⁴⁷.

È noto, poi, che il *Code civil*, insieme con il successo, incontrò nell'Europa del primo Ottocento decise opposizioni, di cui si fece interprete, in particolare, la Scuola storica che ebbe il suo centro primario in Germania e il suo massimo esponente in Friedrich Carl von Savigny. Nel nuovo clima culturale dei primi

⁴⁴ Su Gény rinvio al numero dei *Quaderni forentini* a lui dedicato, 21 (1991).

⁴⁵ Su Saleilles si veda P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, pp. 256 ss. Sui due giuristi è particolarmente utile il recente volume *Lettres de François Gény à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle. 1892-1912*, a cura di Ch. JAMIN, F. AUDREN e S. BLOQUET, Issy-les-Moulineaux 2015.

⁴⁶ Il proposito rinvio a P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, in particolare pp. 1-117.

⁴⁷ Sul socialismo giuridico P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, Bologna 1970; M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, Milano 1975; *Il socialismo giuridico: ipotesi e letture*, Milano 1975; S. ZULIANI, *Il socialismo giuridico italiano: P. Ellero, G. Salvioi, E. Cimbali*, Milano 1991.

anni del secolo, che andava abbandonando le idee antistoricistiche dell'Illuminismo e si apriva al recupero delle tradizioni nazionali, la Scuola storica prendeva le mosse dalla contestazione del mito del legislatore saggio e virtuoso e dell'insostituibile valore della codificazione, per rivendicare l'importanza del diritto spontaneamente sorto e sviluppatosi nei vari popoli in quanto ancorato nella cultura viva di questi e capace di adeguarsi spontaneamente all'evoluzione delle loro concrete necessità: valori, quelli della tradizione giuridica, che non poteva vantare la legge. Per Savigny la scienza giuridica medievale, utilizzando e rielaborando le categorie concettuali formulate dalla giurisprudenza romana, aveva dato ordine alla multiforme prassi a lei contemporanea, riuscendo a conciliare razionalità e rispetto della tradizione. L'opera della dottrina medievale, proseguita da quella di età successiva, aveva definito l'unità astratta dell'istituto ed al contempo lo aveva reso vitale plasmando al suo interno il diritto della tradizione e adeguandolo continuamente alle cangianti necessità sociali. Si trattava del giusto equilibrio tra lettura razionale e concretezza reale che il codice aveva rotto, poiché aveva definito in maniera stabile e fissa il contenuto degli istituti, spezzando in tal modo quel collegamento di questi con la vita concreta che solo la funzione creatrice della scienza giuridica poteva garantire⁴⁸.

Non solo. Da uno dei filoni promossi dalla Scuola storica nacque un indirizzo dottrinale opposto a quello della scuola dell'esegesi, quello della Pandettistica, destinato ad avere grande successo nella scienza giuridica europea di fine Ottocento e prima metà del Novecento. La Pandettistica proponeva la lettura dell'ordinamento di diritto privato sotto forma di sistema, un sistema che individuava «la corretta formulazione dei concetti e dei principi e la precisa determinazione dei loro rapporti di coordinamento e di subordinazione l'uno rispetto all'altro». Ne derivava «un'architettura di concetti e principi collegati verticalmente gli uni all'altri» basata sul metodo deduttivo di matrice aristotelica e di rielaborazione idealistica. Nel sistema così disegnato, nel quale le norme erano legate tra loro in un rapporto logico-razionale in dipendenza di principi generali e astratti, la soluzione del singolo caso si otteneva attraverso l'uso logico dei concetti e dei principi; e il ricorso a «questo metodo assiomatico-deduttivo» imponeva la netta separazione del diritto da ogni elemento che non

⁴⁸ La storiografia su Savigny è vastissima: mi limito a ricordare i corsi di lezioni pubblicati a partire dal 1993 dal Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte di Francoforte nella collana *Jus Commune, Savignyana, Texte und Studien* e l'ampia nota bibliografica proposta da A. TROMBETTA, *Savigny e il sistema. Alla ricerca dell'ordine giuridico*, Bari 2008, pp. 21-26. Sulla Scuola storica del diritto G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977, I, pp. 29-72; G. TARELLO, *Sulla scuola storica del diritto*, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., pp. 103-122; H.-P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz"*, Frankfurt a. M. 2004.

avesse natura giuridica, imponeva, in altre parole, la separazione del diritto dalla società e la presentazione del primo come un sistema esclusivamente teorico, logico, razionale e astratto⁴⁹. Il sistema era teorizzato in primo luogo per il diritto civile e trovava il suo modello nel diritto romano, del quale era offerta una lettura del tutto diversa da quella del passato, dato che da un canto era depurato della ricchezza originaria in cui nessuno spazio trovavano le distinzioni tra materie giuridiche ed era fatto coincidere con il solo diritto privato, dall'altro veniva presentato come articolato esclusivamente nella categoria astratta e generale dell'istituto, con la conseguenza di eliminare ogni rapporto con la casistica fattuale e spezzare il legame tra momento sostanziale e quello processuale. Il diritto finiva, allora, per essere presentato come un sistema dogmatico, avulso da ogni legame con la realtà storica, un sistema eterno ed immutabile nella sostanza, cangiante esclusivamente – e marginalmente – nella disciplina che le categorie astratte ed universali degli istituti ricevevano nel tempo. E la dottrina giuridica, che con l'introduzione dei codici era stata privata della sua tradizionale funzione creatrice, recuperava con la Pandettistica un ruolo significativo, quello di definire concetti e principi generali, definire sul loro fondamento i rapporti logico formali tra le norme e costruire in tal modo le categorie astratte entro le quali il caso concreto veniva inserito per essere letto in maniera razionale⁵⁰. La limpidezza del ragionamento logico deduttivo faceva apparire la costruzione del sistema come presupposto indispensabile per la nascita di una autentica scienza giuridica, la quale, al pari delle scienze esatte, non doveva essere contaminata da fattori esogeni: il sistema del diritto romano e quello del diritto privato vigente che ne riproduceva principi, concetti generali e logiche formali, dovevano rimanere immuni da ogni collegamento con la realtà sociale e politica in cui le loro norme nascevano ed erano osservate. In altre parole diritto e società venivano separati nettamente. E il fascino di una ricostruzione sistematica, logica, razionale favorì la recezione del metodo pandettistico da parte degli studiosi degli altri settori del diritto, il commerciale come il pubblico.

L'indirizzo pandettistico, definito dalla scienza tedesca, fu recepito dalla dottrina italiana a partire dagli anni '80, sia dalla civilistica – che, mantenendo al centro della sua attenzione il codice, lesse quest'ultimo come perno di un sistema dogmatico fondato su principi generali unitari, le cui norme erano tra loro legate da rapporti logico razionali –, sia negli studi commercialistici, sia nel diritto pubblico, sia nel diritto penale, sia in quello processuale. La scienza

⁴⁹ G. PUGLIESE, *I pandettisti...*, cit., pp. 53-62.

⁵⁰ Sulla Pandettistica mi limito a rinviare a quanto detto in *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea...*, cit., pp. 320-323 e alla bibliografia ivi ricordata.

giuridica alla fine del secolo XIX risulta, dunque, particolarmente articolata e complessa, con una diffusa prevalenza dell'indirizzo pandettistico, con i residui dell'impostazione esegetica, con la non marginale attenzione alla concreta realtà sociale. Una complessità, comunque, che in Italia come in Francia era ben lungi dal contestare la centralità del codice, mentre in Germania veniva superata la diffusa opposizione all'idea di codice e alla fine dell'Ottocento si arrivava alla promulgazione del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

3. Si è detto prima che il *Code civil* fu seguito nella Francia napoleonica da codici riguardanti altri settori del diritto – quello della procedura civile, il commerciale, quella della procedura criminale, il penale – i quali videro nel codice del 1804 il modello formale di raccolta legislativa da seguire: una forma tecnico-letteraria che fu adottata naturalmente dai codici che negli anni successivi a quelli si rifecero. I codici ora ricordati adottarono, infatti, l'impostazione coerente, astratta, oggettiva inaugurata dal codice civile, mettendo fine all'andamento soggettivistico e casistico del passato. Sotto questo profilo appare opportuno ricordare la significativa novità operata dal codice di commercio nel settore della disciplina mercantile: non più il diritto dei mercanti, per cui solo chi vantava questo *status* era legittimato a stringere rapporti commerciali, ma la definizione oggettiva dei singoli contratti che ogni individuo, usando della propria libera volontà, poteva ora concludere. E, d'altro canto, nel caso dei codici penali, la costruzione astratta dei singoli reati, dopo la definizione dei concetti di pena, di colpa e di dolo, spostava la disciplina dal soggetto delinquente all'oggetto reato.

La suddetta forma letteraria espressione della nuova natura della legge fu, poi, confermata dai codici civili del secolo XIX e degli inizi del successivo non soltanto da quelli che seguirono il codice napoleonico anche sotto il profilo sostanziale – come i codici civili degli Stati italiani preunitari, quello italiano del 1865 e quello rumeno del 1864 –, ma anche da quelli che dallo stesso si discostarono. È questo il caso, innanzi tutto, dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) dell'Impero austriaco il cui testo, frutto di un lungo processo di elaborazione, fu completato nel 1811: il codice fu promulgato il 1° giugno di quell'anno e il 1° gennaio 1812 entrò in vigore in tutti i territori ereditari tedeschi, non, pertanto, nelle regioni ungheresi. Il codice è composto di 1502 paragrafi divisi in tre parti, precedute da una Introduzione riguardante le «leggi in generale», e rispettivamente dedicate ai Diritti delle persone, ai Diritti sulle cose (e pertanto non soltanto ai diritti reali, ma anche alla materia successoria, alle obbligazioni, al risarcimento del danno), alle Disposizioni comuni ai diritti

delle persone e ai diritti delle cose (e quindi alla modificazione ed estinzione dei rapporti giuridici)⁵¹. Sensibilmente più breve del *Code civil*, da questo si differenziò anche per altri aspetti. L'*ABGB* non era certamente espressione dell'ideologia rivoluzionaria e liberale, ma nasceva dalla volontà di conseguire un equilibrio tra tradizione e novità e quindi, pur abrogando le fonti precedenti concorrenti, in particolare il diritto comune, non ruppe radicalmente con il passato. Ed infatti, da un canto mediò tra l'obiettivo dell'uniformità giuridica e il rispetto delle antiche libertà facendo ricorso allo strumento del rinvio ad altre fonti giuridiche, strumento che risulta previsto da ben 75 paragrafi, dall'altro conservò discipline del passato. È il caso del dominio diviso e della differenza di regime per i beni immobili a seconda che la loro concessione fosse stata disposta da un contratto feudale, da una locazione o da un contratto enfiteutico; è il caso anche della materia matrimoniale nella quale era previsto il matrimonio civile, disciplinato, però, come indissolubile per i cittadini cattolici. Il ricorso al rinvio e la relativa brevità della raccolta appaiono espressioni della particolare lettura di codice prevalente nella dottrina germanica, quella per la quale il testo legislativo doveva soprattutto definire principi generali dai quali, poi, il giudice doveva trarre le norme particolari. Ed è in questo stesso quadro che si deve collocare la norma del par. 7 il quale esplicitamente autorizzava l'interprete ad utilizzare i principi di diritto naturale. L'interprete, dunque, non era relegato alla mera funzione esegetica cui lo aveva posto il *Code civil*, ma continuava a svolgere un ruolo significativo nell'attuazione delle norme di codice⁵².

Sotto il profilo sostanziale, dunque, l'*ABGB* era per più profili lontano dal *Code civil*, ma non per questo abbandonò la forma di codice da questo inaugurata. Al contrario, ne ripeté i caratteri identitari, rompendo con la tradizione casistica, puntando sulla libera volontà dei soggetti, definendo norme chiare, semplici e sintetiche, che disponevano una normativa astratta, oggettiva ed articolata del tema disciplinato ed erano riunite in unità razionalmente coerenti, omogenee e tra loro coordinate. E se non avanzò la pretesa di esclusività e di autoreferenzialità, comunque affermò la propria centralità tra le fonti giuridiche, disponendo che le altre fonti operassero esclusivamente negli spazi da lui stesso aperti nei casi in cui aveva disposto il ricorso allo strumento del rinvio o il richiamo ai principi di diritto naturale. L'*ABGB*, in altre parole, adottò la forma di codice inaugurata dal *Code civil*, arricchendola con una forma

⁵¹ In proposito si veda, in particolare, R. Ferrante, *Il problema della codificazione...*, cit., p. 278.

⁵² Sull'*ABGB* si vedano, tra gli altri studi, *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia...* e *Le Code civil autrichien (ABGB): un autre bicentenaire (1811-2011)*, a cura di F.-S. MEISSEL e L. PFISTER, Paris 2015.

tecnico-letteraria di ottima fattura, ispirata ad un equilibrio e ad una chiarezza indispensabili per favorire la corretta lettura degli interpreti⁵³.

La medesima forma venne adottata anche dal *Código civil* del Portogallo approvato nel 1867 e promulgato nel 1868 che nel merito si ispirò non soltanto al codice napoleonico, ma anche all'*ABGB* austriaco e l'*ALR* prussiano⁵⁴; il codice portoghese con l'art. 14 disponeva un esplicito rinvio sia al diritto naturale, sia a quello romano, dichiarandoli diritti sussidiari. E, ancora, fu seguita dal *Código civil de España* che, dopo un lungo processo di formazione, fu approvato dalle Cortes l'11 maggio 1888 ed entrò in vigore il 1° maggio 1889. Articolato in un Titolo preliminare e in quattro libri – rispettivamente dedicati alle persone, ai beni alla proprietà e alle sue modifiche, ai diversi modi di acquistare la proprietà, alle obbligazioni e ai contratti –, si differenziava dal codice napoleonico per due aspetti essenziali. Da un canto non comportava l'abolizione delle altre fonti del diritto: proprio per venire incontro alle richieste delle regioni del regno, furono mantenuti in vigore i *derechos forales* di Aragona, Catalogna, isole Baleari, Paesi Baschi, Galizia e Navarra, di modo che nei loro confronti il codice costituì il diritto comune sussidiario, che interveniva solo per colmare le loro lacune. Dall'altro esso non conteneva soltanto norme di diritto civile: accanto a queste si trovano, infatti, norme relative a materie diverse come le fonti giuridiche, il diritto internazionale privato, la nazionalità, i beni demaniali ecc., mentre altre materie, come l'ipotecaria, non furono incluse nel codice e vennero affidate a leggi speciali. I due codici civili dei regni iberici confermano, dunque, la capacità della forma tecnico letteraria inaugurata dal *Code civil* di adattarsi a contenuti normativi tra loro diversi⁵⁵.

⁵³ Così R. FERRANTE, *Il problema delle codificazioni...*, cit., p. 283.

⁵⁴ Si tratta dell'*Allgemeines Landrecht für die königlich-preussischen Staaten*, il codice civile prussiano frutto di una lunga elaborazione, avviata da Federico II: la commissione da lui nominata definì un primo testo che venne pubblicato nel 1749, ma non fu mai promulgato ed è conosciuto nella traduzione francese del 1751 con il titolo di *Code Frédéric*. I lavori di codificazione proseguirono negli anni successivi e si conclusero nel 1794 con la promulgazione del suddetto codice. Esso era un chiaro prodotto della cultura illuministica: rivisitava la lunga tradizione romanistica della scienza giuridica tedesca alla luce del diritto naturale e della ragione, al fine di definire un diritto comune delle regioni germaniche adeguato alla nuova cultura. Si trattava, dunque, di un testo che, pur presentando caratteri di novità sia nella sostanza (tra l'altro introduceva il divieto di interpretazione creativa delle norme), sia nella forma (gli articoli erano composti, ad esempio, da disposizioni brevi e chiare), non spezzava la frammentazione tradizionale, confermata, tra l'altro, dalla conservazione dei privilegi cetuali. Sul codice prussiano mi limito a ricordare *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*, mit einer Einführung von Hans Hattenbauer und einer Bibliographie von Günther Bernet, Frankfurt a. M. 1970-1973.

⁵⁵ Sul codice civile portoghese G. HAMZA, *Privatrechtsentwicklung in den Länder der iberischen Halbinsel*, in *Annales Universitatis Scientiarum Budapestensis de Rolando Eötvös nominatae*, Sectio iuridica, 1 (2009) 75-104. Sul codice civile spagnolo, oltre al saggio di Hamza ora citato, si veda

Decisamente differente dal codice napoleonico fu, poi, il già ricordato *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*), approvato dal Reichstag dell'Impero tedesco nel 1896 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1900. Anche in Germania il processo di codificazione era stato lungo e controverso e si era intensificato dall'inizio degli anni '80, nel momento, cioè, in cui nella dottrina tedesca era ormai dominante l'indirizzo pandettistico: nella commissione incaricata della stesura del codice prevalse, allora, l'idea che l'unificazione giuridica dei territori tedeschi dovesse adottare l'impostazione di detto indirizzo e che quindi il codice dovesse esprimere un sistema unitario, nel quale le singole norme derivavano da principi generali comuni ed erano tra loro in rapporto logico razionale. Ed in effetti il *BGB* presenta un andamento da testo dottrinario pandettistico, «rifugge da una dettagliata e minuziosa trattazione di fattispecie casistiche. . . ma predispone concetti e regole atte ad essere ragionevolmente applicate ad una molteplicità di problemi»⁵⁶. Il codice si apre, infatti, con una parte generale in cui sono poste norme valide per tutte le fattispecie e prosegue articolando la disciplina delle singole materie in due momenti, il primo costituito da articoli che fissano i principi informativi della normativa del settore, il secondo dedicato ai singoli istituti. Esso si compone di cinque libri: il primo – Parte generale – contiene norme che definiscono la capacità giuridica dei soggetti, il negozio giuridico, la prescrizione; il secondo è dedicato ai rapporti obbligatori; il terzo al possesso e ai diritti reali; il quarto al diritto di famiglia; il quinto al diritto successorio. Una tale impostazione sistematico dottrinaria ebbe, anche, la conseguenza di favorire l'intervento interpretativo della dottrina e della giurisprudenza le quali furono chiamate a fornire un significativo contributo per colmarne le lacune, ridurne le asperità formali, adeguare le disposizioni del codice agli sviluppi della società. Una conseguenza che confermò l'opposizione del mondo germanico all'indirizzo esegetico.

Si deve, infine, ricordare che nel 1907 fu promulgato ed entrò in vigore il *Codice civile svizzero*, il primo codice civile unitario della Confederazione Elvetica, la quale nel corso dell'Ottocento aveva conosciuto codici civili di

E. ROCA TRIALS, *El código civil, derecho supletorio, in Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano 1990, II, pp. 535-572.

⁵⁶ R. ZIMMERMANN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, in *Contratto e impresa/Europa*, IX, 2 (2004) 625-664. Gli studi sul *BGB* sono numerosissimi: mi limito a ricordare D. CORRADINI, *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. RODOTÀ, Bologna 1971, pp. 49-76; M. JOHN, *Politics and the law in late nineteenth century Germany. The origins of the civil code*, Oxford 1989; H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung*, München 2000; *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Atti del Convegno Ferrara, 26-28 settembre 1996*, Padova 2002; S. PATTI, *Presentazione a Codice civile tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch*, Milano 2005; H. KOHLER, *BGB Allgemeines Teil: ein Studienbuch*, München 2009.

singoli cantoni. Articolato in quattro libri, rispettivamente dedicati alle persone, alla famiglia, al diritto successorio, ai diritti reali, il codice svizzero è stato giudicato dalla storiografia giuridica come espressione di una significativa originalità nel quadro codicistico europeo. Originalità che si rinviene i) nella scelta dei codificatori di rifiutare un modello unico di riferimento, così che soluzioni romanistiche si trovano affiancate ad altre di impianto germanistico e a quelle di conio del tutto nuovo; ii) nel coraggio di definire un nuovo testo a pochi anni di distanza dall'entrata in vigore del *BGB*, la cui autorevolezza era concordemente riconosciuta dalla dottrina europea, e di volersi differenziare da questo per il linguaggio semplice e a volte anche popolare; iii) nella volontà di limitare la propria disciplina agli aspetti principali degli istituti; iv) nella ricerca – peraltro non del tutto riuscita – di aprirsi a problemi della società contemporanea; v) nella disciplina delle fonti, dato che in caso di lacuna rinvenibile nelle proprie norme il codice rinviava alla consuetudine e, ove anche questa fosse silente, alla volontà del giudice. Il modello, ancorché distante, era il *BGB*, non certamente il *Code civil*⁵⁷.

All'inizio del Novecento, dunque, la scienza europea impegnata nello studio del diritto dei vari Stati, pur articolata in più indirizzi metodologici, aveva accettato come ormai insostituibile nei vari settori del diritto la forma del codice, quale raccolta chiara, ordinata, unitaria, astratta, facilmente comprensibile, di leggi intese nel senso sopra indicato, una raccolta che, pur non rinnegando nei contenuti la tradizione, la riproponeva nei suoi articoli in termini del tutto nuovi ed al contempo ne minava l'antico carattere di fonte originale, poiché o l'abrogava del tutto o stabiliva in termini precisi i settori in cui quella poteva ancora trovare vigenza. La forma tecnico letteraria di raccolta legislativa inaugurata dal *Code civil* era ormai considerata idonea a dare ordine e sistematicità anche a ordinamenti giuridici ed a impostazioni metodologiche sensibilmente distanti dall'ideologia politico-giuridica francese del primo Ottocento.

⁵⁷ Sul Codice civile svizzero, P. Caroni, *Un rapido sguardo al codice civile svizzero del 1907*, in Id., *Saggi...*, cit., pp. 77-90.

VANTAGGI E LIMITI DELLA CODIFICAZIONE DEL 1917

Carlo Fantappiè*

SOMMARIO: 1. Il Codice del 1917 come risposta alle sfide della Modernità – 2. Guadagni e perdite della codificazione: 2.1. Prospettiva tecnico-giuridica; 2.2. Prospettiva politico-istituzionale; 2.3. Prospettiva pastorale e teologica. – 3. Lo “spirito” del Codice pio-benedettino. – 4. Il diritto canonico “alla prova” del Codice: 4.1. La difesa conservativa del Codice; 4.2. Il mito del Codice eterno; 4.3. Gli effetti sul sistema delle fonti. – 5. Conclusioni.

Per poter apprezzare, in un’ottica storico-giuridica, i presupposti e le conseguenze, i punti di forza e i punti di debolezza, i vantaggi e i limiti del codice pio-benedettino è necessario precisare subito il significato che s’intende dare al fenomeno della codificazione canonica. Essa possiede, al pari delle altre codificazioni, una portata non limitata al livello *tecnico* (il Codice quale raccolta sistematica di norme) e neppure al livello *istituzionale* (il Codice quale assestamento normativo e organizzativo) ma aperta allo sguardo panoramico di un terzo livello, quello *relazionale* (il Codice quale proiezione giuridica dell’auto-comprensione della società-Chiesa che l’ha prodotto e delle sue relazioni con i soggetti esterni)¹. Ritengo infatti che, per comprendere la portata del *cambio di paradigma* avvenuto nella storia del diritto canonico e nella Chiesa cattolica con la codificazione, occorra riflettere sull’interdipendenza tra questi differenti livelli.

Per dare poi un significato unitario alla mia riflessione, ho ritenuto opportuno ricorrere ai concetti di «challenge and response» nel senso (ma senza le restrizioni) di Toynbee², cioè di una “sfida” e di una “risposta” non necessaria-

* Università degli Studi Roma Tre.

¹ P. CAPPELLINI - B. SORDI, *Introduzione a Codici: una riflessione di fine millennio. Atti dell’incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000*, a cura di P. CAPPELLINI e B. SORDI, Milano 2002, p. VI.

² A.J. TOYNEE, *A Study of History*, vol. I, Oxford 1987 (I ed. 1900), p. 570. Ortega y Gasset accoglie la tesi che «il principio dinamico della storia umana sia, in effetti, qualcosa di simile a una sfida e a una risposta», ma critica l’impiego talora schematico e straordinario che ne fa Toynbee «nella spiegazione della genesi delle civiltà». Per il filosofo spagnolo, infatti, «questa relazione di sfida e risposta è una situazione in cui l’uomo si trova in permanenza poiché è la sostanza stessa della vita umana» (J. ORTEGA Y GASSET, *Una interpretazione della storia universale*, trad. it. Milano 1978, p. 209 e 213).

mente tra civiltà, bensì tra due grandezze storiche che competono e devono, in qualche modo, comporsi. Nel nostro caso il confronto e la competizione avvengono – su una molteplicità di terreni – tra i principi della modernità e le istanze della Chiesa del diritto.

La mia ipotesi interpretativa è che la “risposta” cattolica a questa “sfida” plurisecolare sia stata la codificazione canonica la quale, però, ha costituito, per le sue conseguenze dirette o indirette, anche un vero e proprio “banco di prova” per l’identità del diritto canonico.

1. IL CODICE DEL 1917 COME RISPOSTA ALLE SFIDE DELLA MODERNITÀ

Nell’occasione accademica più solenne in cui si commemora il centenario della promulgazione del Codice pio-benedettino, vorrei iniziare col ricordare l’audacia e la grandezza della decisione di Pio X. Il suo progetto non prevedeva una collezione di leggi canoniche limitata nel tempo bensì la sintesi di diciannove secoli di legislazione; non più una collezione autentica come le precedenti, consistente nel rimaneggiamento dei testi, bensì una rielaborazione delle norme sul modello tecnico dei codici moderni degli Stati; non più una collezione parziale di una materia o di un complesso di materie bensì una codificazione completa del diritto canonico. È stato un canonista di fede israelita, Mario Falco, a notare che «l’ampiezza della impresa annunciata dal pontefice e il suo carattere, non trova riscontro in nessuna codificazione né compiuta, né tentata mai dalla chiesa prima d’allora»³.

Questo illuminante giudizio ci situa nell’orizzonte storico propizio per comprendere che il Codice pio-benedettino, sebbene pensato e voluto in un contesto particolare, non è nato all’improvviso né per un problema contingente. A guardarlo sui tempi lunghi della storia, il Codice assume il valore di una risposta a una *triplice sfida* cui si è trovata esposta la Chiesa cattolica nei confronti di altrettante facce della modernità: giuridica, politica e culturale⁴.

³ M. FALCO, *La codificazione del diritto canonico*, Milano 1921, pp. 20-21. Vale la pena di notare che la successiva opera monografica del FALCO (*Introduzione allo studio del “Codex iuris canonici”*, Torino 1925), venne criticata perché ispirata a un atteggiamento pregiudiziale nei riguardi della Santa Sede dal censore della «Civiltà cattolica» (76, 1925, vol. II, pp. 446-447).

⁴ Per la definizione di modernità giuridico-politica e dei suoi effetti sulla prassi e sull’insegnamento del diritto, si vedano P. GROSSI, *Modernità giuridica e ordine politico*, ora in IDEM, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, pp. 443-469; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino 2002, pp. 1-49; 159-232; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano 2005, pp. 13-71. Una ricostruzione d’insieme dei caratteri e dei problemi di ieri e di oggi in M. VIGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino 2007.

La *sfida della modernità giuridica* è consistita, innanzi tutto, nel superamento dello stato di confusione e incertezza in cui versava la *legislazione ecclesiastica*. Il *Corpus iuris canonici* non era stato formalmente aggiornato dopo i decreti di riforma del concilio di Trento. Da allora si erano accumulate moltissime norme di vario genere e valore, tra loro non sempre coerenti. Inoltre l'articolazione unitaria del diritto canonico medievale si era frantumata in diversi sottosistemi: il diritto tridentino, il diritto missionario, il diritto indiano⁵.

Però la crisi post-tridentina non derivava tanto dall'arresto del sistema canonico medievale quanto dall'impatto con l'umanesimo giuridico e con la filosofia politica moderna. Nei secoli XVI-XVIII essi avevano sconvolto i soggetti produttori del diritto, l'articolazione e lo schema delle fonti, i metodi di sistemazione e di insegnamento. Era dunque cambiata la *forma del diritto*. Il nuovo clima filosofico e scientifico spingeva ad abbandonare il metodo delle compilazioni e del commentario, a vantaggio della costruzione di una scienza giuridica razionale e dell'impiego di un metodo sistematico.

Il confronto con la modernità giuridica – cominciato con le *Institutiones* del Lancellotti del 1563 – aveva messo in moto, nei tre secoli seguenti, un processo di razionalizzazione della scienza canonica: un fenomeno rilevante che non va trascurato e che costituirà una lontana premessa scientifica per la realizzazione del Codice⁶. Tuttavia la presa di coscienza che occorreva riformare in modo organico la legislazione ecclesiastica avverrà da parte dell'episcopato solo tardivamente, nel concilio Vaticano I.

Invece la *sfida della modernità politica* proveniva dall'affermazione e dal predominio dello Stato moderno nella vita sociale. I conflitti giurisdizionali con i sovrani illuminati nel Settecento, e quelli eminentemente politici con gli Stati-nazione nell'Ottocento, avevano evidenziato che la posta in gioco era la supremazia dell'ordinamento dello Stato sugli altri ordinamenti. Mediante la creazione dello *Ius publicum ecclesiasticum*, nel corso dell'Ottocento, la Chiesa voleva rivendicare la propria sovranità in modo, per molti aspetti, analogo e parallelo a quella dello Stato⁷.

⁵ Cfr. L. SINISI, *Oltre il Corpus iuris canonici. Iniziative manualistiche e progetti di nuove compilazioni in età post-tridentina*, Soveria Mannelli, 2009; C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna 2011, pp. 175-270; E. SASTRE SANTOS, *Storia dei sistemi di diritto canonico*, Roma 2011, pp. 395-583; B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Histoire du droit canonique et des institutions de l'Église latine XV^e-XX^e siècle*, Paris 2014.

⁶ Per la lunga preistoria del Codice, da Trento alle sistemazioni ottocentesche del diritto canonico, rinvio a C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Milano 2008, vol. I, pp. 17-331.

⁷ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*. . . , I, pp. 65-73, 216-232; C.M. PETTINATO, *I «maestri di Würzburg» e la costituzione del Jus publicum ecclesiasticum nel secolo XVIII*, Torino 2012.

Ad aggravare la concorrenza ideologica tra la Chiesa e gli Stati erano intervenute le condanne del *Syllabus*, che confermavano la negazione della libertà religiosa e un ideale di Stato confessionale.

Era opinione abbastanza diffusa nel mondo laico che, con la promulgazione di una nuova collezione canonica ufficiale dove si consacravano questi principi e si rivendicava l'autonomia dell'ordinamento canonico, la Chiesa si sarebbe venuta a scontrare con i valori politici e l'ideologia liberale degli Stati-nazione.

Connessa alla realizzazione del Codice era, infine, una *sfida culturale* in cui era in gioco il rapporto tra *tradizione* e *progresso* del diritto della Chiesa. Esistevano molte indecisioni e perplessità sulle concrete modalità della riforma della legislazione ecclesiastica nella dottrina, nell'episcopato e nella stessa Curia. Alcuni preferivano le ragioni della tradizione e della continuità, altri assecondavano la spinta innovativa e modernizzatrice⁸. Ma il problema non era solo culturale, bensì ideologico e politico. Da un lato, la forma moderna del Codice era considerata dalla scienza giuridica laica lo strumento tecnico migliore che, peraltro, si era imposta nell'Europa continentale e in America Latina⁹. Dall'altro rifletteva, sul piano ideologico, i presupposti della filosofia illuminista e individualista e rappresentava, sul piano politico, un simbolo dello Stato moderno, della sua potenza di unificazione delle norme e della sua supremazia sulle persone e sul territorio¹⁰. Si comprende, dunque, la gravità della scelta a favore o contro la "forma Codice".

Oltre alle incertezze presenti nelle varie componenti della Chiesa, sul progetto di Codice gravava lo scetticismo della scienza giuridica laica. Essa sollevava il problema dell'inconciliabilità di un codice moderno, che rappresentava l'immobilità, l'astrattezza e la rigidità delle norme, con l'elasticità della norma canonica e con la fisionomia dinamica del diritto della Chiesa nel corso dei secoli. Si pensava che il passaggio dalla forma tradizionale alla forma co-

⁸ Sul rapporto tra codificazione, tradizione e rivoluzione, cfr. J. ALMOGUERA CARRERES, *Razón codificadora y tradición jurídica*, in *L'Europa e la codificazione*, a cura di D. CASTELLANO, Napoli 2005, pp. 143-158. In relazione al diritto canonico: É. JOMBART, *Tradition et progrès en droit canonique*, in *Actes du Congrès de droit canonique. Cinquantenaire de la Faculté de droit canonique, Paris 22-26 avril 1947*, Paris 1950, pp. 295-304.

⁹ Ne era espressione eloquente la grande fortuna del modello francese di codificazione civile di cui, proprio nel 1904, si celebrava il centenario. Sulla sua diffusione si veda, da ultimo, J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du code civil français, 1804-1965*, II, Aix-en-Provence 2004.

¹⁰ Cfr. P. CAPPELLINI, *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. FIORAVANTI, Roma - Bari 2002, pp. 102-127; IDEM, *Forma-Codice e diritto canonico. Appunti per una riflessione*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 2017, pp. 9-33. Sull'ideologia del *Code civil* sono essenziali gli studi di X. MARTIN, *Nature humaine et Révolution française. Du Siècle des Lumières au Code Napoléon*, Bouère 2002²; IDEM, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère 2003.

dificatoria avrebbe sollevato grosse difficoltà e imposto limitazioni all'azione politica della Curia e al pieno esercizio del potere papale.

Lo sfavore degli studiosi era corroborato dal giudizio negativo sulle risorse culturali della Chiesa. La preparazione dei canonisti di Curia era infatti considerata inadeguata per realizzare il progetto di codice voluto e annunciato da papa Sarto¹¹.

Tuttavia l'esito della scommessa di Pio X fu vincente. Come osservarono Falco e Jemolo, entrambi allievi di Ruffini – che era stato uno degli studiosi più perplessi –, «questa volta gli scettici ebbero torto, ed il codice fu compiuto, promulgato, entrò in vigore senza inconvenienti»¹².

2. GUADAGNI E PERDITE DELLA CODIFICAZIONE

Secondo la gran parte dei canonisti del Novecento il valore preminente del Codice risiede nella tecnica giuridica. La considerazione di altri e, a mio avviso, non meno rilevanti profili, anch'essi inscindibilmente connessi con la codificazione, ha suscitato meno interesse. Intendo riferirmi all'aspetto istituzionale e politico, con le sue implicazioni internazionaliste; a quello teologico, con le sue conseguenze di lunga durata nella dottrina; a quello pastorale con tutte le sue ricadute nella vita della Chiesa. Tenterò, dunque, di riflettere sulla portata e sugli effetti nonché sui guadagni e sui costi della codificazione da tre ottiche diverse ma complementari.

2.1. *Prospettiva tecnico-giuridica*

Il più grosso vantaggio della tecnica codificatoria per il diritto canonico risiede nella soluzione del problema del riassetto delle fonti, che non è solo la selezione delle norme ma la loro fusione organica in un unico libro. Un lavoro complesso che comportava l'omologazione di materiali di origine eterogenea, la riduzione armonica dei canoni, la loro sistemazione e adattamento ai mutamenti sociali.

Si è visto che la *riduzione delle norme* costituiva per il diritto canonico un'esigenza ormai impreteribile. Sul finire dell'Ottocento alcuni canonisti avevano

¹¹ Per questi dibattiti: R. ASTORRI, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Padova 1992, pp. 13-18; 33-38; FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica...*, cit., II, pp. 615-633.

¹² A.C. JEMOLO, *Il Codex Juris Canonici nel suo primo venticinquennio di vita*, in «Rivista di diritto pubblico», 35 (1943) 311.

mostrato, a titolo privato, che era possibile “codificare” parti o l’intero diritto canonico. Ora si trattava di giovare di questo lavoro e di attuare una fusione dei materiali del passato (i canonisti francesi parlano, non a caso, di *refonte*) in una forma nuova, organica e coerente¹³.

Oltre a ridurre le norme canoniche, il Codice ha attuato la loro *armonizzazione e unificazione*. Vengono eliminate le contraddizioni, le lacune, le incoerenze che si erano accumulate nel diritto canonico dei secoli precedenti¹⁴. Con il Codice non solo la maggior parte dei problemi ancora discussi dalla dottrina (e su cui la giurisprudenza non si era pronunciata in maniera conforme e chiara) è stata risolta dall’autorità del legislatore, ma si è passati da un diritto confuso, incerto, invecchiato, intricato e talvolta assai frammentato ad un diritto ordinato, chiaro, certo, adeguato alla modernità giuridica e conforme al criterio della legge universale¹⁵.

Grazie al Codice il patrimonio normativo della Chiesa è stato anche *adattato*, in varia misura, ai grandi mutamenti della società e della politica moderne: la rivoluzione industriale, l’incremento delle comunicazioni, la crescita demografica, l’inurbamento, lo sviluppo dei partiti di massa, il rafforzamento dello Stato di potenza, la laicizzazione della società civile.

Tecnicamente l’aggiornamento del diritto canonico è avvenuto principalmente mediante: 1) la soppressione delle norme cadute in disuso o la cui osservanza era divenuta impossibile (si pensi alla riduzione del numero delle festività – avvenuta non senza qualche clamore e malumore – per rendere più praticabili gli obblighi canonici in un contesto sociale mutato, can. 1247 § 1); 2) la moderazione di certe prescrizioni (si pensi alla mitigazione delle disposizioni sull’astinenza e sul digiuno, tendenti a rendere uniforme e più facile la loro osservanza per le persone che si spostano su terra, can. 1251) e l’inasprimento di altre (si pensi all’estensione del termine libri in relazione alla censura e proibizione degli stessi, can. 1388 § 2); 3) l’avvicinamento delle norme canoniche a quelle contenute nelle codificazioni civili dell’Europa e dell’America Latina (si pensi al rinvio del Codice ai codici civili in materia di prescrizioni e di contratti oppure in materia di cognazione legale¹⁶).

¹³ Nello stesso anno in cui Pio X dava inizio ai lavori del Codice canonico, il grande giurista Gény affermava che il regime della codificazione doveva condurre a un rinnovamento dei procedimenti tecnici di tipo differente da quelli che erano alla base delle codificazioni antiche (F. GÉNY, *La technique législative dans la codification civile moderne*, in *Le code civil 1804-1904. Livre du centenaire publié par la Société d’études législatives*, Paris 1904 [ed. anastatica, Paris 2004], II, pp. 990-991).

¹⁴ Esempio tipico il can. 209 dichiara, in senso benevolo, la supplenza di giurisdizione da parte della Chiesa in caso di errore comune e di serio dubbio di fatto.

¹⁵ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica...*, cit., II, pp. 1086-1089.

¹⁶ CIC 1917, cann. 1508, 1529, 1059, 1080. Sulla canonizzazione delle leggi civili da parte del

Sotto il profilo tecnico, dunque, la codificazione del 1917 ha conseguito quattro vantaggi: 1) ha condensato tutta la legislazione della Chiesa in un numero limitato di canoni di breve lunghezza (tanto da permettere anche una diffusissima edizione tascabile); 2) ha formulato le norme canoniche in modo generale, chiaro e preciso; 3) ha ordinato queste norme in modo unitario; 4) ha provveduto al loro adattamento al mutato contesto¹⁷. Si comprende come, rispetto ai problemi che presentavano le norme del diritto antico e moderno, la codificazione sia stata vista come la conquista della *stabilità, certezza, uniformità del diritto*¹⁸.

Tuttavia quest'opera di riduzione, di unificazione, di sistemazione e di adattamento delle norme ha provocato – nonostante l'apparente identità o continuità col passato – *trasformazioni rilevanti* tanto sul piano funzionale quanto su quello strutturale.

Comincio col dire che lo *ius vetus* presentava una combinazione assai varia di norme quanto alla loro provenienza e qualificazione, alla loro natura intrinseca e ai loro destinatari. V'erano norme scritte e non scritte, princìpi teologici, prescrizioni liturgiche, precetti morali, canoni disciplinari e regole giuridiche. Non tutte erano poste sullo stesso piano e non tutte erano inquadrare nel diritto positivo. Inoltre esse avevano una loro gerarchia e collocazione propria, non sempre riferibili all'intero ambito del diritto canonico e a tutte le classi di persone. Infatti spesso le norme nascevano, per così dire, individualizzate oppure avevano per destinatari una certa categoria o un qualche corpo ecclesiastico: portavano, dunque, con sé un contrassegno personale o corporativo¹⁹.

La codificazione ha comportato, anzitutto, un processo di *omologazione legislativa* di tutto il complesso eterogeneo di prescrizioni del passato. Ogni tipo di obbligazione è stata tradotta in norma, ogni norma qualificata positivamente e, al tempo stesso, equiparata alle altre, pur mantenendo la distinzione tra *ius divinum* e *ius humanum*. Ciò ha avuto due conseguenze sistemiche: anzitutto l'affermazione implicita del *primato della legge scritta* e della *legge generale* rispetto a quella particolare o speciale, nonostante le disposizioni del Codice miranti a tutelare altre forme legislative scritte o non scritte; in secondo luogo il *cambio di funzione* di un certo numero di norme, sorte per scopi preventivi ed ora trasformate in prescrizioni positive (valga per tutte il caso delle norme penali

Codice pio-benedettino si veda: P. CIPROTTI, *Contributo alla teoria della canonizzazione delle leggi civili*, Roma 1941.

¹⁷ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica...*, cit., II, pp. 1094-1109.

¹⁸ Tra i vari commentatori che sottolinearono questo aspetto si rinvia a A. VERMEERSCH - I. CREUSEN, *Epitome iuris canonici cum commentariis*, Mechliniae, 1949-1956, I, n. 60.

¹⁹ Cfr. G. FRANSEN, *Variations sur le thème de la loi canonique*, in «Revue théologique de Louvain» 9 (1978) 424-435.

canoniche ora divenute un codice penale). Dunque la codificazione ha rafforzato notevolmente la tendenza a considerare il diritto canonico una *complexio legum*, certamente più ordinata e rigorosa di quelle del passato, ma pur sempre a forte dominanza legale²⁰.

La codificazione canonica ha anche richiesto, al pari di quelle civili, un processo di *generalizzazione dei destinatari*: le leggi del Codice non si rivolgono più a una pleora di soggetti di diritto tra loro differenti bensì solamente a un numero necessariamente limitato di essi, preventivamente determinato²¹. La norma si generalizza, ma ciò avviene a scapito della sua tradizionale e costitutiva flessibilità, concepita in relazione alla varietà degli *status* personali o corporativi.

Però la novità strutturale del Codice del 1917 è stata, senza ombra di dubbio, il *cambio di forma* del diritto canonico. Non si trattava di consolidare il passato, dopo aver compiuto una selezione di ciò che era ancora vivo e di ciò che era morto nella disciplina della Chiesa, bensì di ricreare il diritto canonico in una forma assolutamente tipica ed esigente quale quella del Codice.

Fare il codice canonico, al pari di ogni altro codice civile, richiedeva, sotto questo profilo, tre operazioni congiunte e niente affatto neutrali: 1) l'enunciazione delle norme; 2) la loro divisione e articolazione nei singoli libri o partizioni interne; 3) la loro connessione interna con l'intero Codice.

Il primo passo era la *reformulazione delle norme*. Essa ha causato un mutamento della loro natura, avvenuto tramite l'abbandono del metodo compilatorio delle decretali – fondato sulla soluzione dei casi giuridici tenendo conto delle persone, dei luoghi e delle circostanze – e l'adozione del metodo e della tecnica codificatoria, fondata sulla regolamentazione di fattispecie astratte.

Con la smaterializzazione della norma è andato perduto il suo carattere storico-concreto; per entrare nel Codice essa ha dovuto assumere il carattere dell'astrattezza, della generalità e della rigidità²². In apparenza i redattori si sono limitati a espungere la parte narrativa o descrittiva delle norme del passato, lasciando solo quella dispositiva. In realtà hanno dovuto effettuare una vera e

²⁰ Con rilevanti riflessi sul tradizionale rapporto tra diritto canonico e morale e tra legge e coscienza. Il can. 196 identificava il fòro interno con la coscienza. Per riprendere le parole di Prodi, si è finito per offuscare il valore della distinzione tra il fòro della coscienza come giudizio divino sul peccato e il fòro esterno come giudizio giuridico sul delitto (P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000, pp. 470-476).

²¹ Si pensi, ad esempio, alla riduzione sistematica della molteplicità di denominazioni e di statuti giuridici operata dalla codificazione nel settore degli ordini, congregazioni e istituti religiosi mediante il massimo comune denominatore di *religiones*, a loro volta distinte per voti e forma costituzionale, per tipo di approvazione, per privilegi e per assunzione del sacerdozio.

²² Per il confronto con le codificazioni statuali: C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica...*, cit., II, pp. 1042-1052.

propria riscrittura, mediante un processo non solo di generalizzazione bensì di collocazione e di connessione col resto delle norme²³.

La seconda operazione era di attribuire alle norme un *ordine dispositivo* nella regolamentazione di una materia o parte del Codice. Anche questo intervento non era indifferente, perché la collocazione di una norma in una o in un'altra posizione, veniva ad alterare il loro significato originario. Già Savigny aveva messo in guardia sull'illusione di dedurre dalla continuità di contenuti una identità delle norme del Codice, additando nelle carte da gioco un esempio di grande efficacia: le carte sono sempre le stesse, però basta rimescolarle, cambiare le regole e la loro posizione per modificarne il valore²⁴.

La terza condizione era superare il frazionamento normativo mediante la concatenazione delle parti con il tutto. Nel Codice pio-benedettino non troviamo adottato un sistema rigorosamente scientifico, fondato sul metodo logico-assiomatico come nel codice tedesco del 1900, bensì una nuova e organica sistemazione legislativa, che si sforza di conciliare lo sviluppo coerente degli istituti e delle norme con le esigenze pratiche della consultazione²⁵. L'antica classificazione per titoli e per libri, che era stata impiegata nel *Corpus iuris canonici*, viene sostituita da una connessione logica delle materie all'interno dello schema romanistico *personae, res, actiones*. Questa scelta sistematica ha comunque prodotto una diversa distribuzione e interpretazione degli istituti e delle norme²⁶.

La conseguenza tipica del "sistema Codice" è tanto la rivendicazione della sua autonomia da tutto ciò che gli è esterno, quanto la sua tendenza alla completezza, alla stabilità e, dunque, all'affermazione della certezza della norma.

²³ Un'osservazione metodologica: seguire le fonti dei singoli canoni nelle note apposte al Codice – talvolta in modo indiretto o improprio –, non è sufficiente per giustificare l'identità di significato e di valore della norma del diritto antico con la norma codificata. Infatti la forma "Codice" ha filtrato, modificato e trasformato le enunciazioni tradizionali. Sarebbe invece auspicabile recuperare la catena dei testi, quando è presente, per mostrare le variazioni e torsioni intervenute dal momento iniziale alla redazione definitiva del Codice. Offre alcune esemplificazioni E. DIENI, *Tradizione juscorporalista e codificazione del matrimonio canonico*, Milano 1999, pp. 473-479.

²⁴ Si vedano le osservazioni di P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, p. 190.

²⁵ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica...*, cit., II, pp. 1056-1059; T. SOL, *La sistematica del Codice del 1917 comparata con quella delle codificazioni "civili" del tempo*, in «Ephemerides iuris canonici» 57 (2017) 473-505.

²⁶ Come fu osservato dai commentatori, «difatto la novità principale del Codice non consiste nei ritocchi tecnici alla legislazione di ieri che è stata riportata quasi in blocco: ma è nella impostazione e nell'inquadratura degli istituti canonici, nella più visibile connessione sistematica di essi, nel mutato aspetto di parecchie figure giuridiche» (G. CAVIGIOLI, *Manuale di diritto canonico*, Torino 1939², p. IX).

Si capisce, dunque, che uno dei grossi rischi a cui si esponeva il Codice del 1917 – nonostante i correttivi previsti dal legislatore – era la perdita della flessibilità delle norme canoniche e la loro trasformazione in un sistema tendenzialmente chiuso, fondato solo su norme positive in relazione logica tra loro.

2.2. *Prospettiva politico-istituzionale*

Come ogni codice statale, il codice canonico aveva dietro di sé un complesso di *motivazioni politiche*. Non intendeva solo ordinare una società particolarissima come la Chiesa; voleva pure affermarne l'identità e consapevolezza giuridica, in una fase storica in cui essa era misconosciuta.

Le rivoluzioni liberali avevano acuito nella Chiesa romana la percezione di sentirsi assediata dagli Stati-nazione in Europa e in America Latina. Oltre a privare la Chiesa di una fetta assai consistente delle sue proprietà e limitarne l'attività educativa e sociale, questi negavano qualsiasi riconoscimento giuridico della sua autonomia.

Nell'ottica politica, il codice canonico del 1917 può essere interpretato come un mezzo di contrasto della Chiesa nei confronti della pretesa di sottomettere la propria organizzazione all'ordinamento dello Stato liberale²⁷. Imitando gli Stati-nazione, la Chiesa cerca di utilizzare a proprio vantaggio uno strumento giuridico che fino ad allora era servito per negare i propri diritti e privilegi.

In altre parole, la Chiesa vuole rivendicare, mediante il Codice, una *posizione di equivalenza* e, al tempo stesso, di *superiorità morale* nei confronti dello Stato liberale. Il suo universalismo giuridico-spirituale, trascritto nella forma di un codice moderno, non esclude l'ordinamento statale ma lo riconosce valido e necessario nella sua sfera di competenza²⁸.

Inoltre la scelta della codificazione canonica sottintende un *profilo internazionalistico*. Non è solo una forma di contrapposizione dialettica allo Stato moderno; è anche un tentativo della Chiesa di Roma di legittimarsi nell'ambito del diritto internazionale. Da un lato Pio X aveva evitato di riproporre la «questione romana» nei termini dei predecessori, dall'altro aveva proseguito il ruolo di mediazione della Santa Sede nei conflitti tra le nazioni²⁹. Dopo la prima guerra mondiale comincia a cambiare l'atteggiamento degli Stati verso

²⁷ Sul nesso *Codex e libertas Ecclesiae*, cfr. J. JAMIN, *Civile veto sive exclusivam omnino reprobamus. La Costituzione Commissum nobis di Pio X alla vigilia della prima codificazione*, in «*Ius Ecclesiae*» 29 (2017) 591-609.

²⁸ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica...*, cit., II, pp. 923-966.

²⁹ J. M. TICCHI, *Aux frontières de la paix. Bons offices, médiations et arbitrages du Saint-Siège (1878-1922)*, Rome 2002. Qualche suggestione di lungo periodo, anche se andrebbe meglio fondata, si può

la Santa Sede e nasce, ad opera di Santi Romano, la teoria della “pluralità degli ordinamenti giuridici” entro cui inquadrare le relazioni tra gli Stati e la Chiesa³⁰.

Soprattutto il Codice possiede una forte *motivazione istituzionale e riorganizzativa* della Chiesa. Il contesto storico degl’inizi del Novecento la vedeva minacciata, all’esterno, come si è detto, dalle limitazioni introdotte dagli Stati-nazione e, al proprio interno, divisa dalle contestazioni del movimento modernista. Entrambe queste forze tendevano a negare l’elemento giuridico della Chiesa, a frammentarne le dimensioni costitutive, a rendere il più possibile individuale e soggettiva la dimensione religiosa.

Pio X intende ridare coesione alla compagine ecclesiastica. Lo fa compiendo il più vasto e organico disegno di riorganizzazione della Chiesa dopo il concilio di Trento: la riforma delle strutture centrali (curia romana, vicariato dell’Urbe, corte pontificia) e la riforma delle strutture periferiche della Chiesa (rafforzamento delle Conferenze episcopali e creazione delle curie diocesane)³¹.

Sono indiscutibili i vantaggi che tali provvedimenti, varati prima del Codice e da esso consacrati con lievi modifiche, hanno portato per il consolidamento e la stabilità della Chiesa nella prima metà del Novecento. L’immagine della Chiesa quale organizzazione solida, gerarchicamente organizzata e razionalmente regolamentata, unita e coesa al proprio interno, deve moltissimo alla codificazione di Pio X³².

Tuttavia quel modello istituzionale, per il fatto stesso che rispondeva a una determinata ecclesiologia e a necessità storiche contingenti, conteneva anche limiti intrinseci.

Anzitutto rifletteva una *concezione centralistica* introdotta in età gregoriana, sviluppata in età tridentina e portata a compimento dal Codice: una concezione che, per motivi teologici e al tempo stesso politici, poneva in un rapporto di dipendenza pressoché assoluta da Roma le chiese locali e quelle particolari, i loro episcopati e il clero.

In secondo luogo quel modello di organizzazione era *ideologicamente condizionato* dal processo mimetico della Chiesa moderna nei riguardi dello Stato-nazione, che aveva investito non solo le dottrine canonistiche ma anche il modo di organizzare la Chiesa e di concepire il suo diritto.

trovare in G. FERRAGU, *Philosophie et diplomatie: le Saint-Siège et l’invention du concept de «puissance morale»*, in «Histoire, économie & société» 33 (2014) 95-106.

³⁰ G. DALLA TORRE, *Il codice pio-benedettino e lo “Jus publicum ecclesiasticum externum”*, in *L’eredità giuridica di san Pio X*, a cura di A. CATTANEO, Venezia 2006, pp. 238-239.

³¹ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica...*, cit., II, pp. 923-981.

³² G. ROMANATO, *Pio X. Alle origini del cattolicesimo contemporaneo*, Torino 2014.

Infatti la *ristrutturazione della compagine ecclesiastica* attuata da Pio X tendeva a trasporre nella Chiesa modi di procedere e forme tipiche dell'organizzazione amministrativa dello Stato³³. Lo stesso codice canonico era stato concepito *ad instar*, a somiglianza e imitazione dei codici civili per mostrare, come si è detto, l'autonomia giuridica della Chiesa e il carattere non assoluto del diritto degli Stati. Tra i due ordinamenti – quello della Chiesa e quello dello Stato – si stabilivano non poche interdipendenze linguistiche e concettuali. E il gioco di rispecchiamento reciproco tra i due maxi-soggetti influenzava i rispettivi domini, come si può agevolmente constatare nella rifondazione delle norme penali³⁴.

2.3. *Prospettiva pastorale e teologica*

Il Codice del 1917 nasce anche con una motivazione e una *finalità pastorali*. La principale preoccupazione di Pio X – in linea con la sua esperienza nel governo delle anime – fu quella di diffondere, adattare e difendere la disciplina della Chiesa. Egli considerava la codificazione lo strumento più adatto sia per comunicare ai fedeli le leggi ecclesiastiche, sia per offrire loro norme precise e sicure nell'insegnamento, nell'amministrazione e nell'esercizio della giustizia³⁵.

In quest'ottica vanno considerati due aspetti. Il primo concerne le nuove *modalità di comunicazione* delle leggi canoniche. Mediante il Codice, infatti, esse sono poste, per la prima volta, alla portata di tutti senza equivoci o ambiguità, senza misteri o nascondimenti³⁶. Lo si fa adoperando un linguaggio semplice e sufficientemente rigoroso che veniva incontro alle esigenze pratiche dei vescovi e dei parroci come anche a quelle dottrinali dei giuristi secolari³⁷.

Inoltre si innovano, sul modello delle gazzette ufficiali degli Stati, le *tecniche di promulgazione delle leggi*, con la pubblicazione degli *Acta Apostolicae Sedis* e dei

³³ Su questi aspetti rinvio al mio saggio "Modernità" e "Antimodernità" di Pio X, in *Riforma del cattolicesimo? Le attività e le scelte di Pio X*, a cura di G. BRUGNOTTO e G. ROMANATO, Città del Vaticano 2016, pp. 3-37.

³⁴ Cfr. M. VISMARA MISSIROLI - L. MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Padova 1983; D. TAMBASCO, *Nullum crimen, nulla poena sine lege nella codificazione pio-benedettina*, in «Il diritto ecclesiastico» 113 (2002) 245-286.

³⁵ Cfr. C. MINELLI, *Pio X e l'avvio della stagione dei Codici*, in «Studia Prawnicze KUL», 2013, n. 4, pp. 43-77.

³⁶ CARD. PIETRO MAFFI, *Presentando al mio popolo il "Codex juris canonici". Omelia della Pentecoste 19 maggio 1918*, Catania – Torino – Parma, 1918, p. 9.

³⁷ L'opera di riferimento in materia è K. MÖRSDOFF, *Die Rechtssprache des Codex Juris Canonici. Eine kritische Untersuchung*, Paderborn 1937, che sottolinea come i difetti linguistici derivino dalla specificità del codice canonico (p. 25). Cfr. anche P. CIPROTTI, *Observaciones al texto del Codex Iuris Canonici*, Salamanca 1950².

*Bollettini diocesani*³⁸. In questo modo vescovi, clero, religiosi e laici sono regolarmente informati delle disposizioni della Santa Sede e delle curie vescovili³⁹.

Il secondo aspetto concerne gli adattamenti pastorali degli istituti e delle norme. Il Codice attua quel rafforzamento degli *uffici pastorali* che il concilio di Trento aveva iniziato ma che le resistenze sociali avevano impedito di realizzare. Sono da segnalare, in questa ottica, una serie di norme: quelle dirette ad accordare il potere di dispensa dei vescovi e dei parroci in diversi ambiti e specialmente in materia matrimoniale (can. 199 § 1); quelle tendenti ad accrescere l'autorità dei vescovi nei riguardi dei Capitoli cattedrali, del clero regolare, della sede metropolitana e dei parroci; infine quelle miranti a favorire una migliore formazione ed educazione del clero (can. 976)⁴⁰.

Degno di rilievo è lo svincolamento della *cura animarum* dall'istituto del beneficio ecclesiastico di origine feudale (can. 1415 § 3). Le rendite beneficiarie sono finalizzate ad assicurare un decoroso sostentamento al titolare dell'ufficio (can. 981 § 2) e poste al servizio della diocesi e della missione (cann. 979 e 981). Viene soppresso l'antico *ius patronatus* e coloro che lo posseggono da tempo sono invitati a rinunciarvi in cambio della concessione da parte dell'ordinario di suffragi spirituali (can. 1451)⁴¹.

L'espressione più evidente dell'adattamento pastorale voluto dal Codice si trova nelle norme relative ai *sacramenti*, in particolare del battesimo, dell'eucaristia e del matrimonio. Il diritto di amministrare il battesimo è concesso a ogni parrocchia (can. 774); sono eliminate le antiche restrizioni disciplinari e morali per accedere all'eucaristia quotidiana e la sua recezione viene anticipata ai sette anni (cann. 853-866)⁴². Inoltre si introducono semplificazioni formali per

³⁸ Com'è noto, dal 1909, negli *Acta Apostolicae Sedis* confluiscono, oltre le disposizioni legislative, tutti gli atti emanati dal papa e una grande parte degli atti delle Congregazioni e delle decisioni dei Tribunali centrali della Chiesa.

³⁹ Per capire il salto di qualità compiuto in questo campo, si deve ricordare che, dal medioevo in avanti, la promulgazione delle leggi canoniche universali avveniva a Roma nelle basiliche e in Campo dei Fiori, mentre la promulgazione delle leggi particolari si faceva nella Cattedrale della diocesi oppure nelle parrocchie durante la messa.

⁴⁰ Sui casi di ampliamento della potestà ordinaria dei vescovi introdotti dal Codice si veda ora la ricostruzione offerta da O. CONDORELLI, *Recezione della tradizione nella codificazione latina. Il caso del potere dei vescovi*, in *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, a cura di E. BAURA, N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS e T. SOL, Milano 2017, pp. 121-168:152-159.

⁴¹ Notevoli le resistenze degli episcopati a questa misura introdotta dal Codice. Essi la vedevano come dannosa per l'amministrazione economica e contraria ai diritti pregressi e alle consuetudini inveterate. Sull'influenza esercitata da Gasparri sulla nuova legislazione e sulle ulteriori limitazioni apposte nei concordati, si veda lo studio di A. LOTTI, *Il giuspatronato dalle leggi delle decretali al Codice di diritto canonico*, in «Apollinaris» 18 (1945) 14-122.

⁴² Cfr. A. HAQUIN, *Les décrets eucharistiques de Pie X. Entre mouvement eucharistique et mouvement*

accedere al matrimonio; soprattutto si eliminano o si riducono gli impedimenti, cercando di uniformare la legge canonica alla legge civile locale (can. 1089)⁴³.

A fronte di queste valenze positive, emergono però nel codice pio-benedettino alcuni rilevanti limiti sul piano teologico e pastorale.

Il superamento della concezione patrimoniale dell'ufficio sacro finiva per volgere verso una *concezione amministrativa* dell'apparato ecclesiastico. È come se la Chiesa fosse vista come uno Stato spirituale, dotato di un ordinamento giuridico sintetizzato in un codice moderno, organizzato in modo burocratico attorno a un apparato centrale e periferico di uffici, regolati secondo criteri razionali, governato da una gerarchia di funzionari speciali con un vertice specialissimo, e un popolo composto di sudditi. Nella prassi ecclesiastica del Novecento, il Codice ha ridotto il diritto canonico a una serie di articoli di legge aventi lo scopo non solo di conservare la disciplina ecclesiastica, ma di tutelare i diritti del papa e dei vescovi, in misura minore del clero e in misura minima quelli del laicato⁴⁴.

Al fondo di questa concezione sta un'*ecclesiologia gerarcologica e governamentale* corrispondente al modello di Chiesa fissato dal *Syllabus* e proclamato dal concilio Vaticano I: *societas iuridice perfecta*, in quanto dotata per diritto divino di un ordinamento sovrano, e *societas inaequalis*, in quanto fortemente gerarchizzata e divisa in classi di persone.

Per conseguenza, il Codice del 1917 trasmette una *concezione clericale* del diritto canonico⁴⁵. Si rifiuta ogni partecipazione effettiva dei laici alle responsabilità della Chiesa. Si tende ad esautorarli tanto nell'ambito liturgico quanto in quello amministrativo. Il disinteresse per loro come classe di persone è attestato dal numero esiguo di canoni a loro dedicati (dal 684 al 701, relativi alle associazioni dei fedeli, senza peraltro prevedere la possibilità di associazioni laicali)⁴⁶.

liturgique, in «La Maison-Dieu» 203 (1995) 61-82; T. URQUIRI, *Legislación eucarística de Pío X*, in «Revista española de Derecho Canónico», 6 (1951) 945-983.

⁴³ Sul complesso delle riforme attuate dal Codice in materia matrimoniale si veda A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, II, Paris 1935², pp. 415-482.

⁴⁴ Hervada e Lombardía definiranno il Codice del 1917 «una especie de inmensa disposición administrativa... aplicada sin control contencioso administrativo» (J. HERVADA - P. LOMBARDÍA, *El derecho del pueblo de Dios [hacia un sistema de Derecho canónico]*, I, Pamplona 1970, p. 133).

⁴⁵ U. STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici. Eine Einführung in das auf Geheiss Papst Pius X. verfasste und von Papst Benedikt XV. erlassene Gesetzbuch der katholischen Kirche*, Stuttgart 1918, pp. 83-84.

⁴⁶ Cfr. R. METZ, *Pouvoir, centralisation et droit. La codification du droit de l'Église catholique au début du XX^e siècle*, in «Archives de sciences des religions», 51 (1981), n. 1, p. 62.

3. LO "SPIRITO" DEL CODICE PIO-BENEDETTINO

Finora ho indicato i principali mutamenti della forma e della sostanza della riforma legislativa di Pio X. Ogni codificazione presuppone, però, un'unificazione non solo esterna ma anche interna della materia, basata su uno spirito animatore capace di plasmare e integrare i diversi elementi che la compongono. Il Codice del 1917 esprime (o almeno lascia trasparire) un *nuovo spirito* del diritto canonico?

La risposta non appare né semplice né univoca⁴⁷. Essa non va ricercata nella prospettiva teologica perché, se il Codice pio-benedettino presuppone – come più volte detto – una precisa ecclesiologia, tuttavia esso intende tracciare una linea di demarcazione con la teologia. Il diritto canonico codificato non intende più presentarsi come una realtà strettamente compenetrata di diritto e di teologia, bensì come un vero e proprio sistema giuridico.

La separazione formale dalla teologia era una condizione necessaria per acquistare credito nella scienza giuridica laica, che vedeva nel diritto canonico uno pseudo-diritto, in quanto riposante su princìpi extra-giuridici e mancante del requisito principe della coazione, come il diritto statale.

Restava però il problema di trasporre i princìpi teologici e pastorali dell'antico diritto canonico in un sistema giuridico contemporaneo. Ora questo avviene nel Codice del 1917 mediante due operazioni convergenti. La prima consiste nell'assimilare i princìpi teologici supremi che regolavano l'ordinamento (*ratio peccati, ratio scandali, salus animarum, utilitas Ecclesiae*, ecc.) a norme giuridiche positive; la seconda sta nella riduzione della portata extralegale degli istituti che fondavano la flessibilità dell'ordinamento a casi previamente regolamentati dal legislatore (*aequitas canonica, dispensatio, tolerari potest, dissimulatio, remonstratio*, ecc.). In definitiva, il Codice non solo giuridicizza e particularizza i motori dinamici dell'ordinamento ma ne depotenzia il ruolo e la funzione, a tutto vantaggio della legge positiva.

Spostandosi dal piano teologico a quello giuridico del Codice, possiamo invece notare una serie di trasformazioni significative che hanno investito la *sostanza del diritto canonico* medievale e tridentino.

Ridotta di molto la sfera giurisdizionale della Chiesa, diminuita la consistenza istituzionale ed economica della sua organizzazione, caduta l'effettività di tante norme e istituti, affermatasi la libertà religiosa e l'ideologia liberale negli Stati-nazione, era giocoforza ripensare il diritto canonico in rapporto più stretto con le realtà ultime, strettamente religiose.

⁴⁷ Troviamo due posizioni opposte tra i canonisti laici: STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici...*, cit., p. 177; FALCO, *Introduzione allo studio del "Codex iuris canonici"...*, cit., p. 399.

I redattori del Codice (per primo Gasparri) lavorano su questa linea di attenuamento degli aspetti temporalistici del diritto canonico e di valorizzazione della finalità giuridico-spirituale⁴⁸. Scompare la parte relativa allo *Ius publicum ecclesiasticum*, che era prevista nel progetto di Pio X e, come si è detto all'inizio, vengono omesse le condanne ideologiche del *Syllabus*⁴⁹.

Si è parlato, da parte di alcuni giuristi protestanti, di una *spiritualizzazione del diritto canonico* consistente nel passaggio da un «diritto della Chiesa per il mondo» a un «diritto della Chiesa per la Chiesa»⁵⁰. Si potrebbe anche dire che la Chiesa di Pio X riorganizza il proprio ordinamento e usa le proprie attribuzioni giuridiche in funzione della suprema finalità della *salus animarum*.

Un'ultima domanda: quali sono stati gli *effetti complessivi* dei mutamenti di forma e di sostanza della codificazione canonica? Il diritto della Chiesa cattolica si trasforma in un diritto *unificato, universale, spiritualizzato*: tre caratteri che, allo sguardo dello storico, appaiono correlativi e insieme vincolati all'operazione giuridico-politica della codificazione da una catena di condizioni e di ragionamenti. Infatti il diritto canonico non poteva essere universalizzato senza prima venire unificato; non poteva altresì essere unificato e universalizzato se, a sua volta, non fosse stato de-temporalizzato, de-localizzato e de-mondanizzato. Solo la *forma Codice*, che attuava l'opera di completa de-contestualizzazione del diritto precedente con la sua potenza astrattiva e ordinatrice, poteva offrire questi benefici.

Lo possiamo verificare in concreto ripercorrendo il cammino a ritroso. Come ho detto all'inizio, l'obiettivo della unificazione del diritto canonico era raggiungibile solamente attraverso l'eliminazione dei tre sottosistemi in cui si era articolato dal XVI secolo: il diritto tridentino, il diritto indiano, il diritto missionario. Una volta che essi erano stati ricondotti al diritto comune della Chiesa e quindi unificati, occorre trasformare le norme di cui si componevano in norme aventi validità generale mediante la codificazione. Il che implicava ignorare ed eliminare ogni riferimento concreto al 'mondo' da cui provenivano. Ecco il *cambiamento di forma* del diritto canonico⁵¹.

⁴⁸ Sulla Scuola romana di diritto canonico della seconda metà del XIX secolo rinvio a *Chiesa romana e modernità giuridica...*, cit., I, pp. 115-198: 187-198; per Gasparri, ivi, 374-377; in sintesi, ivi, II, pp. 1121-1124.

⁴⁹ Sul progetto originario di Pio X si veda C. FANTAPPIÈ, *Gli inizi della codificazione pio-benedettina alla luce di nuovi documenti*, in «Il diritto ecclesiastico», 113 (2002) 16-83: 81.

⁵⁰ G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, trad. it. Torino 1959, pp. 149-150 (che riprende il giudizio già espresso da STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici...*, cit., p.177).

⁵¹ Acutamente Orio Giacchi notava che il Codice del 1917 ha rappresentato «il massimo vertice raggiunto dalla Chiesa nella forma del suo diritto» e aggiungeva «la codificazione è, del resto, già

Occorreva però abbinare questo mutamento a quello, almeno parziale, della *sostanza* del diritto canonico. La materia o sostanza giuridica precedente al Codice viene selezionata e riconfigurata in modo funzionale allo stato reale della Chiesa e alle finalità più elevate dell'ordinamento, quelle pastorali e spirituali. Si pensi alla delimitazione preventiva che è stata operata di alcuni istituti fondamentali del diritto classico, come la giurisdizione ecclesiastica, il fòro esterno, gli ambiti di applicazione e le classi di persone soggette alle pene canoniche, ecc.

Nel Codice del 1917 v'è, dunque, una *nuova forma* e una *nuova sostanza* le quali esprimono il diverso "spirito" del diritto canonico codificato rispetto al diritto tridentino e a quello medievale classico. Tutto questo "*non detto*" che sta dietro al Codice non è meno importante delle conferme del passato che esso contiene⁵².

4. IL DIRITTO CANONICO "ALLA PROVA" DEL CODICE

Il rapporto tra la Chiesa cattolica e il diritto canonico nel corso del Novecento presenta aspetti in apparenza singolari. Nel periodo compreso tra la vigenza del Codice pio-benedettino (1918) e l'inizio del Concilio Vaticano II (1962) non è dato assistere ad alcuna importante riforma istituzionale dell'assetto della Chiesa, non si riscontra una consistente produzione normativa di diritto universale e neppure si affaccia, almeno da parte della canonistica pontificia, una qualche discussione sulla necessità di una riforma del diritto canonico.

Tutto ciò induce a supporre – in mancanza di studi specifici – che il Codice del 1917 abbia avuto una forte presa sulla realtà ecclesiastica, un grado di applicazione e una capacità di tenuta davvero notevoli, tenuto conto delle complessità spaziali e culturali della Chiesa del Novecento.

Tuttavia, all'ombra del Codice – o, meglio, in parallelo ad esso, sono emersi *fenomeni nuovi nella Chiesa* sotto il profilo spirituale e teologico ma anche sociale e politico. Potremmo ricordare, tra i più significativi, il potenziamento e il rinnovamento dell'attività missionaria in Africa e in Asia; la nascita e la diffusione di movimenti sindacali e partiti politici cattolici, il rinnovamento ecclesiologico, liturgico, biblico, patristico, l'apostolato dei laici, l'Azione cattolica, la crescita degli ordini religiosi e il riconoscimento degli Istituti secolari; l'espansione della

di per se stessa una rigorosa affermazione della forma» (O. GIACCHI, *Sostanza e forma*, in IDEM, *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, Milano 1981, I, p. 121).

⁵² Al riguardo sarebbe istruttivo operare il confronto, anche solo dei titoli delle parti e sezioni, tra le codificazioni private e il codice ufficiale.

Chiesa nei cinque continenti, con l'aumento vertiginoso delle circoscrizioni metropolitane e delle prefetture apostoliche; la moltiplicazione per cinque delle rappresentanze attive della Santa Sede presso gli Stati, lo sviluppo di un clero e di una gerarchia autoctoni nelle chiese del Terzo mondo, l'adattamento della pastorale al passaggio dalla società rurale a quella industriale, e via dicendo.

Si tratta di fenomeni in gran parte non previsti né prevedibili, che evidenziano un protagonismo di nuove categorie di fedeli: in primo luogo del laicato – stato personale da secoli tenuto ai margini nella Chiesa –, ma anche dei missionari, delle suore, dei laici consacrati.

Ora le trasformazioni dell'istituzione ecclesiastica nella prima metà del Novecento e l'emersione di nuovi soggetti al suo interno pongono una *serie di domande* circa le relazioni con la normativa del Codice del 1917. Possiamo formulare tre ipotesi ricostruttive in qualche modo plausibili:

- 1) mediante la forma Codice si è cercato di imbrigliare l'evoluzione della Chiesa; quest'ultima è comunque avvenuta, ma il diritto canonico non ne ha tenuto conto;
- 2) si è scelto di non modificare il Codice ma di affiancare ad esso una legislazione speciale, come avvenuto nel diritto degli Stati;
- 3) per garantire immutabilità e perpetuità al Codice sono state introdotte, in via preventiva, regole per integrarlo; non essendo risultate bastanti per l'adeguamento al cambiamento storico si è scelto di dissimulare le modificazioni normative.

Quest'ultima ipotesi risulta, a mio avviso, più convincente delle altre, perché in linea con:

- a) le aspirazioni di Gasparri e del papato ad attribuire completezza al Codice, nonostante i presupposti della codificazione canonica fossero più articolati;
- b) i provvedimenti varati dalla Santa Sede nel 1917 circa l'interpretazione e l'insegnamento del Codice;
- c) le finalità principalmente pratiche che avevano spinto alla codificazione;
- d) la strategia amministrativa messa in atto dalla Curia per "governare" il Codice.

4.1. La difesa conservativa del Codice

Procediamo con ordine nella ricostruzione di ciascuno di questi punti appena evidenziati.

Il Codice pio-benedettino è, come sappiamo, una raccolta normativa autentica, universale ed esclusiva⁵³. L'idea di completezza era implicita nella codificazione. Tuttavia quella canonica si distingueva dalle codificazioni civili, almeno sul piano programmatico, per il rifiuto della cesura netta con le fonti precedenti e per il forte senso della continuità col passato (can. 6)⁵⁴ nonché per l'apertura a fonti extralegislative a fini eterointegrativi⁵⁵. Ciò doveva avvenire mediante il ricorso ai principi generali, all'*aequitas canonica*, allo stile e alla prassi della curia romana, alla comune e costante opinione dei dottori (can. 20)⁵⁶.

Queste modeste ma significative brecce – la cui portata è stata peraltro ampliata dalla dottrina successiva rispetto alle intenzioni dei redattori⁵⁷ – non sono bastate a mantenere il Codice una “costruzione aperta” nel momento attuativo⁵⁸.

⁵³ Per un confronto con le codificazioni civili circa il carattere “monista” e non “pluralista” della codificazione canonica: D. ESPIN CANOVAS, *Lecciones de las codificaciones civiles*, in *Teoría general de la adaptación del Código de Derecho Canónico. Trabajos de la VIII Semana de Derecho Canónico (celebrada en el Centro de Estudios Superiores de Deusto en setiembre de 1960)*, Bilbao 1960, pp. 86-96.

⁵⁴ Tuttavia per i commentatori fu subito chiaro che la fonte diretta e propria delle leggi era da ritenere il nuovo Codice e non l'antica legislazione. Ed il ricorso ad essa non doveva essere ampliato al di fuori dei casi in cui era necessario come mezzo d'interpretazione (cfr. P. GILLET, *De relatione Codicis ad disciplinam anteriorem*, in «Collectanea Mechliniensia», 18, 1929, pp. 433-435).

⁵⁵ Per i caratteri differenziali tra la codificazione canonica e le codificazioni civili: C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica...*, cit., II, pp. 983-1061.

⁵⁶ Due opere di riferimento, anche se non sempre combacianti per ispirazione: A. ORTSCHIED, *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur la science juridique d'après le concept de code de droit canonique (27 mai 1917)*, Paris, 1922; C. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique. Contribution historique et doctrinale à l'étude du canon 20 sur la méthode et les sources en droit positif*, Paris 1938.

⁵⁷ Si veda, al riguardo, la ricostruzione di V. PALOMBO, *I lavori preparatori del can. 20 del CIC del 1917. Spunti per uno studio intorno al principio di equità*, in «Il diritto ecclesiastico», 107 (1996) 235-248. Sulla mancanza poi di uniformità della terminologia relativa all'equità è utile riferirsi a E. ROELKER, *The Meaning of "Aequitas," "Aequus," and "Aequus" in the Code of Canon Law*, in «The Jurist» 6 (1946) 239-274. Infine sulle diverse e talora opposte interpretazioni date dalla dottrina dopo il Codice sulla natura (naturale o canonica), il valore (benigno o severo) e specialmente la rilevanza dell'*aequitas* nella giurisprudenza e nell'interpretazione canonica offre una istruttiva panoramica G.M. COLOMBO, *Sapiens aequitas. L'equità nella riflessione canonistica tra i due codici*, Roma 2003, pp. 123-271.

⁵⁸ È significativo che i commentatori ecclesiastici del can. 20 affermino concordemente che il Codice segue l'esempio dei codici civili nei casi di lacuna della legge, anzi ne canonizza le disposizioni. Cfr. S. D'ANGELO, *Saggi di questioni giuridiche*, I, Torino 1928, p. 61; A. CRNICA, *De lacunis legis supplendis ad normam Codicis J.C.*, in «Jus pontificium» 16 (1936) 183; W. ONCLIN, *Les*

In linea con il progetto originario e con le idee del suo architetto, Pietro Gasparri, il Codice si trasforma in un testo autoreferenziale ed autosufficiente, si direbbe in una vera e propria gabbia, per giunta ben custodita e difesa dai suoi creatori.

Anzitutto va ricordato che il progetto di papa Pio X di raccogliere nel Codice «tutte» e «solo» le leggi della Chiesa si prestava facilmente ad essere interpretato come un'attribuzione o qualifica di completezza, sebbene la più autorevole dottrina ecclesiastica e laica avessero messo in guardia contro questa distorsione⁵⁹.

Durante la redazione del Codice, poi, Gasparri aveva voluto escludere che confluissero in esso disposizioni di tipo temporaneo o transitorio, relative a materie che potessero restare esposte alle contingenze o all'usura del tempo o che potessero essere suscettibili di modificazioni per motivi politici o religiosi⁶⁰.

Nel momento della promulgazione, avvenuta in Vaticano il 28 giugno del 1917, Benedetto XV aveva comunicato al collegio cardinalizio la sua volontà di garantire in ogni modo la fedele osservanza del Codice con l'impedirne qualunque deroga⁶¹.

Infine, il 7 agosto 1917, la Congregazione dei Seminari, in modo perentorio e programmatico, definisce il Codice «authenticum et unicum juris canonici fontem»⁶².

lacunes de la loi en droit canonique, in *Le problème des lacunes en droit. Études publiées par CH. PERELMAN*, Bruxelles 1968, p. 185.

⁵⁹ Wernz aveva reagito criticamente alle aspettative di tanti suoi colleghi che esaltavano il valore esaustivo del Codice come chiave di risoluzione di tutti i problemi (F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, I³, Prati 1913, p. 346 § 265). E Falco, nel 1921, osservava che il Codice presentava lacune rilevanti sulla stessa costituzione della Chiesa, come la mancata regolamentazione dei poteri del concilio ecumenico e del collegio cardinalizio in caso di scisma, di pazzia, di eresia del pontefice (FALCO, *La codificazione del diritto canonico...*, cit., pp. 34-42).

⁶⁰ Da un lato è tipico il fatto che nel Codice manchi un titolo sulla Santa Sede, sulla elezione del pontefice e sulla vacanza della Sede apostolica, nonostante restasse ancora aperta la questione romana. Dall'altro appare significativo che non fosse incluso nel Codice alcun riferimento al modernismo e alle norme sul giuramento antimodernista, salvo poi dichiarare ufficialmente che restavano in vigore quelle e tutte le altre norme utili per combatterlo finché la Santa Sede l'avesse ritenuto opportuno. Lo stesso vale per la legge sui concorsi parrocchiali, altra materia sensibile sottoposta alla varietà dei luoghi.

⁶¹ Durante la cerimonia della promulgazione Benedetto XV affermò, tra l'altro, intorno al Codice: «Ci proponiamo di zelarne la fedele osservanza, chiudendo l'orecchio ad ogni domanda di qualsiasi deroga» (corsivo nel testo). Cfr. «Monitore ecclesiastico» 39 (1917) 265-268.

⁶² «AAS» 9 (1917) 439. Questa affermazione fu subito ripresa dalla dottrina più autorevole. Filippo Maroto, che aveva anche collaborato alla redazione del Codice, scriveva: «Est proinde Codex nedom canonici communis iuris fons *verus, authenticus, publicus, universalis*, sed etiam *fere unicus, exclusivus, totalis*» (corsivi nel testo) (Ph. MAROTO, *Annotationes*, in «Commentarium pro religiosis et missionaribus», I, 1920, p. 10).

Questi diversi elementi convergono verso l'affermazione chiara di due principi, relativi alla funzione e alle caratteristiche del nuovo testo legislativo: il primo è che, d'ora in avanti, il Codice va considerato *fonte unica* del diritto canonico; il secondo è che esso possiede i caratteri della *completezza*, dell'*intangibilità* e della *permanenza*.

4.2. Il mito del Codice eterno

Senza il mito dell'autosufficienza e della perpetuità della forma codicistica – credenza vivissima nei giuristi secolari, peraltro condivisa da Gasparri e da molti altri canonisti –, non si spiegherebbero due importanti provvedimenti emanati dalla Santa Sede nel 1917, rivolti sia a bloccare ogni operazione di carattere creativo che si annidasse nell'interpretazione e nell'insegnamento del Codice canonico, sia a restringere preventivamente la produzione normativa extravagante e la portata della giurisprudenza.

Questa strategia prevede, per prima cosa, la creazione di un *organo supremo interpretativo* che abbia la riserva esclusiva sulla risoluzione, in modo autoritario, di tutti i dubbi sul significato e la portata delle norme. Si tratta della Pontificia Commissione per l'interpretazione autentica dei canoni del Codice, eretta il 15 settembre del 1917⁶³.

Per garantire la continuità nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme con le intenzioni dei redattori e del legislatore, sono chiamati a far parte di questa Commissione, rispettivamente come presidente e come membri, Gasparri e diversi consultori del Codice⁶⁴. Una tale scelta tradisce, da un lato, una concezione dichiaratamente volontarista – di derivazione suareziana –, che identifica la *mens* con la *voluntas* del legislatore andando contro il principio tomista della *rationabilitas*; dall'altro lato, una concezione monocratica del potere

⁶³ BENEDICTUS XV, motu proprio *Cum iuris canonici – Commissio instituitur ad Codicis canones authentice interpretandos*, 15 settembre 1917, in «AAS» 9 (1917) 483-484. Cfr. O. GIACCHI, *Formazione e sviluppo della dottrina della interpretazione autentica in diritto canonico*, Milano 1935; A. BREMS, *De interpretatione autentica Codicis J. C. per Pont. Commissionem*, in «Jus pontificium», 15 (1935) 161-190 e 298-313; 16 (1936) 78-105 e 217-256; J. R. SCHMIDT, *The Principles of Authentic Interpretation in Canon 17 of the Code of Canon Law. A Commentary*, Washington D.C. 1941; A. GOMEZ DE AYALA, *La Commissione per l'interpretazione autentica del Codex iuris canonici e il canone 17*, in «Il diritto ecclesiastico», 71 (1960) 462-580; H. PREE, *Die evolutive Interpretation der Rechtsnorm im kanonischen Recht*, Wien - New York 1980.

⁶⁴ Sulla composizione e sul reclutamento dei membri, sulla prassi e sul modo di procedere nonché sulle materie delle decisioni della Commissione fino al 1936 si veda A. BREMS, *De interpretatione autentica Codicis J. C. per Pont. Commissionem*, in «Jus pontificium», 16 (1936) 86-91, 243-256.

ecclesiastico che, pur adottando l'idea statale di codice, non poteva aprirsi al principio moderno della separazione dei poteri⁶⁵.

La Commissione per l'interpretazione autentica fu pensata non solo per sciogliere dubbi e impedire errori, bensì per dare *stabilità e rigidità* alle norme del Codice⁶⁶. I suoi compiti erano strettamente definiti dall'interpretazione dichiarativa dei canoni⁶⁷. Per giunta questa venne attuata, nei primi decenni, in senso restrittivo e solo col modificarsi dei membri e degli orientamenti perverrà a posizioni più aperte⁶⁸.

In secondo luogo la Santa Sede impartisce, con un decreto del 7 agosto del 1917, le direttive sull'insegnamento del diritto canonico ai docenti nelle scuole e nelle università cattoliche⁶⁹. Con esse viene imposto di seguire il metodo della scuola dell'esegesi, fondato sul principio della prevalenza assoluta della *voluntas legislatoris*, ad esplicita imitazione dei codici civili. Dunque si restringe, in via preventiva, l'interpretazione del Codice alla *mera esegesi del testo* e, di conseguenza, si impedisce alla scienza canonica non solo ogni forma di interpretazione creativa ma altresì l'impiego di altri metodi⁷⁰.

⁶⁵ Su questo e altri punti si stabilisce una concordanza tra il metodo esegetico dei canonisti di Curia nel Novecento e la Scuola dell'Esegesi in Francia e in Italia nell'Ottocento. Osserva Tarello, a proposito di quest'ultima: «l'interprete, di fronte alla volontà codificata del legislatore, si trovava solo con il suo vocabolario, la sua logica, la sua capacità di indagine storico-psicologica della volontà del legislatore» (G. TARELLO, *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia*, ora in IDEM, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, p. 79).

⁶⁶ Nel *motu proprio* istitutivo Benedetto XV dichiarava che «il bene della Chiesa e il carattere stesso dell'opera richiedono che prestiamo ogni possibile attenzione a che la validità di un testo così importante non venga un giorno o l'altro messa in forse o da opinabili interpretazioni e congetture di privati sul senso autentico dei canoni, o dalla molteplice varietà di nuove leggi» («AAS» 9, 1917, 483).

⁶⁷ Questa era la dottrina sostenuta da Suárez, Santi, De Angelis, D'Annibale, Wernz in rapporto all'interpretazione autentica dei decreti tridentini, la quale viene richiamata all'interno della Commissione nei primi anni della sua attività. Comunque la dottrina canonistica si dividerà presto intorno ai poteri (legislativi o solo interpretativi) e alla portata delle sue decisioni (dichiarative o estensive e restrittive) di norme dubbie. Cfr. A. GOMEZ DE AYALA, *La Commissione per l'interpretazione autentica del Codex iuris canonici...*, cit., pp. 511-543.

⁶⁸ Tra le diverse raccolte di responsi, si possono vedere i due volumi: *Codicis iuris canonici interpretationes authenticae seu Responsa a Pontificia commissione ad Codicis canones authentice interpretandos annis MCMXVII-MCMXXXV data et in unum collecta atque Romanorum Pontificum actis et R. Curiae decisionibus aucta*, Romae 1935; vol. II: *Codicis iuris canonici interpretationes authenticae... annis MCMXXXVI-MCML data et in unum collecta atque Romanorum Pontificum actis et R. Curiae decisionibus aucta*, Romae, 1950. Sarà importante compiere un lavoro di scavo archivistico sui lavori di questa Commissione. Una prima indagine è in corso di svolgimento da parte di padre Joseph-Thomas Pini o.p.

⁶⁹ SACRA CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET DE STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, *decr. De novo iuris canonici codice in scholis proponendo*, 7 agosto 1917, in «AAS» 9 (1917) 439.

⁷⁰ L'accento alla ricostruzione storica dei singoli istituti, contenuto nel citato decreto del 7 agosto 1917 e in un secondo del 31 ottobre 1918 («AAS», 11, 1919, 19) si è rivelato ininfluenza e,

In altre parole, a somiglianza della venerazione dei civilisti francesi verso il *Code Napoléon*, i canonisti dovevano nutrire un ossequio quasi sacrale alla lettera del *Codex iuris canonici*, venendo meno alla funzione principale dell'interprete di mediatore tra il testo della legge e la realtà della Chiesa.

La *sacralità del Testo* del Codice è corroborata sia dal principio dell'*unicità*, giacché si raccomanda, nello stesso decreto, che «gli alunni non usino di nessun altro libro tranne il Codice», sia dal principio dell'*integrità testuale*, venendo proibita dalla Santa Sede la traduzione nelle lingue volgari⁷¹.

Compiuta la costruzione teorica del “mito” del Codice come una fortezza legislativa, un testo unico e completo, la cui interpretazione era riservata agli uomini della curia romana, restavano da emanare norme finalizzate a difenderlo con mura potenti e tendenzialmente invalicabili ossia con regole dirette a centralizzare tutta la produzione giuridica e a restringere in via preventiva altre leggi o norme di rango subordinato⁷².

Nel *motu proprio* che istituiva la Commissione di interpretazione autentica si fissavano anche i compiti delle Congregazioni di Curia. Prima di tutto quello di esercitare un'azione puntuale di controllo affinché le norme del Codice fossero «religiosamente osservate»; inoltre quello di chiarire e aumentare l'efficacia delle prescrizioni del Codice mediante la pubblicazione di apposite *Istruzioni*⁷³. Ciò ha portato le Congregazioni a emanare istruzioni e decreti contenenti interpretazioni autentiche dotate di efficacia generale al pari dell'apposita Commissione⁷⁴.

Invece l'eventualità di aggiornare il Codice mediante la redazione di nuovi *decreti generali* (ossia leggi) da inserire in esso, senza alterarne la numerazione, viene ristretta «al caso che lo richieda una grave necessità della Chiesa universale»⁷⁵. Di fatto ciò non è mai avvenuto, sia perché non si voleva vulnerare la sacralità del

quando c'è stato, ha svolto una funzione meramente ornativa o confirmatoria. Cfr. anche V. GÓMEZ-IGLESIAS C., *La ricezione del Codice del 1917 nella dottrina e nell'insegnamento*, in *La codificazione e il diritto nella Chiesa...*, cit., pp. 71-119.

⁷¹ Nonostante molteplici richieste, il divieto di permettere traduzioni del Codice è affermato dalla Segreteria di Stato «in via generale» e come «disposizione di massima» già il 17 marzo 1917 (ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, *Segreteria di Stato*, 1917, rubr. 18, fasc. 3, f. 5). Fu solamente permessa, in questi primi anni, la traduzione in lingua italiana, francese, inglese, spagnola e tedesca di un estratto delle norme del Codice per i membri delle religioni laicali (A. VAN HOVE, *Prolegomena, Commentarium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici*, vol. I, t. I, Mechliniae – Romae 1945², p. 620 n. 560).

⁷² A. GÓMEZ DE AYALA, *La Commissione per l'interpretazione autentica del Codex iuris canonici...*, cit., p. 576.

⁷³ BENEDICTUS XV, *motu proprio Cum iuris canonici...*, cit., § 2.

⁷⁴ Per una lunga lista esemplificativa delle interpretazioni autentiche delle Congregazioni curiali, si veda A. GÓMEZ DE AYALA, *La Commissione per l'interpretazione autentica del Codex iuris canonici...*, cit., p. 576.

⁷⁵ BENEDICTUS XV, *motu proprio Cum iuris canonici...*, cit., § 3.

Codice, sia perché, come cercherò di spiegare, nel frattempo si era optato per una soluzione alternativa: quella di far passare le modifiche parziali per altre vie.

Da quanto precede appare chiaro che il motu proprio *Cum iuris canonici* aveva un'estensione ben più larga di quanto presentava nel titolo. Non era semplicemente finalizzato all'interpretazione autentica bensì a imporre regole sulla produzione giuridica che completassero il *sistema delle fonti canoniche* delineato in forma rigida dopo tanti secoli dal Codice⁷⁶.

4.3. *Gli effetti sul sistema delle fonti*

Durante mezzo secolo circa (dal 1918 al 1963), la produzione legislativa "estravagante" fu assai limitata⁷⁷. Bisogna tener conto che un certo numero di norme, come quelle relative all'elezione del papa e alla vacanza della Santa Sede, erano in gran parte precedenti e furono poste in appendice alle diverse edizioni ufficiali del Codice. Invece le norme prodotte in tempi successivi – a parte quelle emanate direttamente dal papa mediante costituzioni, motupropri o encicliche⁷⁸ – furono considerate leggi peculiari⁷⁹ oppure leggi speciali⁸⁰.

⁷⁶ Sulle pretese normativistiche del Codice e sulla conseguente sfiducia verso l'interprete si veda E. BAURA, *Lo spirito codificatore e la codificazione latina*, in *La codificazione e il diritto nella Chiesa...*, cit., pp. 35-69.

⁷⁷ Si noti anche che le correzioni al testo del Codice sono state scarsissime e dirette a correggere errori tipografici nei canoni 1230 § 5 e 2341 linea 9 nonché nell'indice analitico-alfabetico (cfr. A. DE MEESTER, *Juris canonici et juris canonico-civilis compendium*, nova editio, I, Brugis 1921, p. 53 nota 4).

⁷⁸ Questi provvedimenti pontifici riguardano per lo più disciplina di alcuni organi della Curia, le associazioni ecclesiastiche e laicali, la disciplina giuridica dei sacramenti, l'organizzazione giudiziaria della Chiesa (T. MAURO, *Le fonti del diritto canonico dalla promulgazione del Codex fino al concilio Vaticano II*, in *La norma en el Derecho canónico. Actas del III Congreso internacional de Derecho canónico, Pamplona, 10-15 de octubre de 1976*, Pamplona 1979, I, pp. 579-583).

⁷⁹ Emblematico il percorso dell'importante costituzione apostolica *Provida mater Ecclesia* del 2 febbraio 1947 sul riconoscimento degli Istituti di vita secolare come nuova forma di vita consacrata. Per evitare di annullare le disposizioni del Codice del 1917, per il quale questi Istituti sarebbero associazioni laicali, si provvide a qualificare questo documento solenne legge peculiare o diritto proprio, assimilandola alla posizione un tempo rivestita dalla cost. ap. *Conditae a Christo* dell'8 dicembre 1900 (cfr. S. CANALS NAVARRETE, *Los Institutos seculares de perfección y apostolado*, in «Revista española de derecho canónico», 2, 1948, 852-853). Al tempo stesso si pose il grosso problema della classificazione dei membri di questi Istituti nello stato canonico di perfezione o nelle diverse specie di associazioni (cfr. gli scritti di A. LARRAONA e di A. GUTIÉRREZ in *De institutis saecularibus documenta pontificia... cura et studio "Commentarium pro religiosis"*, I, Roma 1951). Per le vicende dal 1947 al Vaticano II, cfr. G. ROCCA, *La dipendenza degli Istituti secolari dalla S.C. del Concilio*, in «Commentarium pro religiosis et missionariis», 96 (2015) 233-262.

⁸⁰ Come molti decreti emanati dalla Congregazione de Propaganda Fide relativi al diritto missionario, per i quali si rinvia a J. WERQUIN, *De iure missionario universali eiusque fontibus cognoscendi*, in «Commentarium pro religiosis et missionariis», 26 (1947) 120-157.

In definitiva l'organo legislativo più importante *post Codicem* fu la curia romana sia direttamente, sia con l'aiuto del papa nel caso di documenti con approvazione in forma specifica. Da essa venne emanata una legislazione complementare rivolta a integrare le leggi anteriori con i *decreti generali* o a precisarle con norme aventi forza direttiva come le *istruzioni* o norme di mera esecuzione come *regolamenti e dichiarazioni*⁸¹.

Questa constatazione è tutt'altro che sorprendente. In linea teorica, perché il Codice aveva equiparato il ruolo di congregazioni, tribunali e uffici di Curia all'attività legislativa del papa (can. 7); in linea pratica, perché la finalità pastorale con cui era nato il Codice, si è detto, imponeva di dotare gli organi esecutivi della Chiesa di norme chiare e precise, facilmente applicabili.

Molteplici e convergenti sono stati gli effetti su ogni livello – legislativo, interpretativo, esecutivo – del processo di *centralizzazione assoluta* che ha investito il diritto codificato. Sicuramente esso ha frenato il sorgere del *diritto consuetudinario*⁸² e contenuto la crescita del diritto particolare. Dopo che il Codice aveva fissato una regolamentazione generale ed esaustiva (almeno così si riteneva) della disciplina della Chiesa, la funzione del *legislatore particolare* si riduceva a quella di veicolo di trasmissione e di controllo della decretazione del legislatore universale⁸³. I concili provinciali e plenari vengono celebrati di rado⁸⁴, anche perché rimpiazzati da organismi collegiali di natura diversa, quali

⁸¹ Per una rassegna di questi provvedimenti legislativi, si rinvia a T. MAURO, *Le fonti del diritto canonico...*, cit., I, pp. 577-582. Una raccolta particolarmente ampia di questa legislazione, munita di indice analitico, è stata curata per il periodo 1917-1972 da X. OCHOA, *Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae*, I-IV, Romae 1966-1974. Importanti le precisazioni adottate dal curatore circa il valore e la selezione dei documenti raccolti e, in particolare, quella che interpreta la parola legge in senso molto ampio e massimamente lato, fino a comprendere precetti, risoluzioni, responsi, istruzioni, indulti, facoltà, ecc. (I, p. VIII).

⁸² Sulle restrizioni poste alla consuetudine, si veda: M. SANZ GONZÁLEZ, *La costumbre en la elaboración del Código de derecho canónico de 1917*, in *La consuetudine tra diritto vivente e diritto positivo*, a cura di M. TEDESCHI, Messina 1998, pp. 107-138; E. BAURA, *La consuetudine*, in *Fondazione del diritto. Tipologia e interpretazione della norma canonica*, a cura del GRUPPO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Milano 2001, pp. 81-104; G. FELICIANI, *La consuetudine nella codificazione del 1917*, in «*Ius Ecclesiae*» 19 (2007) 333-346.

⁸³ Per un quadro sintetico: R. METZ, *Les sources du droit*, in R. EPP, C. LEFEBVRE, R. METZ, *Le droit et les institutions de l'Église catholique latine de la fin du XVIII^e siècle à 1978. Sources, communauté chrétienne et hiérarchie*, Paris 1981, pp. 260-264.

⁸⁴ Purtroppo mancano ricerche organiche sui concili dopo la promulgazione del Codice. La difficoltà si accresce per la varietà dei riti delle Chiese e delle tipologie di concili e sinodi (plenari, provinciali, missionari, diocesani...). L'*Indice cronologico dei concili* che chiude il *Dizionario dei concili* diretto da P. PALAZZINI (vol. VI, Roma 1967) attesta che, nel decennio successivo al Codice, furono celebrati solo trenta concili nella chiesa latina. Anche il loro numero complessivo nella chiesa latina dal Codice del 1917 al Vaticano II, risultando di poco superiore a novanta, indica una sensibile diminuzione rispetto al secolo XIX.

le Conferenze episcopali⁸⁵. Maggiore tenuta sembrano invece avere i sinodi diocesani⁸⁶.

Una nota positiva è stata la crescita di un diritto particolare di derivazione concordataria. Il Codice aveva posto le premesse per un rapporto costruttivo con il diritto degli Stati; l'*attività concordataria* della Santa Sede, specialmente sotto Pio XI, ha suscitato una rinascita dell'interesse dei giuristi secolari verso il diritto canonico per gli inevitabili rapporti tra l'ordinamento della Chiesa e quelli degli Stati⁸⁷.

Anche l'*attività giurisprudenziale* è stata fortemente ristretta dai due fattori combinati della codificazione e della Commissione per l'interpretazione autentica. Intanto il Codice non lasciava molti spazi. Mentre il can. 17 prevede la funzione interpretativa della giurisprudenza solo nei casi concretamente decisi, il can. 20 ammette che essa possa considerarsi fonte creativa quando ha valore di fonte suppletiva e unicamente nei confronti dei tribunali della curia romana. L'erezione della Commissione pontificia, poi, ha interposto un diaframma tra la funzione del legislatore e la funzione del giudice⁸⁸. Insomma, al di fuori dei casi previsti dal can. 20, i giudici ecclesiastici non potevano scostarsi dalla lettera del Codice⁸⁹.

Per superare un metodo puramente sillogistico o l'astrattezza delle norme del Codice restavano l'interpretazione *per epikeiam*, che aveva il compito di applicare il testo dei canoni formulato in termini generali ai casi particolari tenendo conto delle circostanze⁹⁰, e il ricorso all'antico istituto medievale della *aequitas canonica*.

⁸⁵ Sulle assemblee dei vescovi si rinvia a G. FELICIANI, *Le Conferenze episcopali*, Bologna 1974.

⁸⁶ Per l'Italia: S. FERRARI, *Sinodi e concili dall'unificazione al nuovo secolo*, in *La Chiesa in Italia. Dall'unità ai nostri giorni*, a cura di E. GUERRIERO, Cinisello Balsamo 1996, in part. pp. 213-216. Per la Francia: L. GUIZARD, *Chronique des synodes diocésains et des statuts synodaux français*, in «L'année canonique» 1 (1952) 265-270.

⁸⁷ Cfr. Y. DE LA BRIÈRE, *La renaissance contemporaine du droit canonique*, in *Acta Congressus iuridici internationalis VII saeculo a decretalibus Gregorii IX et XIV a codice Iustiniano promulgatis Romae 12-17 novembris 1934, Romae 1935-1937*, V, pp. 57-96; per l'apporto alla legislazione particolare si veda R. ASTORRI, *Le leggi della Chiesa...*, cit., pp. 87-294.

⁸⁸ F. DELLA ROCCA, *La giurisprudenza nel diritto canonico*, ora in IDEM, *Saggi di diritto processuale canonico*, Padova 1961, pp. 147-158.

⁸⁹ A cominciare dagli anni Cinquanta del Novecento, tuttavia, si registra un'evoluzione della giurisprudenza matrimoniale che sarà determinante anche per il Codice del 1983. Cfr. *L'immatrità psico-affettiva nella Giurisprudenza della Rota Romana*, a cura di P.A. BONNET e C. GULLO, Città del Vaticano 1990; *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908-2008)*, Città del Vaticano 2010.

⁹⁰ L'*epikeia* si distingue dall'interpretazione in senso stretto, anche se non si pone contro la *voluntas legislatoris*. Ne costituisce piuttosto una specie di correzione *ex aequo et bono* ossia una dichiarazione benigna e razionale (cfr. A. DE MEESTER, *Juris canonici et juris canonico-civilis compendium...*, cit., I, p. 177). Solo Del Giudice estendeva la portata dell'*epikeia* fino a ritenerla «un atto materialmente legislativo e formalmente giurisdizionale» (V. DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epikeia nel diritto canonico*, Perugia 1926, p. 54).

Ma la Rota Romana, in linea con quanto stabilito dal legislatore, pone precisi limiti al suo impiego⁹¹. Il giudice vi si poteva richiamare solamente (1) in mancanza di una disposizione di legge espressa e chiara, (2) nel caso in cui questa non è stata ancora varata in un particolare campo, (3) quando la complessità delle circostanze o l'evoluzione impreveduta degli avvenimenti fanno sì che la legge esistente non copra interamente l'insieme della materia da giudicare⁹².

Nel complesso, la conseguenza tecnica più vistosa e discutibile dell'accentramento curiale sembra essere stata una *nuova frammentazione* normativa prodotta dal massiccio ricorso al *ius singulare*⁹³. Questo fenomeno è attestato dalla proliferazione delle dispense, privilegi, indulti nel campo del diritto comune oppure delle facoltà nel diritto missionario. L'attività amministrativa della Curia è servita, da un lato, per legittimare formalmente la perpetuità delle norme e, dall'altro, per contenere o neutralizzare le spinte verso il nuovo che emergevano nella vita della Chiesa. Ma tutto questo è avvenuto in modo centralistico, gerarchico e senza un adeguato sistema di *garanzie formali*⁹⁴.

A ben vedere questa strategia ecclesiastica di difesa conservativa del Codice è stata più che altro formale. Di fatto furono introdotte modifiche alla legislazione per via amministrativa, e il ricorso al diritto proprio e speciale fu un espediente per affermare la vigenza delle norme del Codice⁹⁵.

⁹¹ La Rota nega che vi possa essere opposizione tra legalità ed equità, e condanna chi vi ricorre per disprezzo o per ignoranza della legge. Una decisione *coram Morano* del 6 aprile 1935 afferma che «lex canonica per se aequa est»; quindi coloro che si costruiscono di testa propria un concetto di equità contraria al *praescriptum legis* cadono nell'*aequitas cerebrina* che conduce alla *iniquitas* (*Sacrae Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae quae prodierunt anno 1935...*, vol. XXVII, Typis polyglottis Vaticanis, 1943, p. 200 n. 8). Inoltre per la Rota Romana l'*aequitas canonica* non si differenzia molto dalla *epikeia*, essendo definita «*justitia cum benignitate*» e destinata a mitigare il rigore del diritto specialmente nell'applicazione delle pene e nella riparazione del danno (cfr. C. HOLBÔCK, *Tractatus de jurisprudentia Sacrae Romanae Rotae*, Graetiae - Vindobonae - Coloniae 1957, p. 12).

⁹² J. DES GRAVIERS, *La jurisprudence de la Sacrée Rote romaine sur les biens ecclésiastiques et particulièrement sur le canon 1529*, in «L'Année Canonique», II (1953) 75.

⁹³ Lo *ius singulare* viene impiegato come rimedio preferito non solo per ovviare alle deficienze del sistema legislativo del Codice, ma come soluzione-tampone per le situazioni dove era impossibile l'applicazione alla norma oppure sorgeva la necessità di derogarvi.

⁹⁴ Bernardini scriveva nel 1934 che la materia del contenzioso amministrativo era rimasta (e rimarrà a lungo) un «campo di indagine finora quasi inesplorato: necessario non solo per rivendicare al diritto canonico una compiutezza di sistema pari a quella che si riscontra nei diritti pubblici statuali, ma soprattutto per fornire adeguate soluzioni alle incertezze spesso incresciose, e qualche volta anche ingiuste, della pratica» (C. BERNARDINI, *Problemi di contenzioso amministrativo canonico specialmente secondo la giurisprudenza della S.R. Rota*, in *Acta Congressus iuridici internationalis...*, cit., IV, p. 361).

⁹⁵ Jemolo notava già nel 1943 che l'aspirazione della Chiesa ad avere un «"unico" libro» nel quale l'operatore del diritto «possa trovare tutto ciò che gli occorre» come anche quella di avere «un

5. CONCLUSIONI

Riprendendo il motivo contrappuntistico iniziale di Toynbee, possiamo affermare che il Codice del 1917 è stato una “risposta” creativa, perché non determinata ma provocata dalle necessità interne ed esterne; una “risposta” efficace, perché ha generato nella Chiesa uno “sviluppo” – concetto opposto a quello di arresto –, mediante il quale essa si è integrata osmoticamente nell’ambiente vitale dello sfidante, lo Stato-nazione; una “risposta” positiva, perché la Chiesa è riuscita ad opporsi alle pretese assolute di quest’ultimo.

Sul terreno sostanziale, il Codice pio-benedettino ha rivestito per la Chiesa del Novecento una *grande importanza*: simbolica, politica, giuridica, teologica, organizzativa e disciplinare. È divenuto un testo fondativo e una delle colonne portanti dell’identità del cattolicesimo, ha favorito una ricca stagione di concordati con gli Stati, ha stimolato una notevole rinascita degli studi canonistici in tutto il mondo (anche se principalmente in Europa e negli Stati Uniti), ha influenzato per mezzo secolo la teologia pratica (liturgia, morale, pastorale), ha rafforzato e posto nuove basi per lo sviluppo delle istituzioni ecclesiastiche, ha contribuito a ristabilire e a uniformare la disciplina nella vita della Chiesa.

Sul terreno formale, il Codice pio-benedettino ha aperto nella storia del diritto canonico una nuova epoca: quella del *diritto codificato*⁹⁶. Non stupisce che i commentatori abbiano riconosciuto questo aspetto ma, al tempo stesso, si siano impegnati ad affermare una continuità sostanziale o anche una permanenza costante tra il “prima” e il “dopo” della codificazione. Solo con una piena comprensione storica dei differenti paradigmi del diritto canonico si potrà valutare effettivamente la torsione concettuale cui sono stati sottoposti i concetti e gli istituti dell’età classica durante l’operazione del loro “ingabbiamento” nella struttura formale e concettuale della forma Codice⁹⁷.

Se si intende la codificazione come *ideale di unificazione e di universalizzazione* del diritto canonico, si deve riconoscere che essa ha realizzato un’aspirazione da sempre viva nella storia della Chiesa, la quale aveva trovato i suoi precedenti

codice eterno» si erano rivelate vane. Egli preferiva parlare «della preferenza che ha la Chiesa di accentuare la sua fedeltà alla tradizione e di porre la sordina alle constatazioni delle evoluzioni che pure si compiono nei suoi istituti, come in quelli di ogni organismo vivente e sano» (A.C. JEMOLO, *Il Codex Juris Canonici...*, cit., pp. 316-317).

⁹⁶ Per una rassegna rinvio a C. FANTAPPIÈ, *Diritto canonico codificato*, in *Dizionario del sapere storico-religioso del Novecento*, a cura di A. MELLONI, Bologna 2010, vol. I, pp. 654-700.

⁹⁷ In merito alla discussione circa la continuità e discontinuità del Codice del 1917 rinvio al mio saggio *Chiesa, codificazione e modernità. La discussione dal Vaticano II a oggi*, in «Cristianesimo nella storia», 38 (2017) 421-466.

nelle grandi collezioni autentiche delle decretali medievali formanti il *Corpus iuris canonici*.

Ma se si considera il Codice una *forma storica* dell'unificazione giuridica – e quindi espressione relativa e condizionata –, allora bisogna riconoscere che la scelta della codificazione non si è rivelata un semplice strumento per la migliore conoscibilità e certezza delle norme, ma una tecnica il cui impiego ha indotto una ridefinizione, rigorosa e duratura, del rapporto tra le diverse fonti (diritto comune e diritto particolare, legge, consuetudine, prassi, ecc.) nonché tra le diverse componenti (legislazione, giurisprudenza e dottrina) nell'ordinamento canonico⁹⁸.

Quale reazione giuridico-politica della Chiesa cattolica agli Stati-nazione, il Codice del 1917 risente del contesto storico e culturale di fine Ottocento. "Secolo dei codici" per eccellenza, ma anche secolo del dominio del sistema del *Civil Law* e del *positivismo* che lo caratterizzava⁹⁹.

Due limitazioni che oggi ci appaiono in forte contrasto con l'universalità della Chiesa e con lo spirito originario del suo diritto.

Nella commemorazione del cinquantenario del Codice Stephan Kuttner aveva già osservato che l'emersione di nuove realtà storiche e di aree culturali regolate dal *Common Law* imponevano alla Chiesa «il passaggio ad una cultura più universale, senza perdere quanto è degno di essere conservato della nostra tradizione»¹⁰⁰. In un'epoca di globalizzazione del diritto come la nostra, il rapporto del diritto canonico con le diverse culture giuridiche è divenuto più centrale e urgente.

Certamente più grave e più densa di conseguenze, si è rivelata l'*interpretazione positivista* che ha prevalso durante la vigenza del Codice. Nonostante le premesse dichiaratamente differenti, se non opposte, nel diritto canonico codificato è avvenuto un processo analogo o, se si preferisce, parallelo a quello

⁹⁸ Mi limito a rinviare alle più recenti valutazioni: P. GROSSI, *Valori e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in *L'eredità giuridica di san Pio X*, a cura di A. CATTANEO, Venezia, 2006, pp. 141-154; N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Derecho canónico y codificación: Alcance y límites de la asunción de una técnica*, in «*Ius canonicum*» 51 (2011) 105-136; J. SEDANO, *Dal Corpus Iuris Canonici al primo Codex Iuris Canonici. Continuità e discontinuità nella tradizione giuridica della Chiesa latina*, in «*Folia theologica et canonica*», 4 (2015) 215-238; C. FANTAPPIÈ, *Dal paradigma canonistico classico al paradigma codificatorio*, in *La codificazione e il diritto nella Chiesa...* cit., pp. 3-34; G. LO CASTRO, *Il compito della scienza giuridica canonica nell'epoca della codificazione*, ivi, pp. 279-296.

⁹⁹ Naturalmente per "positivismo" intendo qui la concezione secondo cui il diritto è essenzialmente costituito da (un complesso di) norme, non certo che anche il fondamento (del valore) delle norme sia esso stesso una norma (come in Kelsen). In questo senso positivismo è qui sinonimo di normativismo o di struttura legalistica del diritto.

¹⁰⁰ S. KUTTNER, *Il Codice di diritto canonico nella storia*, in «*Jus*» 18 (1967) 254 (anche in traduzione inglese: *The Code of Canon Law in Historical Perspective*, in «*The Jurist*», 28 [1968] 129-148).

descritto da Bobbio per il diritto secolare. In base ai presupposti positivistici, il giurista doveva «rinunciare ad ogni contributo creativo nell'interpretazione della legge, per limitarsi semplicemente a rendere esplicito attraverso un procedimento logico (sillogismo) ciò che è già implicitamente stabilito nella legge»¹⁰¹.

Ciò è avvenuto per una combinazione di motivi, interni ed esterni, derivanti sia dai contraccolpi dell'adozione della forma Codice, sia dal controllo rigido esercitato dagli organi della curia romana. D'altra parte, la debolezza della dottrina canonistica, specialmente durante i primi decenni di applicazione del Codice, non permise di integrare il nuovo testo legislativo nel quadro generale dell'ordinamento canonico¹⁰² e neanche di contrastare la tendenza all'*immobilismo*¹⁰³.

Se dovessi indicare i due peccati capitali che, a mio avviso, sono all'origine di tutte le limitazioni del diritto canonico codificato non esiterei a indicarli, come conseguenza di questa mitologia giuridica, nell'*autosufficienza del Codice* e nell'*autoisolamento della scienza canonica*.

Non essendo possibile adesso argomentare meglio questo giudizio, mi limito ad osservare che, nel corso della prima metà del Novecento, sono venuti meno i rapporti del Codice con le scienze teologiche da un lato, e con le scienze filosofiche e giuridiche dall'altro nonché l'alimentazione vitale proveniente dal rapporto con la storia. Una riflessione accurata sui motivi ideologici di queste lacune epistemologiche e sui tentativi incompiuti per superarle sarà essenziale per il futuro del diritto canonico.

¹⁰¹ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Torino 1979, p. 74.

¹⁰² Per la canonistica delle Università pontificie un allargamento di prospettive metodologiche verrà dalle disposizioni della costituzione apostolica *Deus scientiarum Dominus* del 1931 (AAS, 23, 1931, 271). Attorno agli anni 1938-1943 la canonistica delle Università statali italiane compirà un salto qualitativo nella direzione di un abbozzo di teoria generale del diritto canonico.

¹⁰³ Sarà questa l'accusa rivolta dai canonisti laici alla canonistica curiale (cfr. C. FANTAPPIÈ, *Pietro Agostino d'Avack: dal confronto con la canonistica curiale all'autonomia scientifica del diritto canonico*, in PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE - UNIVERSITÀ DI ROMA TOR VERGATA, *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, a cura di J.I. ARRIETA e G.P. MILANO, Città del Vaticano 1999, pp. 139-170). In controtendenza alla dottrina ecclesiastica prevalente, il decano della Rota ANDRÉ JULLIEN raccomandava di rifarsi allo *ius vetus* e ai *probati auctores* e di risalire sempre ai principi fondamentali del diritto canonico. Di questo autore si vedano i volumi: *Cultura cristiana nella luce di Roma. Per giudicare umanamente*, s.l. 1956, e *Juges et avocats des tribunaux de l'Église*, Roma 1970.

THE MEETING OF CANON LAW WITH ROMAN LAW AND GERMANIC LAW

*Peter Landau**

SUMMARY: 1. Beginning of the Penetration of Canon Law by Roman law. – 2. Literature of Procedure. – 3. Papal Decretal Law. – 4. Theology and Canon Law. – 5. Accursius and Bartolus. – 6. Innocent IV and Hostiensis. – 7. Dinus Mugellanus and the *Regulae Juris* of the *Liber Sextus*. – 8. Germanic Influences in Canon Law.

1. BEGINNING OF THE PENETRATION OF CANON LAW BY ROMAN LAW

The meeting of medieval canon law with the tradition of Roman law during the Middle Ages is certainly one of the most important mutual penetrations in the history of European Law from the 12th to the 15th century. Canon Law developed to be an academic discipline in Bologna with the *Decretum Gratiani* as its fundamental textbook around 1140, during those years when the study of the sources of classical Roman law had already been established in the same city by the school of the Glossators. According to our present knowledge the first glossator Irnerius probably taught in Bologna at least between 1120 and 1130 and established a school with four major disciples, Bulgarus, Martinus, Jacobus and Hugo. The monk Gratian wrote his *Concordia discordantium canonum*, later called *Decretum* or *Decreta*, between 1120 and 1140, including already in the first version of this book some texts of Roman law, especially in his own commentary called the *Dicta Gratiani*. Among these texts we find already a unique fragment of the *Authenticum*, a Latin adaptation of Roman law after Justinian, which had only been discovered a few years before Gratian. So we can be sure that Gratian felt no aversion towards Roman law, but we have no sources indicating places and teachers responsible for his knowledge. In the *Decretum Gratiani* Roman law is already a model and a source for canon law. Gratian's first distinctions on the sources of law are taken from the *Etymology* by Isidore of Sevilla and indirectly from Roman law. After 1140 schools of canon law and of Roman law existed side by side in Bologna, but as different

* Ludwig-Maximilians-Universität München.

disciplines. The experts of Roman law were called 'legistae', those in canon law had the name 'canonistae'. But some legists started to quote Gratian's *Decretum* already around the middle of the 12th century—the first seems to have been Martinus, one of the four famous disciples of Irnerius. The canonist Bazianus, who died in 1197, taught first Roman law as layman and later canon law as cleric—he seems to have been the first 'doctor utriusque iuris'. So we have already different specialists for Roman and for Canon law in Bologna during the second half of the 12th century. In this time we also find some schools of Roman law in other Italian cities, e.g. in Pisa and in Mantova.

But modern research in legal history also discovered early schools of law outside Italy in France and England, then also in Germany. I can only give a short summary of recent discoveries in that field, covering the first period of learned law in Europe. Pierre Legendre edited in 1973 the *Summa Institutionum* 'Justiniani est in hoc opere', written in Southern France, probably in Valence, ca. 1127.¹ The text of this *Summa* to Justinian's *Institutiones* is influenced by the doctrines of the glossator Martinus. Around 1150 we have the first canonistic work from the same region, an abbreviation of Gratian's *Decretum* with the *Incipit* 'Quoniam egestas'.² So we can conclude that the Provence was the first region outside Italy with experts in the learned laws already during the first half of the 12th century.

The 'incontro' between canon law and roman law led already to impressive amalgamations in the field of civil procedure during the 12th century.

2. LITERATURE OF PROCEDURE

Civil procedure had not been a special object of juristic literature in antiquity. But the 12th century was the period of time when procedural treatises, called 'Ordines iudiciorum' or 'Ordines iudicarii' were written all over Europe, mainly outside Italy. I gave a comprehensive survey in an essay on the beginnings of procedural science in a volume of a conference in the Villa Vigoni in 2009. There I counted 19 treatises from the 12th century.³ Eight treatises originated in the anglo-norman school of canon law, beginning with 'Ulpianus

¹ P. LEGENDRE, *La Summa Institutionum "Justiniani est in hoc opere"*, in «Jus commune», Sonderhefte 2, Frankfurt/M. 1973.

² R. WEIGAND, *Die Dekretabbreviatio "Quoniam egestas" und ihre Glossen*, in «Fides et Jus. Festschrift Georg May», Regensburg 1991, pp. 249–265.

³ P. LANDAU, *Die Anfänge der Prozessrechtswissenschaft in der Kanonistik des 12. Jahrhunderts*, in «Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, vol. 1: Zivil- und Zivilprozessrecht», a cura di O. CONDORELLI, F. ROUMY e M. SCHMOECKEL, Köln/Weimar/Wien 2009, pp. 7–23.

de edendo', written in Durham already between 1153 and 1157⁴, and 'Tractaturi de iudiciis', written ca. 1165 in Paris by the canonist Walter of Coutances, born in Cornwall and later archbishop of Rouen from 1185 to 1207, a leading politician in the anglo-norman realm.⁵ Three treatises are products of the Provence, among them the 'Tractatus criminum' on criminal procedure, edited recently by Giovanni Minnucci.⁶ Some treatises originated probably in the canonistic law school of Reims around 1170. Four treatises were written in Germany during the time of Emperor Frederick Barbarossa, among them the so-called 'Rhetorica ecclesiastica' in Hildesheim ca. 1160.⁷

One of the systematic achievements of this literature is the division between civil and criminal procedure.

The authors of this procedural literature outside Italy were primarily canonists with only limited knowledge of roman law. Some English authors might have learnt Roman law in the school of the legist Vacarius, who most likely taught Roman law in Lincoln, where some treatises on procedure were written in the 12th century and papal decretals were collected in the last decades of the 12th century.⁸

3. PAPAL DECRETAL LAW

So we come to the influence of papal decretal law in classical canon law after Gratian. Papal decretals were for a long time a permanent main factor for development and change in canon law. They followed the model of the Rescripta issued by Roman and Byzantine emperors and collected in the Codex Iustinianus. The first papal decretal preserved in canonistic collections up to Gratian was a famous letter of Pope Siricius from 385 after Christ to the

⁴ IDEM, *The Origin of Civil Procedure: Treatises in Durham during the Twelfth Century*, in «Canon Law, Religion and Politics. Liber Amicorum Robert Somerville», a cura di U.R. BLUMENTHAL, A. WINROTH, P. LANDAU, Washington D.C. 2012, pp. 136–143.

⁵ IDEM, *Walter von Coutances und die Anfänge der anglo-normannischen Rechtswissenschaft*, in «Panta rei». Studi dedicati a Manlio Bellomo», a cura di O. CONDORELLI, vol. III, Roma 2004, pp. 183–204.

⁶ G. MINNUCCI, *Tractatus Criminum Saeculi XII*, Archivio della Storia del Diritto Medioevale e Moderno. Studi e Testi raccolti da Filippo Liotta 2, Bologna 1997.

⁷ P. LANDAU, *Die "Rhetorica ecclesiastica"—Deutschlands erstes juristisches Lehrbuch im Mittelalter*, in «Summe-Glosse-Kommentar. Juristisches und Rhetorisches in Kanonistik und Legistik, Osnabrücker Schriften zur Rechtsgeschichte 2/I», a cura di F. THEISEN, W.E. Voss, Osnabrück 2000, pp. 125–139.

⁸ IDEM, *The Origins of Legal Science in England in the Twelfth Century: Lincoln, Oxford and the Career of Vacarius*, in *Readers, Texts and Compilers in the Earlier Middle Ages. Studies in Medieval Canon Law in Honour of Linda Fowler-Magerl*, a cura di M. BRETT, K.G. CUSHING, Ashgate 2009, pp. 165–182.

archbishop of Tarragona.⁹ In the 12th century after Gratian the number of decretals increased very rapidly to form a *ius novum*, collected in special decretal collections after 1170. During the eighties of the 12th century we have already special commentaries to decretal collections, the origin of a decretalist literature to be separated from the decretist works. The success of the decretals can be attributed to two major factors: 1.) the generally accepted legal authority of the papal curia, leading to many consultations directed to the pope and to special consultation decretals, e.g. 'Pastoralis' of Innocent III in 1204.¹⁰

The second most remarkable innovation of classical canon law compared to Roman law was the extension of the right of appeal to recognize already an 'appellatio ante sententiam' from an inferior judge immediately to the pope. The principle of a comprehensive liberty of appeal (*De libertate appellationis*) had its origin in the pseudo-isidorian decretals, the famous forgery of the 9th century, which found reception in the collections of canon law mainly in the period of the so-called Gregorian revolution at the end of the 11th century.¹¹ The famous 'Dictatus Pape', formulated by Pope Gregory VII in 1075 had already in c. 18 the sentence: «Quod nullus audeat condemnare apostolicam sedem appellantem»¹²—no judge should be allowed to condemn somebody who had appealed to the pope, presupposing an appeal ante sententiam, during the law suit. Ten year later bishop Anselm of Lucca, author of a *Collectio canonum*, which later became one of the main sources for the *Decretum Gratiani*, devoted the second book of his collection with the title 'De libertate appellationis' to the comprehensive right of appeal in canon law; which became something like a fundamental law in the church. This principle was also accepted by Gratian who said in one of his *Dicta*: "Tempus vero appellationis est ante datam sententiam vel post datam. Quoniam enim se pregravari senserit, libere potest appellare."¹³ Anne Lefebvre-Teillard wrote in a major essay with the title 'L'appel a gravamine': "L'appellatio a gravamine est une procédure caractéristique du droit canonique classique."¹⁴

⁹ JK 255 from February 10th, 385.

¹⁰ Cf. A. J. DUGGAN, *De consultationibus: The Role of Episcopal Consultation in the Shaping of Canon Law in the Twelfth Century*, in *Bishops, Texts and the Use of Canon Law around 1100. Essays in Honour of Martin Brett*, a cura di B.C. BRASINGTON, K.G. CUSHING, Ashgate 2008, pp. 191–214.

¹¹ P. LANDAU, *Die Anfänge der Appellation in Mitteleuropa im hohen Mittelalter*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, vol. 4: *Prozessrecht*, a cura di Y. MAUSEN, O. CONDORELLI, F. ROUMY, M. SCHMOECKEL, Köln/Weimar/Wien 2014, pp. 307–324.

¹² *Dictatus Papae* c. 20, cf. F. J. SCHMALE (ed.), *Quellen zum Investiturstreit (Ausgewählte Quellen zur Geschichte des Mittelalters XII a)*, Darmstadt 1978, p. 150.

¹³ C. 2, q. 6, *Dict.* p. c. 14.

¹⁴ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *L'appel a gravamine*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur* vol. 4: *Prozessrecht*, sopra nota 11, pp. 285–305, at p. 285.

In decretist literature after Gratian the difference between canon law and roman law in the domain of appeal is seen as one of the main spheres of differences between the two laws. I only want to refer to the Rhenish *Summa Coloniensis*, written by the later bishop Bertram of Metz in 1169. There we can read: «Secundum leges, gravatis in causis . . . post sententiam appellatio . . . Secundum canones contra est, quia gravatis eque ante sententiam et post appellare licet. Cuius differentie causa ea est, quia secundum leges a sententia tantum, secundum canones vero sicut a sententia sic a gravamine appellatur.»¹⁵ This extension of appeal in canon law led to long discussions about the definition of ‘gravamen’. The fourth Lateran Council in 1215 formulated a remarkable definition for the limits of appellatio ante sententiam in canon law in its c. 35: it should only be permitted, if the appellant could refer to a *causa rationabilis*, defined as *causa probabilis*.¹⁶ This conciliar canon found immediately extensive commentaries by the contemporary canonists. In his *Glossa ordinaria* to the *Decretum Gratiani*, finished already a short time after the council, the German canonist Johannes Teutonicus defined the *causa probabilis* mentioned in the conciliar canon as “*evidens causa gravaminis*”.¹⁷ But he also accentuated that the difference in the law of appeal between roman law and canon law had not been abolished by the conciliar legislation of 1215.

4. THEOLOGY AND CANON LAW

The meeting of canon law with roman law was always overshadowed by the influence of theology on canon law.

The influence of theological sources in the text of the *Decretum Gratiani* had been very important. Looking at C. 23 in the *Decretum*, where Gratian deals with the problem of a just war (*bellum iustum*), we find many texts taken from writings of the Church fathers, especially from St. Augustine. In his book on ‘The Just War in the Middle Ages’, published in 1975, Frederick Russell wrote: «The locus classicus of texts concerning warfare was the lengthy *Causa 23*. The influence of St. Augustine suffused the entire *Causa*; it would be difficult to fault Gratian for the comprehensiveness of his selection of Augustinian texts».¹⁸ Altogether Gratian included more than 1000 texts—1022 according to Munier

¹⁵ *Ibidem*, p. 291 s.

¹⁶ A. GARCIA Y GARCIA (ed.), *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, MIC, Ser. A, Vol. 2, Città del Vaticano 1981, p. 78.

¹⁷ Cfr. LANDAU, *Die Anfänge der Appellation* (n. 11), p. 322.

¹⁸ F. H. RUSSELL, *The Just War in the Middle Ages* (Cambridge studies in medieval life and thought, Third series, vol. 8), Cambridge 1975, p. 56.

in the *Decretum*, among them 469 from Augustine.¹⁹ On the other side Gratian clearly postpones the authority of the fathers to the legal potestas of the popes in his introduction to D. 20 (D. 20 pr.).

But after Gratian the decretists attributed to the popes not only a supreme power of legislation, but also the supreme power of interpretation for the texts including the 'auctoritates patrum' (the patristic fragments in the *Decretum*). E.g. Johannes Teutonicus said in his *Glossa ordinaria*: «Regulariter in causis diffiniendis preiudicat auctoritas summi Pontificis Augustinum et Ieronimum».²⁰

Biblical texts were quoted by Gratian only in his *Dicta*—altogether ca. 460.²¹ When Bernhard of Pavia composed his *Breviarium Extravagantium*, later called *Compilatio I*, he included also 19 chapters of his collection from the Old Testament, especially in his titles on loan and compensation. He commented those texts in his own *Summa* to his *Breviarium* with the following words: «Quod autem . . . de lege Mosaica introduxi non ad hoc feci, ut servari debeant ad litteram, ubi de legibus vel canonibus contradicunt, sed ut sicut, quid de talibus in ipsa lege statutum».²² He obviously took over those texts for comparison, not for applying them as valid law, and he was followed in this attitude towards the biblical law texts by the canonists of the 13th century. The result was that the *Lex Aquilia* in Roman Law became also the fundament of the law of compensation in canon law.

Canon Law also restricted the influence of *ius divinum* in the positive law of the church. The impediment forbidding marriage between relatives had been fixed by councils in canon law during the 11th century up to the seventh degree of relationship, different from roman law, which had an impediment up to the fourth generation. But the impediment in canon law was modified by the fourth Lateran Council under Innocent III in 1215, where the prohibition was restricted to be valid only up to fourth degree of relationship. The canon of this council has the following reasoning: «Non debet reprehensibile iudicari, si secundum varietatem temporum statuta quandoque varientur humana, praesertim cum urgens necessitas vel evidens utilitas id exposcit, quoniam ipse Deus ex his quae in Veteri Testamento statuerat, nonnulla mutavit in novo.»²³

¹⁹ CH. MUNIER, *Les Sources Patristiques du Droit de l'Eglise du VIII^e au XIII^e siècle*, Mulhouse 1957, p. 126.

²⁰ *Ibidem*, p. 192.

²¹ G. LE BRAS, *Les Ecritures dans le Décret de Gratien*, Z R G Kan. Abt. 27 (1938), pp. 478-80, herc p.53.

²² E. A. TH. LASPEYRES (ed.), *Bernardi Papiensis Summa Decretalium*, Regensburg 1860, Reprint Graz 1956, p. 79.

²³ GARCIA Y GARCIA, *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis* (n. 16), p. 90.

This statement of the Lateran Council recognized in a certain way a possibility to interpret natural law or divine law in positive canon law accepting a mutability of its rules and opened new ways for Roman law to influence Canon Law.

5. ACCURSIUS AND BARTOLUS

The thirteenth and fourteenth century, probably the culminating point in the classical period of medieval law, had as its main authors Accursius and Bartolus in Roman Law and pope Innocent IV and Cardinal Hostiensis in Canon Law. Let us have a closer look to the importance of Canon law in the works of those two legists and of Roman law in the commentaries of these two canonists.

Let us start with Accursius and his *Glossa ordinaria* to the *Corpus Iuris Civilis*. He died in 1263, but had already completed his *Glossa* with more than 90000 glosses to all parts of the *Corpus* around 1230. For his relations to canon law we have a classical essay ‘*Accurse et le droit canon*’, originally a paper for the commemorative Congress in Bologna in 1963, written by Gabriel Le Bras 700 years after Accursius’ death.²⁴ Le Bras accentuates ‘consonance et dissonance’ of canon law with roman law in the glosses of Accursius and uses the formula of ‘une bonne entente’ between the two learned laws.²⁵ The penetration of roman law into canon law had already been generally accepted in the epoch of Accursius—it had taken place mainly by the approbation of leges by the popes. I can quote for this theory the doctrine of the so-called Apparatus ‘*Animal est substantia*’, the last major commentary of the Parisian school of Canon law, written around 1210 and much influenced by roman law. In this commentary we read: “*Si papa leges approbaverit sicut hodie factum est, dominus papa approbando facit illas suas et valere per suam approbationem*”.²⁶ This authority of the pope is obviously accepted by Accursius, who stresses also the authority of all ecumenical councils²⁷ and generally accepts a superior authority of canon law in cases of conflict with roman law. An example is the requirement of a *continua bona fides* for the acquisition of property during the period of

²⁴ G. LE BRAS, *Accurse et le droit canon*, in «Atti del Convegno internazionale di Studi Accursiani», vol. I, Milano 1968, pp. 217–231.

²⁵ *Ibidem*, p. 224.

²⁶ P. LEGENDRE, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV* (1140–1254), Paris 1964, p. 64, n. 3.

²⁷ LE BRAS, *Accurse* (n. 24), p. 221.

possession and the general interdiction of usury in canon law,²⁸ prevailing over exceptions in roman law. In Accursius' glosses we find an 'utrumque ius', a unity of roman and canon law; he consequently was often quoted by canonists up to the end of the Middle Ages. In cases of contradiction he does not always accept the solution of canon law.

After Accursius' time Roman law got even more authority among the legists in the period of the Post-Glossators or Commentators of the 14th century. Here I will concentrate on Bartolus, the most famous author during the later Middle Ages. Again I can refer to a special essay by Gabriel Le Bras for a Congress at the six-hundred anniversary of Bartolus' death in 1357.²⁹ Bartolus was a disciple of the jurist Cinus, who had an extensive knowledge of decretal law.³⁰ He accepted a wide authority of canon law, e.g. for all *iura spiritualia*³¹ and *ratione materiae* for marriage law and the rules of usury.³² So he could follow canon law in its elaborate doctrines concerning the impediments of marriage. Generally he denied contradictions between the two laws and often quoted famous canonists like Innocent IV, Hostiensis or Duranti.³³ He never shows a polemical attitude towards canonistic authors and does also not hesitate to advocate the application of roman law in canonical procedure.³⁴ The works of Bartolus must be seen as a culminating point of synthesis between the two learned laws at the end of the Middle Ages. His appreciation of canon law is also found in his doctrine for the sources of law, where he accepts the formula from pope Innocent III that canon law had to be applied in all cases 'ratione peccati'.³⁵ On the other hand Bartolus does not support the exaggerated doctrine of papal power in the constitution 'Unam sanctam' by Boniface VIII, but remains a follower of pope Gelasius I and his doctrine of two powers in a Christian society. We cannot be surprised that Bartolus' doctrines had great authority in ecclesiastical tribunals during the 14th and 15th century—Panormitanus, the greatest canonist at the end of the Middle Ages, called Bartolus 'juris civilis illuminator'.³⁶

²⁸ *Ibidem*, p. 223.

²⁹ G. LE BRAS, *Bartolo et le droit canon*, in *Bartolo da Sassoferrato. Studi e Documenti per il VI Centenario*, vol. II, Milano 1962, pp. 295–308.

³⁰ *Ibidem*, p. 298.

³¹ *Ibidem*, p. 301.

³² *Ibidem*, p. 302.

³³ *Ibidem*, p. 303.

³⁴ *Ibidem*, p. 304.

³⁵ *Ibidem*, p. 300.

³⁶ *Ibidem*, p. 307.

6. INNOCENT IV AND HOSTIENSIS

After this look on the Postglossators of Roman law we might still sketch the appreciation of Roman law among the most famous canonists of the 13th century, pope Innocent IV and Cardinal Hostiensis.

For Innocent IV, I can once more refer to a paper by Le Bras published in the four volumes of the *Collectanea* for Stephan Kuttner in *Studia Gratiana XI* (1967): with the title «Innocent IV Romaniste».³⁷

For Le Bras pope Innocent IV, who was the canonist Sinibaldo dei Fieschi, has a decisive role among the witnesses for the influence of Roman law in classical canon law.³⁸ In his *Apparatus* to the *Liber Extra*, completed around 1250, we find only a few quotations from the fathers of the church, but very many from roman law; Le Bras says, that Innocent is nearer to Ulpian than to Jerome.³⁹ Roman law is applied by this pope very often in his doctrine of the sources in Canon law, for the theory of laws, rescripta and custom. Le Bras counted 200 quotations of roman law in the sections on the sources.⁴⁰ So we find roman law mainly in Books 1 and 2 of his *Apparatus* to the *Liber Extra*, but very seldom in Book 4, dealing with marriage law. As canonist Pope Innocent IV must be evaluated primarily as a jurist, not as a theologian. Explaining the concepts of *iurisdictio* and *imperium*, Innocent is inspired by roman law, so that he can attribute to the pope the same power as to the emperor, namely the *merum imperium*.⁴¹ The influence of roman law is also strong in his commentary in the field of procedure, especially for the office of judges delegate.⁴² He has 65 quotations from roman law in his sections on the office of a judge in canon law.⁴³ We cannot be surprised to find a strong influence of roman law in the classification of contracts,⁴⁴ and in the *restitutio in integrum*,⁴⁵ central fields of private law. But the pope does not exclude any connection to theology in canon law, but has instead a tendency to minimize differences between the two laws.⁴⁶

³⁷ G. LE BRAS, *Innocent IV Romaniste. Examen de l'Apparatus*, in *Studia Gratiana XI* (= *Collectanea Stephan Kuttner I*), pp. 305–326.

³⁸ *Ibidem*, p. 307.

³⁹ *Ibidem*, p. 311.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 313 s.

⁴¹ *Ibidem*, p. 315.

⁴² *Ibidem*, p. 315.

⁴³ *Ibidem*, p. 316.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 319.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 316.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 321.

On the other hand this author does not separate all connections of canon law to theology; he still acknowledges the task of canon law to be a safeguard for spiritual values.⁴⁷ Resuming the relation between roman law and canon law in the Apparatus of the pope Le Bras uses the formula of an «alliance between the two learned laws»,⁴⁸ and we can accept this description.

In a certain way we enter another world studying the contemporary work of Henricus de Segusio, the Cardinal Hostiensis. Born around 1200, he studied canon and roman law in Bologna, taught probably for some time in Paris, became then archbishop of Embrun in 1250 and Cardinal archbishop of Ostia, therefore called Hostiensis in 1262. He often was active as a diplomat for the papal curia and died in 1271.⁴⁹ His two major works were his *Summa super titulis decretalium*, begun in 1239 and finished in 1253,⁵⁰ and then his voluminous 'Lectura in quinque libros decretalium' with a first version in the Sixties and finally published after his death.⁵¹ The enormous work of Hostiensis is the final synthesis of classical canon law. It combines roman law with the teachings of the fathers of the church, the councils and the popes. For Hostiensis it is a matter of course that canon law has to be understood as an independent third science beside roman law and theology. The knowledge of the two other disciplines is seen as a presupposition of canon law which is called by him 'scientiarum scientia'.⁵² Being concerned with spiritual and temporal questions, canon law can be seen, probably for fun, as a mule compared to theology as a horse and to roman law as a donkey.⁵³ In another comparison Hostiensis calls theology the head of the church, civil law its feet and canon law its hand.⁵⁴ Those three disciplines must work together according to his judgment.

The work of the Bolognese glossator Azo is very important for Hostiensis' interpretation of roman law.⁵⁵ He does not hesitate to follow roman law in

⁴⁷ *Ibidem*, p. 325.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 323 and p. 326.

⁴⁹ CH. LEFEBVRE, *Hostiensis*, DDC 5 (1953), col. 1211–1227.

⁵⁰ For the dating of the *Summa* cfr. LEFEBVRE (n. 49) and C. GALLAGHER, *Canon Law and the Christian Community. The Role of Law in the Church According to the Summa Aurea of Cardinal Hostiensis*, «*Analecta Gregoriana*» 208 (1978) 415.

⁵¹ For the dating of the *Lectura* cfr. LEFEBVRE (n. 49) and GALLAGHER (n. 50), pp. 43–45.

⁵² For the relations of canon law to theology and roman law in the works of Hostiensis cfr. G. LE BRAS, *Théologie et Droit romain dans l'oeuvre d'Henri de Suse*, in *Etudes Historiques à la mémoire de Noël Didier*, Paris 1960, pp. 195–204.

⁵³ *Ibidem*, p. 197.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 197 and GALLAGHER (n. 50), p. 77.

⁵⁵ Hostiensis was a disciple of the Bolognese legist Jacobus Balduini, who had been a disciple of Azo—cfr. F. C. v. SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. V, 1850, Reprint Darmstadt 1956, p. 156s.

fields like the law of adoption and dowry, but always stresses the superiority of theology in spiritual matters.⁵⁶ His great influence in canon law during the later Middle Ages led to a strengthening of the theological element in canon law and to a gain of prestige for canon law in its competition with roman law. Charles Lefebvre called Hostiensis' *Summa Aurea* «l'élément de base du ius commune en voie de formation».⁵⁷ The appreciation of canon law as the *scientia scientiarum* in its classical period is more or less still the consequence of its meeting with roman law.

7. DINUS MUGELLANUS AND THE REGULAE JURIS OF THE LIBER SEXTUS

We have still to take a look on the topic of the *Regulae iuris* and their inclusion in the last title of the collection of canon law called the *Liber Sextus*, promulgated by Pope Boniface VIII in 1298. The *Liber Sextus* was an addition to the *Liber Extra* of Pope Gregory IX. The new collection of papal law contained at its end a special title 'De regulis iuris' with 88 *Regulae* mostly adopted from Roman law or formulated on the basis of special sentences in the *Corpus Iuris Civilis*. Some of these *Regulae* or *Maxims* had their origin also in texts of canon law itself. So I could prove recently that the famous maxim 'Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari' (*Regula* 29), which had been first formulated in roman law for a special problem in the relations between several tutors (Cod. Iust. 5.59.5), had been first interpreted as a general rule in canon law in the anglo-norman school at the end of the 12th century, according to my research in the *Summa decreti Lipsiensis*,⁵⁸ a commentary written by the English canonist Rodoicus Modicipassus.⁵⁹ Recently Pope Francis quoted 'Quod omnes tangit' in his memorable speech on the topic 'Synodality for the third millenium' during the Episcopal synod in Rome on October 17th 2015.⁶⁰

The *Regulae Iuris* in the *Sext* are also very important for law even in the world of Canon law, where the reception or Roman law had not taken place,

⁵⁶ LE BRAS, *Théologie et Droit romain* (n. 52), p. 203.

⁵⁷ CH. LEFEBVRE, "Aequitas canonica" et "periculum animae" dans la doctrine de l'Hostiensis, in «Ephemerides Juris Canonici» 8 (1952) 305–321 at p. 313.

⁵⁸ J. F. V. SCHULTE, *Die Summa Lipsiensis des Cod. 986 der Leipziger Universitätsbibliothek*, in *Sitzungsberichte Akademie Wien* 18, Wien 1871, pp. 37–54.

⁵⁹ P. LANDAU, *Rodoicus Modicipassus—Verfasser der Summa Lipsiensis ?*, ZRG Kan. Abt. 92 (2006), pp. 340–354.

⁶⁰ P. LANDAU, *The Origin of the Regula Juris "Quod omnes tangit" in the Anglo-Norman School of Common Law during the Twelfth Century*, BMCL 32 (2015), pp. 19–35, at p. 34 s.

according to a classical formulation by Frederic William Maitland, who wrote in 1898: «When in any century from the thirteenth to the nineteenth an English lawyer indulges in a Latin maxim, he is generally, though of this he may be profoundly ignorant, quoting from the Sext.»⁶¹ But who was responsible for redacting this concluding part of Boniface VIII legislative work? According to an old medieval tradition, going back to the fourteenth century, it was the work of the Bolognese professor Dinus Mugellanus, a well-known legist, who spent a few months in 1298 at the papal curia and may have worked during this time for the redaction of the *Regulae*. But this medieval tradition was put into doubt by several modern scholars, among them also Stephan Kuttner,⁶² because Johannes Andreae, who taught in Bologna shortly after Dinus, had written that his colleague in Roman law had no knowledge of canon law and so would have been unable to formulate the maxims in the *Regulae iuris*, which contain also many subjects of canon law. We also have two commentaries of Dinus for the *Regulae iuris* of the Sext, a short one printed since the fifteenth century, and another one preserved in several manuscripts, tedious according to Schulte.⁶³ I could use manuscripts in Munich for this extensive commentary and discovered in one of these manuscripts a shorter commentary with the title ‘*Dicta Dini*’ preceding his well-known commentary. Studying those *Dicta*, I found that they contained a shorter text than the commentary, but that they included many quotations of canon law lacking in the printed commentary. In the *Dicta* we find quotations of canon law to each of the 88 *Regulae*.⁶⁴ The commentary was probably published posthumously, eliminating the canonistic parts of the *Dicta*, because they had been taken over in the meantime in glosses from Johannes Andreae and Guido de Baisio for the *Regulae Iuris*. Dinus’ knowledge or roman law can be proved by his so-called ‘*Dicta*’, written probably in 1301 as his last work. He was not ignorant in roman law, but rather a witness of the first rank for the synthesis of the two laws by his formulation of the *Regulae iuris*.

⁶¹ F. POLLOCK/F.W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. I, Cambridge 1898, Reprint 1968, p. 217 s.

⁶² S. KUTTNER, *Réflexions sur les Brocards des glossateurs* in *Mélanges Joseph de Ghellinck, S.J.*, vol. II, Gembloux 1951, pp. 767–792, at p. 792. Also in IDEM, *Gratian and the Schools of Law 1140–1234*, London 1983, Nr. IX, p. 31.

⁶³ J. F. v. SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts*, vol. II, Stuttgart 1877, Reprint Graz 1956, p. 177.

⁶⁴ The “*Dicta Dini*” are in MS Munich, Clm. 6346 on fol. 65r-76v, cfr. P. LANDAU, *Dinus Mugellanus und die Regulae iuris des Liber Sextus*, in *Plenitudo Juris. Mélanges en hommage à Michèle Bégou-Davia*, Sceaux 2015, pp. 329–342, at p. 334, n. 42.

8. GERMANIC INFLUENCES IN CANON LAW

At the end of this paper I want to make a few remarks on the subject of the meeting of canon law with traditions of germanic law, much discussed mainly in the 19th century, the climax of Germanistic studies especially in Germany. Nowadays we have become very skeptical in our attitude towards the supposition of common legal traditions among the people with germanic roots. The main representative of the theory of germanic influences in canon law was the Swiss German scholar Ulrich Stutz (1968–1938) at the end of the 19th century and during the first half of the twentieth century. He developed a germanic doctrine of the proprietary church. According to Stutz the proprietary church (*Eigenkirche*) had its roots in Iceland in the pagan epoch of this island; it was derived from the germanic concept of *Gewere*, a specific concept of possession in countries with Germanic culture.⁶⁵ For Ulrich Stutz the Germanic people had transformed the Episcopal church of antiquity and had formed many institutions of canon law, among them the *beneficium*, advowson and incorporation. It is impossible to develop in a conference paper the arguments in this controversy in a sufficient way. So I can only mention a few aspects.

The Icelandic origin of proprietary churches is a mere speculation. Private property of churches is already mentioned in an imperial constitution of 388 after Christ, distinguishing between *ecclesiae privatae* and *ecclesiae publicae* (Cod. Theod. XVI. 5.14). Private churches belonging to laymen existed in Gallia since the 5th and in Spain since the 6th century. The success of proprietary churches had to do with the economic system of the manor and had nothing to do with special national traditions.⁶⁶ The proprietary church was a special estate called *dominium*, an institution characteristic for canon law from the 8th to the 12th century. It was replaced during the 12th century after Gratian by the *ius patronatus*, a much more limited right of laymen in the church.⁶⁷ The concept of *Beneficium*, dominating in the canon law of church property since 1100, cannot be derived from the traditions of proprietary churches. Even if the system of proprietary churches cannot be deduced from Germanic law, it could be possible that the canon law of possession had its roots in the Germanic institution of *Gewere*. There can be no doubt that possessory actions are very important in canon law since medieval times; we can refer to the *actio* and

⁶⁵ U. STUTZ, *Die Eigenkirche als Element des mittelalterlich-germanischen Kirchenrechts*, Berlin 1895, Reprint Darmstadt 1955, pp. 18–23.

⁶⁶ P. LANDAU, *Eigenkirchenwesen*, TRE 9 (1982), pp. 399–404.

⁶⁷ P. LANDAU, *Jus Patronatus*, in *Forschungen zur kirchlichen Rechtsgeschichte und zum Kirchenrecht*, vol. 12, Köln/Wien 1975.

exceptio spoli⁶⁸ or to the possessory action in marriage law for the relations between husband and wife.⁶⁹

Can we trace back these possessory actions to a Germanic influence by means of the concept *Gewere*?

Recent scholarship in Legal History, especially done by Paul Hyams, left many doubts about an origin of the concept of *Seisin*, equivalent to *possession*, found in English law after the Norman conquest of 1066, to any Germanic concept of *Gewere* in the Anglo-Saxon period⁷⁰ and also to guess some elementary distinction between *possessio* and property in the sense of Roman law to have survived in Anglo-Saxon times in England. We have sources for the distinction of the procedure on *seisin*—meaning possession—and general rights of property first after the Norman conquest of England under the Kings Henry I and Stephen of Blois in the 12th century.⁷¹ This distinction was brought to England by the Normans and had nothing to do with a supposed survival of vulgar Roman law in Britain since late antiquity and also with conjectures of connecting *seisine* with the hypothesis of a Germanic tradition of *Gewere*, a product of Germanistic legal historians during the 19th and early 20th centuries.

So we can conclude that a meeting of Canon Law with Germanic legal traditions during the Middle Ages is generally rather improbable. Canon Law had many influences from Roman law, but we cannot believe any more like Ulrich Stutz that the Christian church inherited a legal structure as a ‘*Rechtskirche*’ from any Germanic people—it had a legal structure with the basis of Sacraments and Jurisdiction since the first century after Christ and was enriched in its legal culture by Roman law particularly during the Middle Ages.

If a meeting between canon law and Germanic or German private law can be recognized during the high Middle Ages, it might have been caused by an influence of canon law on German law. Canon law knew possessory remedies in the *actio* or *exceptio spoli* since the 9th century mainly by the Pseudo-Isidorean forgeries. The concept of *Gewere* is very dominant in the *Mirror of the Saxons* (*Sachsenspiegel*). In his recent article on ‘*Gewere*’ in the ‘*Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*’, vol. II (2012), the author

⁶⁸ H.-J. BECKER, *Spolienrecht*, HRG, vol. IV, Berlin 1990, col. 779 s.

⁶⁹ P. LANDAU, *Papst Innozenz III. und Wilhelmines Ehe. Studien zum possessorischen Verfahren im Eherecht in Life, Law and Letters. Historical Studies in Honour of Antonio García y García*, a cura di P. A. LINEHAN, *Studia Gratiana* 29, Roma 1998, pp. 521–542. Also with Addenda in: P. LANDAU, *Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter*, Badenweiler 2015, pp. 721–741.

⁷⁰ P. HYAMS, *Property Talk in Old English: Did Anglo-Saxon England Know the Concept of Seisin?*, in *Texts and Contexts in Legal History: Essays in Honor of Charles Donahue*, a cura di J. WITTE, JR., S. MC DOUGALL, A. DI ROBILANT, Berkeley 2016, pp. 37–59.

⁷¹ *Ibidem*, p. 52.

Werner Ogris, Professor of German legal history at the University of Vienna, is concluding with the sentence: “It should also be examined, if and to what extent there were influences of canon law for the concept of ‘Gewere’—(Auch wäre zu prüfen, ob und inwieweit Einflüsse des Kanonischen Rechts gegeben waren)”.⁷² This examination has not taken place until now—it is a task for future research in comparative legal history.

⁷² W. OGRIS, *Gewere*, HRG, vol. II, ²2012, p. 352.

CANONICAL JURISPRUDENCE AND OTHER LEGAL SYSTEMS IN THE MEDIEVAL AND EARLY MODERN PERIODS

Ken Pennington*

SUMMARY: 1. The Use of Canon Law in Roman Law. – 2. Canon Law's Contribution to Feudal Law. – 3. Canonical Jurisprudence and Magna Carta.

Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil.¹ Students of canon law learn that maxim early on in their study of canon law. Nobody has ever doubted that Roman law was crucial for the development of canon law. Prospero Fagnani († 1678) captured the general early modern and modern understanding of the relationship of the two laws in his commentary on Pope Honorius III's decretal *Super specula* (1219) that forbade the teaching of Roman law in Paris:²

The most just laws and the sacred canons sprung forth from one womb or source. Consequently, the laws are supported by the canons, and the ambiguities of the canons are resolved

* Catholic University of America.

¹ Frederick Merzbacher, 'Die Parömie "Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil"', *Collectanea Stephan Kuttner* (Studia Gratiana 13; (1967) 275–282 and Stephan Kuttner, 'Some Considerations on the Role of Secular Law and Institutions in the History of Canon Law', *Studies in the History of Medieval Canon Law* (Aldershot 1990) X.

² Prospero Fagnani, *Commentaria* (Cologne 1703) to X 3.50.10: 'Quoniam justissimae leges et sacri canones ex uno utero vel fonte divino processerunt. Vnde leges firmantur canonibus et canonum ambiguitates legibus resolvuntur, sicut ex discursu glossarum utriusque juris loculenter apparet. Huic dicebant Romanus Singularia 654: "Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil".' Several early modern jurists authors refer to Ludovico Pontano Romanus' († 1439) discussion of the maxim in his *Singularia*; he was the first jurist to coin the maxim. However, his formulation was in Italian not Latin: 'Io ti dico che legista senza capitolo vale poco, ma lo canonista senza lege vale niente', *Singularia* (Venice 1496) fol. 18va (not numbered), (Pavia 1501) fol. 22vb (numbered 654), (Paris 1508) unfoliated, numbered 656. The earliest jurist I have found who translated the vernacular maxim into Latin was Hendrik Zoesius († 1623) in his Praefatio to the *Decretales Gregorii IX* (Cologne 1668) 2. I discuss the later the canonist's misinterpretation of Pontano's Italian maxim in "Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil," *Bulletin of Medieval Canon Law* 34 (2017) 249–258.

by the law, just as the glosses of both laws richly reveal and as Ludovico Pontano stated in his *Singularia* 'A civil lawyer without a knowledge of canon law is worth little, a canon lawyer without a knowledge of Roman law is worth nothing'.

I would pose the question, is that a correct understanding about the relationship of the two laws as their jurisprudence developed in the first half of the twelfth century and beyond?

1. THE USE OF CANON LAW IN ROMAN LAW

As Gratian revised his *Decretum* Roman law was crucial for his analysis of several different areas of law. As he added texts to his final recension over a period of years that had circulated as appendices to earlier recensions, Gratian inserted over one-hundred texts taken from all parts of Justinian codification and his later legislation, the *Novellae*.³ There are small pieces of evidence that Gratian knew and used Roman law in the earliest recensions of his text.⁴ However, the most important Roman law excerpts were not from Justinian but from Irnerius' translations and adaptations of texts from Justinian's *Novellae* that were inserted into the margins of the *Institutes* and the *Codex*.⁵ Irnerius had carefully crafted these texts to adapt the legislation in the *Codex* to twelfth-century society. Gratian saw that they were also very important for his project and inserted thirty 'authenticae' into his *Decretum*. Although there is no debate today that Gratian used Roman law and that the glossators of the *Decretum* had frequent recourse to Justinian's legacy, there are differing opinions on when,

³ Melodie Harris Eichbauer, 'From the First to the Second Recension: The Progressive Evolution of the *Decretum*', *Bulletin of Medieval Canon Law* 29 (2011–2012) 119–167; Anders Winroth, *The Making of Gratian's Decretum* (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought, 4th Series, 49; Cambridge 2000) 133–135 had argued that the additions to the manuscripts were made after the Gratian's final recension began to circulate. Eichbauer's analysis demonstrates that they were included before not after. The most important conclusion is that there was a significant amount of time between Gratian's recensions.

⁴ E.g. C.2 q.6 c.28, C.15 q.3 c.1,2,3,4. Also quotations of Roman jurisprudence: Antonia Fiori, *Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale: Storia e disciplina della 'purgatio canonica'* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 277; Frankfurt am Main 2013) 229–236 who noted a textual borrowing from Cod. 3.31.11 in the earliest recensions. Also see Pennington, 'Roman Law, 12th Century Law and Legislation', *Von der Ordnung zur Norm: Statuten in Mittelalter und Früher Neuzeit*, ed. Gisela Drossbach (Paderborn-München-Wien-Zürich: Ferdinand Schöningh, 2010) 17–38 for examples of Gratian's use of the language of Roman law in his pre-Vulgate recensions at 29–35 and "'The Big Bang": Roman Law in the Early Twelfth Century', *Rivista internazionale di diritto comune* 18 (2007) 43–70 at 53–68.

⁵ Pennington, 'The Beginning of Roman Law Jurisprudence and Teaching in the Twelfth Century: The *Authenticae*', *Rivista internazionale di diritto comune* 22 (2011) 35–53.

how and to what degree Gratian and the early canonists bowed to the authority of Roman law.⁶

Very little work has been done on the influence of canon law on Roman law in the early twelfth century. To put the question slightly differently, when did the current begin to flow in the opposite direction, when did jurists who were not canonists begin to use and cite canonical texts in their work? Two manuscripts of working jurists that contain primarily Roman law texts in Torino, Biblioteca Nazionale Universitaria D.V.19 and also to a lesser extent, Paris, Bibliothèque Nationale de France lat. 4709, give us intriguing evidence that provide some answers to that question. Two other early twelfth century manuscripts, Florence, Biblioteca Laurenziana Plut. 29.39 and Biblioteca Apostolica Vaticana reg. lat. 535 also provide proof of canonical jurisprudence's usefulness to jurists who were primarily interested in Roman law.⁷

The Torino manuscript is the most important witness for the relationship of canon law to early Roman law. More than one hundred years ago Fitting described the manuscript as a 'highly interesting and rich' manuscript.⁸ He called attention to the texts of canon law in the manuscript, but the manuscript remained of greater interest to scholars of Roman law than to historians of canon law. Canonists did not pay much attention to it. In 1895 Emil Seckel analyzed some of the texts and demonstrated that they were taken from the canonical collection, *Panormia*, or a related source.⁹ Scholars have not been unanimous in dating the manuscript. Most have dated it to the second half of the twelfth century. The scripts in all the parts of the manuscript are fairly consistent. They all use the diphthong 'ae', and the lower case 'd' is uniformly written with a vertical ascender. The script cannot be later than 1150. Glosses are, however, a better guide to the date of a text.¹⁰ The format of all the glosses in the manuscript push the back date to the period before 1140. Justinian's

⁶ Pennington, 'Big Bang' 43–45.

⁷ The Florence manuscript is discussed by Emmanuele Bollati in his translation of Savigny's *Geschichte des römischen Rechts* as *Storia del diritto romano nel medio evo* (Vol. 3; Torino 1857) 105–106 and the Vatican manuscript is examined by Jacqueline Rambaud-Buhot, 'Le Décret de Gratien et le droit romain: Influence d'Yves de Chartres', *Revue historique de droit français et étranger* 4th series 35 (1957) 290–300; Rambaud-Buhot thinks the chapters came from Gratian or Ivo's *Decretum*. The *Tripartita* and *Panormia* seem to be a more probable sources. However, the text must be examined more closely.

⁸ Hermann Fitting, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters aus Handschriften* (Halle 1876) 16–24.

⁹ Emil Seckel, 'Acten der Triburer Synode 895: Zweite Abhandlung', *Neues Archive der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde* 20 (1895) 289–353 at 323–327.

¹⁰ See Pennington, 'The *Constitutiones* of King Roger II of Sicily in Vat. lat. 8782', *Rivista internazionale di diritto comune* 21 (2010) 35–54 at 42.

Digest is cited as ‘in digestis’ and the *Decretum* as ‘in decretis’, which is typical of the first half of the twelfth century.¹¹ Especially striking are the glosses to the *Arbor consanguinitatis* on fol. 50r. The glosses cite the *Epitome Iuliani* but not the *Authenticum*, which is evidence of the glosses’ and the manuscript’s early date that must have preceded the circulation of the *Authenticum*. The same glosses are found attached to different texts in other manuscripts of the *Petri exceptiones*.¹²

All the texts in the manuscript were useful for a practicing jurist. The two most important Roman law texts were Justinian’s *Institutes* and the *Petri exceptiones*. Uta-Renata Blumenthal’s thorough examination of Lleida, Arxiù Capitular RC_0021 that Martin Bertram discovered has definitively established the Lleida text as the oldest surviving text of the *Petri exceptiones*.¹³ She dates this text convincingly to the ‘late 1120’s or early 1130’s’ which is further proof that the Torino manuscript cannot be dated to the second half of the twelfth century.¹⁴ The canonical texts further underlined the Torino jurist’s interest in practical problems. Folia 47r-48v contains a list of Gratian’s 36 *causae* that could have been taken from either the earlier versions of Gratian’s text ca. 1135 or his last recension ca. 1140. The case of each *causae* is omitted, but the series of questions that Gratian posed to each case are given exactly. This is odd until one sees that every question is provided with an interlinear gloss that gives a short answer to it. Question one: ‘Is it a sin to buy spiritual things?’ ‘Yes’. Question four: ‘Is he guilty if he did not know his father had bought an office?’ ‘Non’. Question five: ‘Is it permitted to a cleric to be in a church and to be ordained in a church which has received money from his father?’ ‘It is permitted if the cleric is of a good life’.¹⁵ This text is, as far as I know, unique. It provided the

¹¹ The format of glosses in legal manuscripts is a valuable piece of evidence for the date of a text; see Gero Dolezalek, *Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Iustiniani* (2 vols. Ius Commune, Sonderhefte 23; Frankfurt am Main 1985) 1.461–485 at 466–468 and Pennington, ‘*Constitutiones*’ with photos to illustrate glosses ca. 1140.

¹² Torino, Biblioteca Nazionale Universitaria D.V.19 fol. 50r, s.v. *Nec deinceps ulla lateralis persona*: ‘In n<ovella> c. Reliquum est ut dispiciamus de tribus ordinibus’. A citation to the *Epitome Iuliani* Constitutio 109 (110).3, ed. Piero Fiorelli (1996) 164, no. 395 = *Authenticum* 118.3; s.v. *Sed illarum rerum quae pervenerunt*: ‘In n<ovella> c. Si filius descendens in testamento suo (Epitome Iuliani 36[37].31) et in C. lib. ii.(sic) tit. Ad senatus consultum Tertullianum Mater que defuncto filio’ (Cod. 6.56[55].5)’. Cf. Hermann Fitting, *Glosse zu den Exceptiones legum Romanorum des Petrus aus einer Prager Handschrift zum ersten mal herausgeben und eingeleitet* (Halle 1874) 33 for same glosses to *Petri exceptiones* 1.16.

¹³ Uta-Renate Blumenthal, ‘Dating the *Exceptiones Petri*’, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Kan. Abt. 101 (2015) 54–85.

¹⁴ *Ibid.* 66.

¹⁵ Torino, Biblioteca Nazionale Universitaria D.V.19 fol. 47ra: ‘In qua primo queritur an sit peccatum emere spiritualia (est)? Quarto, an ille sit reus criminis quod eo ignorante pater commisit

non-canonist with the answers to all of Gratian's questions in a format that was easy to consult. The answers were most useful for the non-canonist in the procedural and marriage *causae* (*Causae* 2–6 and 27–36). In *Causa* six Gratian asked: Question five: 'If the accuser fails to prove his case, must the defendant render a proof of his innocence?' 'Non.'¹⁶ The Torino also used Gratian's own words (*dicta*) to explain the complicated process of appeals to higher courts. Appeals were becoming a part of the judicial landscape in both ecclesiastical and secular courts. The rules governing appeals were nowhere laid out as clearly in the *libri legales* of Roman law as they were in *Causa* two question 6 of the *Decretum*. The Torino jurist stitched together six of Gratian's *dicta* to create a small treatise on appeals.¹⁷ Torino also contains a tract labelled 'On witnesses'. This section contained canons drawn from a pre-Gratian decretal collection called the *Panormia* that was compiled ca. 1120.¹⁸

A single folio is devoted to the oaths that were to be taken by the pope, emperor, archbishops, and legates when they assumed their offices.¹⁹ The Gregorian canonist Deusdedit recorded similar oaths in his canonical collection and stated that he took them from a *Liber diurnus* (*Liber Romanorum pontificum*) in the papal curia.²⁰ None of these 'professiones', however, matches the texts in Deusdedit or any other eleventh, twelfth, or later source. There

(non)? Quinto, an liceat ei esse in ecclesia uel fungi ea ordinatione quam paterna pecunia est assecutus (licet si bone uite est)?' Interlinear glosses are in parathenses.

¹⁶ Ibid. 'Quinto. Si in probatione deficit accusator an sit reus cogendus ad probationem sue innocentie? (non)'. Gratian had not constructed this *quaestio* well, and there was doubt about his conclusion. See Pennington, 'Gratian and Compurgation', *Bulletin of Medieval Canon Law* 31 (2014) 253–256.

¹⁷ Ibid. fol. 90ra–90rb; the author of this tract included one canon. The rest of the text was C.2 q.6 d.p.c.33, d.p.c.35, d.p.c.36, d.p.c.37, d.p.c.38, and d.p.c.39.

¹⁸ Ibid. fol. 87r–87va: 'De testibus in iudicio'. The first seven canons deal with witnesses; the remaining canons taken from the *Panormia* deal with a variety of issues to fol. 88r. The *Panormia* was formerly attributed to Ivo of Chartres because it was dependent on Ivo's *Decretum*. For information about the collection, see Lotte Kéry, *Canonical Collections of the Early Middle Ages (ca. 400–1140): A Bibliographical Guide to the Manuscripts and Literature* (Washington, D.C. The Catholic University Press, 1999) 253–260, where the collection is still attributed to Ivo; on the authorship see now Christof Rolker, *Canon Law and the Letters of Ivo of Chartres* (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought, 4th Series, 76; Cambridge 2010) 265–284, 248–256, 148. Rolker dates the *Panormia* to ca. 1120 (p. 278–279).

¹⁹ Ibid. fol. 89v.

²⁰ Deusdedit (†1098–1099), *Die Kanonessammlung des Kardinals Deusdedit*, 1. *Die Kanonessammlung selbst*, Victor Wolf von Glanvell (Paderborn 1905) 2.110 and 3.145. See Kéry, *Canonical Collections* 228–233 and Hans Hubert Anton, 'Der Liber Diurnus in angeblichen und verfälschten Papstprivilegien des früheren Mittelalters', *Königtum, Kirche, Adek: Institutionen, Ideen, Räume von der Spätantike bis zum hohen Mittelalter: Dem Autor zur Vollendung des 65. Lebensjahres*, ed. Hubert Anton and Burkhard Apsner (Trier 2002) 71–94.

are similar oaths in the thirteenth-century *Liber censuum* for the archbishop and legate.²¹ The oaths of the pope and emperor are found nowhere else. These texts, however, are important for evaluating geographical origins of the manuscript. They must have been taken from materials in the Roman Curia. A transalpine source for the texts would not have been possible in the first half of the twelfth century.

From the perspective of canon law the most important text is at the end of the manuscript. It bears the title *Tractatus de iure et eius speciebus* and had the incipit 'Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus'. Hermann Fitting first drew attention to the text. He thought the text was not an abbreviation of the first distinctions of Gratian's *Decretum* because it was a carefully constructed and unified text. He concluded that the text was a source of Gratian and not an abbreviation.²² If true that would have been an extraordinary discovery.—The text itself is a stitching together of texts from Isidore of Seville from the first three distinctions of the *Decretum* and Gratian's dicta from distinction one to distinction fifteen. Soffietti published a simple transcription of the text without a critical apparatus. He concluded that it was an incomplete abbreviation that included two texts taken from the *Summa* of Stephen of Tournai.²³ Soffietti argued that the borrowings from Stephen proved that the text must have been written after ca. 1165. However, even a rudimentary comparison of the texts demonstrates that one was not copied from the other, neither Torino from Stephen nor Stephen from Torino.²⁴ The two texts deal with the Rhodian law of the sea in much more detail than in Isidore or Gratian. No one has asked the simple question, why were these texts added by Stephen and the anonymous compiler? The most obvious answer is that both were writing in Italy and living near port cities where the issue was important.²⁵ The main point is that the text is not an abbreviation, incomplete or otherwise. It is a tract on the three most important laws for secular jurists: natural law, custom, and statutes. It omits almost everything in Gratian's *De legibus* on ecclesiastical law. Coupled with the inclusion of Isidore's *Tractatus de legibus* on folia 75ra to 78rb

²¹ The oaths in the Paul Fabre, *Le Liber censuum de L'Église romaine* (Vol. 1; Paris 1889) 313, an oath of senator with sentences similar to the legate's oath and 417 an oath of a bishop receiving the pallium, also with similar sentences. See Steven A. Schoenig, *Bonds of Wool: The Pallium and Papal Power in the Middle Ages* (Studies in Medieval and Early Modern Canon Law, 15; Washington DC 2016) 341–347. My thanks to him for references to the *Liber censuum*.

²² Hermann Fitting, *Juristische Schriften* 24.

²³ Isidoro Soffietti, 'Il tractatus de iure et eius speciebus del codice D V 19 della Bibliotheca Nazionale di Torino,' *Rivista di storia del diritto italiano* 52 (1979) 102–112 at 104–105.

²⁴ *Ibid.* 104.

²⁵ An edition with notes will be published in the *Bulletin of Medieval Canon Law* 34 (2019).

of the Torino manuscript it is good evidence that the compiler/author of these texts was as involved with the question of defining law as much as Gratian was.²⁶ It is tempting to conclude with Fitting that it was Gratian's first draft of his *Tractatus de legibus* but that would be pressing the evidence too far. It does, however, underline the importance of natural law for jurists working in the first half of the twelfth century. One might argue that Gratian's embrace of natural law was one of canonical jurisprudence's most significant contributions to European jurisprudence. The Torino manuscript proves that Gratian was not alone.

Just as Justinian's codification immediately became a source of law for Gratian in his *Decretum* and for his followers in their commentaries, Gratian's *Decretum* quickly became an authoritative text for Roman law jurists.²⁷ A jurist with the siglum m. cited Gratian frequently in glosses that are found in a Stuttgart manuscript of Justinian's *Codex*.²⁸ Other citations to the *Decretum* are found in some of the earliest *Digest* manuscripts.²⁹ Both the Romanists and the canonists had to evolve a standard set of notations for citing each other's works. At first the Romanists cited the *Decretum* with a capital D or with <in> *decretis*, which was very similar to the way they cited the *Digest*.

A particularly interesting gloss by a civil lawyer with the siglum mo. is found in the Stuttgart manuscript. While glossing a constitution of Theodosius and Valentinianus (AD 446) in which the emperors laid down a rule that all their legislation must be discussed and approved by the senate with the consent of all (omnes consenserint. . . ut universorum consensus. . . firmetur). The glossator turned to Gratian's statement about legislation at Distinction 4 after canon 3, in which he argued that:³⁰

Laws are established when they are promulgated and confirmed when they have been approved by the long-standing customs of those who follow them.

²⁶ Isidore of Seville, *Etymologies* Book 5 chapter 1–27.

²⁷ Gratian cited Roman law only a few times before his earlier recensions, but many times in his last recension, see Pennington, The "Big Bang": Roman Law in the Early Twelfth-Century, *Rivista internazionale di diritto comune* 18 (2007) 43–70 at 53–67 and my "Gratian and Compurgation," *Bulletin of Medieval Canon Law* 31 (2014) 253–256 at 251–252 n.2.

²⁸ Stuttgart, Württembergische Landesbibliothek jur. fol. 71, fol. 11r, fol. 13r, fol. 15r, fol. 60vb.

²⁹ Paris, BNF 4450, fol. 9v, fol. 10r, fol. 15r, fol. 18v, fol. 24v (a citation in an early layer of glosses), fol. 136v (another citation in an early layer of glosses). I have also found glosses referring to the *Decretum* in Berlin, Staatsbibliothek lat. 274, Douai, Bibliothèque municipale 579, and Paris, Bibliothèque Nationale de France lat. 4518.

³⁰ D.4 d.p.c.3: 'Leges instituuntur cum promulgantur, firmantur cum moribus utentium approbantur'.

Gratian's comment led to a rich jurisprudence on the role of the people in promulgating laws. Mo. carried Gratian's thought a step further. A person cannot be punished until a statute is confirmed:³¹

Vt legis transgressor puniatur uidentur duo exigi, scilicet consensus et utentium mores; tunc enim demum nouum statutum confirmatum intelligitur, ut arg. D. di.iiii § Leges.

The legislative authority of the prince would eventually trump democratic consent, but Gratian's populism did not die quickly.³²

2. CANON LAW'S CONTRIBUTION TO FEUDAL LAW

Canonical jurisprudence made another surprising contribution to European secular law by providing a key text to nascent feudal law.³³ A letter of Bishop Fulbert of Chartres (1006–1028) that Gratian had included in his *Decretum* became a key text for the first books of feudal law. A reader of Fulbert's letter in feudal law books would have understood that a reference to the letter was also a reference to the canonistic glosses and commentaries that circled the letter in the margins of *Decretum* manuscripts. Fulbert's letter was incorporated into the *Libri feudorum*, the standard text of feudal law for the next four centuries.³⁴ The canonists, especially Huguccio and Tancred wrote extensive commentaries on Fulbert's letter that shaped the jurisprudential doctrines governing the feudal oath for centuries. That fact might seem remarkable to us but not to our canonists. In their world legal systems had very permeable borders. The most significant point is that because the canonists interpreted Fulbert's letter in great detail, later jurists did not spend a lot of time interpreting the letter. The canonists had done the job. Petrus Beneventanus continued to connect canon law to feudal law by devoting a title in his decretal collection to *De feudis*. Raymond de Peñafort accepted Petrus' innovation.³⁵

³¹ Justinian, Codex 1.14.8 s.v. *uniuersorum consensus*, Stuttgart, Württembergische Landesbibliothek jur. 71, fol. 15rb.

³² Luigi De Luca, 'L'accettazione popolare della legge canonica nel pensiero di Graziano e dei suoi interpreti', *Studia Gratiana* 3 (Bologna 1955) 195–276 and Orazio Condorelli, *Principio elettivo, consenso, rappresentanza: Itinerari canonistici su elezioni episcopali, provvisioni papali et dottrine sulla potestà sacra da Graziano al tempo della crisi conciliare (secoli XII-XV)* (I libri di Erice, 32; Roma 2003) 151–152, n.150.

³³ For a detailed account of what follows see my essay "Feudal Oath of Fidelity and Homage," *Law as Profession and Practice in Medieval Europe: Essays in Honor of James A. Brundage*, edited by Kenneth Pennington and Melodie Harris Eichbauer (Ashgate 2011) 93–115.

³⁴ K. Pennington, 'Law, feudal', *Dictionary of the Middle Ages, Supplement 1* (New York 2004) 320–323.

³⁵ 3 Comp. 3.16 and X 3.20.

3. CANONICAL JURISPRUDENCE AND MAGNA CARTA

Over the past twenty years Richard Helmholz has drawn attention to the connections between canonical jurisprudence and the great document in English legal history, *Magna carta*.³⁶ He has argued that many of the provisions in *Magna carta* resonate with canonical jurisprudence. If we look at the manuscript tradition of *Magna carta*, we can also find a striking connection to canon law. A Rouen manuscript that had resided in the archive of the Lepers' Hospital of Pont Audemer contains the only French translation known to exist of *Magna carta*. The place it occupies in the manuscript is adjacent to the canons of the Fourth Lateran Council of 1215.³⁷ We may ask what was the interest of an ecclesiastical institution in the *Magna carta*? First, of course, Pont Audemer had until recently been under English-Norman rule. More importantly, I think, was the fact that the procedural chapters in *Magna carta* and the procedural canons in the Fourth Lateran complemented each other in several ways. I have argued that the purpose of Innocent III and of the English barons was reform.³⁸ There were also other important ways in which canonical jurisprudence influenced *Magna carta*. Chapter 9's regulation of the "fideiussor's" obligations is a particularly striking example.³⁹

Finally, I cite Richard Helmholz again who recently argued that the canonists' jurisprudence on natural law influenced *Magna carta*.⁴⁰ We have already seen how important Gratian's first distinctions were for the incorporation of natural law into canonical jurisprudence. Helmholz observed that 8 different chapters of *Magna carta* could have been and probably were inspired by concepts of natural law.

One last point: the Latin Maxim, 'legista sine canonibus parum valet; canonista sine legibus nihil' has been heard in the classrooms of canon law for centuries. Ludovico Pontano Romano († 1439) first coined a version of it in Italian, and Hendrik Zoesius († 1627) seems to have been the first to give it

³⁶ Richard H. Helmholz, 'Magna carta and the ius commune,' *The University of Chicago Law Review* 66 (1999) 297-37.

³⁷ Rouen, Bibliothèque municipale Y.200, fol. 81r-87v contains *Magna carta*; fol. 69r-77v contains the canons of the Fourth Lateran Council. See my essay for some of what follows, "Reform in 1215: *Magna Carta* and the Fourth Lateran Council," *Bulletin of Medieval Canon Law* 32 (2015) 99-127.

³⁸ Pennington, 'Reform in 1215' 120-123.

³⁹ Pennington, 'The Ius commune, Suretyship, and *Magna carta*,' *Rivista internazionale di diritto comune* 11 (2000) 255-274.

⁴⁰ Richard H. Helmholz, 'Magna carta and the Law of Nature,' *Loyola Law Review* 62 (2016) 869-886.

clothing in learned Latin.⁴¹ Canonists have long recognized the importance of Roman law jurisprudence for shaping canonical jurisprudence from Gratian on. The contribution of canon law at the dawn of European jurisprudence was not as significant. However, as I have tried to show, its influence was not trivial and became much more important in many different areas of jurisprudence in the next centuries. Perhaps we should forget the maxim and coin a more accurate one to describe the relationship of the two laws: *Legista e canonista, siamo fratelli e sorelle!*

⁴¹ Pontano, *Singularia* (Venice 1496) fol. 18va (not numbered), (Pavia 1501) fol. 22vb (numbered 654), (Paris 1508) unfoliated, numbered 656 and Zoesius, Hendrik Zoesius, *Commentarius paratitularis in decretales epistolas Gregorii IX* (Cologne 1668) 2b.

LA CULTURA GIURIDICA DELLO *IUS PUBLICUM ECCLESIASTICUM* E LA CODIFICAZIONE PIANO-BENEDETTINA

Matteo Nacci*

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La fioritura della produzione scientifica giuspubblicistica. – 3. Scienza giuridica giuspubblicistica e codificazione piano-benedettina. – 4. L'imprescindibile "funzione cooperativa" dello *ius publicum ecclesiasticum* odierno.

1. NOTE INTRODUTTIVE

L'occasione che ha determinato la stesura del presente contributo rientra fra le molte iniziative che nel corso del 2017 si sono susseguite al fine di celebrare il centenario della codificazione piano-benedettina¹. Un giusto momento di festeggiamento, aggiungo, in cui l'oggetto che si intende "festeggiare" non deve certo passare sotto un puntuale vaglio critico, come affermò Pio Fedele in un articolo pubblicato nell'ultima annata dell'*Archivio di Diritto Ecclesiastico* per porre l'attenzione sul venticinquesimo anniversario del *Codex* entrato in vigore il 19 maggio del 1918².

Ma, come si evince dal titolo del presente lavoro, non mi compete trattare del "momento celebrativo" della prima codificazione del diritto della Chiesa. Ciò che invece proverò a rilevare, in base alle riflessioni da me condotte ormai

* Pontificia Università Lateranense.

¹ Penso, ad esempio, alle Giornate di Studio organizzate da tre Atenei – l'Università Cattolica del Sacro Cuore, la Pontificia Università Lateranense, l'Università degli Studi di Padova – per riflettere sulla codificazione piano-benedettina nel centenario della sua promulgazione (*A cento anni dalla prima codificazione canonica*, Milano, 21 febbraio 2017; Città del Vaticano, 16 maggio 2017; Padova, 19 ottobre 2017) o al Convegno di Studi organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona (*Il Codex iuris canonici (1917): caratteri e forme di un'esperienza originale nell'età delle codificazioni*, Verona, 22 novembre 2017).

² P. FEDELE, *Il XXV anniversario del Codex iuris canonici*, in «Archivio di Diritto Ecclesiastico» V (1943-2) 206-208. Sul punto si consenta il rinvio a M. NACCI, *Storia del diritto e cultura giuridica. La scienza canonistica del Novecento*, Roma 2017, pp. 326-328.

da diversi anni sullo *ius publicum ecclesiasticum*³, è l'importanza di tale disciplina giuridica per la codificazione piano-benedettina⁴; in altre parole, come sostenuto in altre occasioni, la "cultura giuridica" di questo ramo della scienza del diritto canonico⁵.

Ancora una premessa. Quando faccio riferimento alla "cultura giuridica", come storico del diritto, mi riferisco a una chiave di lettura e di utilizzo del dato storico da intendersi, quest'ultimo, non come un "oggetto d'antiquariato" comprensibile a pochi adepti ma come valore aggiunto per comprendere meglio il diritto collocato nella sua «intima e naturale storicità, (...) espressione fedele

³ Si consenta il rinvio a M. NACCI, *Origini, sviluppi e caratteri del ius publicum ecclesiasticum*, Città del Vaticano 2010; prima ristampa, 2013; IDEM, *L'anima giuspubblicistica di Pietro Gasparri e le Institutiones iuris publici*, in «Apollinaris» LXXXV (2012) 603-622; IDEM, *Princípios de direito público eclesiástico na codificação canónica*, in «Suprema Lex. Revista de Direito Canônico» 6 (2013) 77-93; IDEM, *L'apporto dello ius publicum ecclesiasticum alle relazioni tra Chiesa e comunità politiche: annotazioni storico-giuridiche*, in *Verità e metodo in giurisprudenza*, a cura di C. MIRABELLI, G. DALLA TORRE, Città del Vaticano 2014, pp. 445-460; IDEM, *L'evoluzione storica del diritto canonico e delle sue fonti giuridiche*, in *Manuale di Diritto Canonico*, a cura di M. J. ARROBA CONDE, Città del Vaticano 2014, pp. 29-42; IDEM, *Chiesa e Stato dalla potestà contesa alla sana cooperatio. Un profilo storico-giuridico*, Città del Vaticano 2015; IDEM, *I rapporti Stato Italiano-Chiesa Cattolica nei Patti Lateranensi del 1929: analisi storico-giuridica*, in «Prawo Canoniczne» 58 (2015) n. 2, 97-113; IDEM, *Le relazioni Chiesa-Mondo dal Concilio di Trento al Concilio Vaticano II*, in «Vergentis» 1 (2015) 271-287; IDEM, *Considerazioni storico-giuridiche sulle 'relazioni Chiesa-Mondo' nel Concilio di Trento e nel Concilio Vaticano II*, in «Prawo Canoniczne» 59 (2016) n. 2, 89-108; IDEM, *La aportación de la Teología en la estructuración del ius publicum ecclesiasticum: reflexiones histórico-jurídicas*, in «Vergentis» 5 (2017), 53-61.

⁴ Sull'importanza dello *ius publicum ecclesiasticum* per il *Codex* del 1917 si veda il recente contributo di G. DALLA TORRE, *La Chiesa di fronte agli Stati: lo Ius Publicum Ecclesiasticum nell'attuale contesto ecclesiologicalo*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica» 1 (2017), 65-78. L'Autore osserva, in modo del tutto condivisibile, come «il codice pio-benedettino non conteneva una trattazione organica della materia dei rapporti tra la Chiesa e gli Stati (Dalla Torre, 1987), nonostante l'importante elaborazione dottrinale che la materia aveva avuto tra Ottocento e inizi del Novecento (Nacci 2015), particolarmente in quella scuola romana in cui si erano forgiati i codificatori, a cominciare dal Gasparri (Gasparri 1992). Ma è altresì noto che nella prima codificazione della Chiesa latina disposizioni in materia di relazioni *ad extra* erano presenti, numerose ancorché sparse nei diversi libri del *Codex* (così come nel codice del 1983) (Dalla Torre 2006). Anzi, potrebbe osservarsi che proprio la decisione di passare alla codificazione è espressione di un progressivo primato assunto, nel diritto canonico, dallo *Ius Publicum Ecclesiasticum*, prospettiva nella quale tutto il diritto canonico positivo ha finito per essere riguardato» (*ibidem*, p. 65). Sulla "cultura giuridica" di cui è invece senz'altro portatore il *Codex* del 1917, rispetto alle codificazioni europee otto-novecentesche, si consenta il rinvio a M. NACCI, *San Pio X e il diritto canonico: la "cultura giuridica" della codificazione del diritto della Chiesa*, in «Ephemerides iuris canonici» 54 (2014) 87-101.

⁵ Cfr. M. NACCI, *Origini ...*, cit., pp. 21-22; IDEM, *Chiesa e Stato ...*, cit., pp. 25-28; IDEM, *La cultura giuridica nei rapporti Chiesa-Stato. L'esempio offerto dal ius publicum ecclesiasticum*, in «Koinonia» 41 (2017), 119-130. Sulla "cultura giuridica" di cui è certamente portatore il diritto canonico si rinvia a P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» 32 (2003) 372-389.

(...) d'una civiltà che vive la propria storia in tutta la sua ricchezza»⁶. Ed è una chiave di lettura, o meglio un'impostazione, che ho potuto apprezzare e maturare all'interno della scuola giuridica lateranense.

2. LA FIORITURA DELLA PRODUZIONE SCIENTIFICA GIUSPUBBLICISTICA

Il periodo storico che vide fiorire massimamente la produzione scientifica in tema di diritto pubblico ecclesiastico da parte dei canonisti di Curia⁷ è anche quello nel quale prese forma il "progetto" di codificazione del diritto della Chiesa; un progetto ampiamente sostenuto da Pio X e portato a termine da Benedetto XV nel 1917 con la promulgazione del *Codex iuris canonici*. La scienza giuspubblicistica, come ebbe a rilevare più volte Emilio Fogliasso, fu particolarmente importante per la prima codificazione del diritto della Chiesa⁸, tanto che potremmo figurare lo *ius publicum ecclesiasticum* come un valido "strumento" per l'elaborazione del testo codiciale.

In che senso? Come ho avuto modo di evidenziare in altri lavori, la particolarità del metodo operativo dello *ius publicum ecclesiasticum* consisteva nell'aver lo Stato, ancorché in via strumentale, come oggetto di studio, per poi trattare, in modo comparativo e sistematico, la Chiesa come società giuridica e i suoi poteri⁹. Quanto appena detto è il risultato cui è giunto Gasparri, uno dei protagonisti del processo di codificazione canonica, quando affermava la necessità di una reciproca collaborazione fra la Chiesa e le comunità politiche non solo dal punto di vista dei rapporti di civile convivenza fra le due *societates perfectae* ma anche rispetto a un doveroso *mutuum auditorium*¹⁰; facendosi "anticipatore", poi, di quanto enuncerà il n. 76 della Costituzione Pastorale *Gaudium et Spes*¹¹.

⁶ P. GROSSI (cur.), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 6-7 novembre 1992)*, Milano 1993, p. 7.

⁷ In modo particolare dopo la Bolla *Quod divina sapientia omnes docet* di Leone XII del 28 agosto 1824 – a conclusione di un progetto di politica scolastica dello Stato Pontificio pensato da Pio VII e realizzato da una Commissione cardinalizia per la riforma degli studi da lui insediata nel 1816 – che al titolo XVIII prevede l'insegnamento obbligatorio biennale della disciplina *ius publicum ecclesiasticum* per ottenere la laurea in *utroque iure*. Sul punto si consenta il rinvio a M. NACCI, *Chiesa e Stato ...*, cit., pp. 33-38.

⁸ Cfr. E. FOGLIASSO, *Il codice di diritto canonico e il "ius publicum ecclesiasticum"*, in «Salesianum» VI (1944) 7-31.

⁹ Cfr. M. NACCI, *Origini ...*, cit., p. 23; IDEM, *Chiesa e Stato ...*, cit., pp. 29-31.

¹⁰ P. GASPARRI, *Institutiones iuris publici*, presentazione di Pio Fedele, Milano 1992, pp. 159-163. Cfr. M. NACCI, *L'anima giuspubblicistica di Pietro Gasparri ...*, cit., pp. 613-617.

¹¹ Cfr. M. NACCI, *Chiesa e Stato ...*, cit., pp. 139-141.

La scienza giuspubblicistica, inoltre, ha contribuito a valorizzare il carattere pubblicistico dell'ordinamento giuridico canonico nell'ambito di un'annosa *quaestio* dottrinale – cominciata nella Germania settecentesca – che aveva interessato sia i cultori del diritto civile dello Stato sia i cultori del diritto canonico: la questione della qualificazione pubblicistica o privatistica dell'ordinamento giuridico canonico¹².

Tale questione, come giustamente osserva la dottrina, fu in un certo senso “ereditata” dalla scienza giuridica statale così come da quest'ultima fu percepita la sempre maggiore “attenzione” del legislatore verso il codice quale strumento “ordinatore” e “ordinante” il diritto o, addirittura, la società. Si apre così un “movimento codificatorio”, com'è stato definito dalla più autorevole dottrina¹³, quello europeo otto-novecentesco, che interesserà anche la Chiesa e il cui diritto sarà raccolto in un codice – la “forma-codice”¹⁴ – poco prima della fine della seconda decade del Novecento¹⁵.

Non mi compete, in questa sede, vedere se e quanto è diverso – e a mio parere lo è – l'impianto e la struttura del codice di diritto canonico rispetto ai codici europei all'epoca già promulgati: pensiamo al *Code civil des français* del 1804, all'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco del 1811 e al *Bürgerliches Gesetzbuch* tedesco del 1900¹⁶; discorso a parte meriterebbe, invece, il *Zivilgesetzbuch* svizzero del 1907¹⁷.

¹² Cfr. M. NACCI, *Origini ...*, cit., p. 23; IDEM, *Chiesa e Stato ...*, cit., p. 27.

¹³ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, 7 ed., Roma-Bari 2011, pp. 135-140. Si veda, inoltre, *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 26-28 ottobre 2000)*, a cura di P. CAPPELLINI, B. SORDI, Milano, 2002; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. La scienza e il pensiero giuridico*, vol. II, Milano, 2005.

¹⁴ P. CAPPELLINI, *Forma-Codice e diritto canonico. Appunti per una riflessione*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica» 1 (2017) 9-34.

¹⁵ Sui “limiti” della scelta del legislatore canonico per la codificazione si rinvia a P. GROSSI, *Valore e limiti della codificazione del Diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in *L'eredità giuridica di San Pio X*, a cura di A. Cattaneo, Venezia 2006, pp. 141-154; IDEM, *Storicità del Diritto*, in «Apollinaris» LXXIX (2006) 105-117; IDEM, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in IDEM, *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÈ, Milano 2013, pp. 167-181.

¹⁶ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa ...*, cit., pp. 140-148; pp. 175-178.

¹⁷ Sulla singolarità della codificazione del diritto civile svizzero rispetto ai codici europei otto-novecenteschi si veda P. GROSSI, *L'Europa ...*, cit., pp. 178-180. Un codice, quello elvetico, che deve la sua peculiarità sin dalla prmissima organizzazione socio-territoriale, «modello di organizzazione pubblica completamente diverso (...) adottato nel 1291 dalle popolazioni di alcune vallate alpine di stirpe germanica. Esse decisero di sottrarsi al dominio asburgico associandosi tra loro con un patto giurato che le confederava nella promozione congiunta e concorde della sicurezza interna ed esterna, nella scelta di giudici appartenenti alle valli, nella cooperazione attiva contro gli autori dei reati più gravi. Nasceva, tra Uri, Schweiz e Unterwalden, il primo nucleo della

Ciò che invece mi pare opportuno rilevare è che all'interno di questo grande "movimento codificatorio" – che interessa anche la Chiesa – la scienza dello *ius publicum ecclesiasticum*, grazie al suo "carattere apologetico" dell'epoca volò a dimostrare la perfezione giuridica della Chiesa, contribuì a conferire a quest'ultima una struttura definitoria chiara e precisa: non solo società giuridica (*societas iuridice*) proprio come lo Stato ma, in più, *perfecta*, nel senso che possedeva tutte quelle potestà che le erano proprie per volontà esclusiva del suo Divino Fondatore, *independentemente a civili potestate*. Inoltre, il diritto di determinarsi come *societas iuridice perfecta* si presentava come un diritto *proprium ac nativum*: faceva parte dell'essenza stessa della Chiesa e nessuna potestà umana poteva limitarlo, comprimerlo o escluderlo.

3. SCIENZA GIURIDICA GIUSPUBBLICISTICA E CODIFICAZIONE PIANO-BENEDETTINA

Tutto ciò premesso, si tratta adesso di domandarci se la scienza giuridica giuspubblicistica abbia influenzato la stesura del codice; se, in altre parole, all'interno dei canoni sia possibile scorgere una formulazione che richiama un (se non il) principio-cardine dello *ius publicum ecclesiasticum*: *Ecclesia est societas iuridice perfecta*. La risposta non può che essere positiva – oltre per quanto affermato da autorevole dottrina¹⁸ – sol che si compia una semplice lettura di alcuni canoni del *Codex* del 1917¹⁹.

Basti richiamare, a mo' d'esempio, il primo paragrafo del can. 120, laddove si affermava che i chierici, sia nelle cause contenziose sia penali, «*apud iudicem ecclesiasticum conveniri debent*»²⁰; il can. 121, laddove si stabiliva che i chierici erano immuni dal servizio militare e da tutti quei pubblici uffici civili alieni «*a*

futura Confederazione elvetica» (A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, 2 ed. ampliata e corretta, Bologna 2016, p. 136).

¹⁸ Cfr. E. FOGLIASSO, *Il codice di diritto canonico ...*, cit., p. 30.

¹⁹ Cfr. M. NACCI, *Origini ...*, cit., pp. 177-180; IDEM, *Chiesa e Stato ...*, cit., pp. 129-133.

²⁰ CIC del 1917, can. 120: «§ 1. Clerici in omnibus causis sive contentiosis sive criminalibus apud iudicem ecclesiasticum conveniri debent, nisi aliter pro locis particularibus legitime provisum fuerit. § 2. Patres Cardinales, Legati Sedis Apostolicae, Episcopi etiam titulares, Abbates vel Prelati nullius, supremi religionum iuris pontificii Superiores, Officiales maiores Romanae Curiae, ob negotia ad ipsorum munus pertinentia, apud iudicem laicum conveniri nequeunt sine venia Sedis Apostolicae; ceteri privilegio fori gaudentes, sine venia Ordinarii loci in quo causa peragitur; quam tamen licentiam Ordinarius, praesertim cum actor est laicus, ne denegat sine iusta et gravi causa, tum maxime cum controversiae inter partes componendae frustra operam dederit. § 3. Si nihilominus ab eo qui nullam praehabuerit veniam, conveniantur, possunt, ratione necessitatis, at vitanda maiora mala comparere, certiore tamen facto Superiore a quo venia obtenta non fuit».

statu clericali»²¹; il can. 196, all'interno del titolo riguardante la potestà ordinaria e delegata, che statuiva esistere nella Chiesa, «*ex divina institutione*», la potestà di giurisdizione e di governo²²; oppure il can. 265 che determinava il diritto del Romano Pontefice, indipendente da qualsiasi potestà civile, di inviare legati in qualunque parte del mondo²³.

Passando al libro terzo del codice, il can. 1160 affermava, sui luoghi sacri, l'esenzione della giurisdizione dell'autorità civile e il libero e legittimo esercizio della giurisdizione ecclesiastica²⁴; mentre nel secondo paragrafo del can. 1322 e nel primo paragrafo del can. 1495, con la formula *independenter a civili potestate*, si statuiva, rispettivamente, il diritto della Chiesa di compiere opera di evangelizzazione²⁵ e il diritto di acquistare, alienare, e amministrare beni temporali per il perseguimento dei fini che le sono propri²⁶.

Meritano di essere menzionate anche due disposizioni del libro quinto dedicato ai delitti e alle pene: il primo paragrafo del can. 2214, che stabiliva un diritto *proprium ac nativum* della Chiesa, indipendente da qualsiasi autorità umana, di costringere con pene sia spirituali sia temporali chi aveva commesso un delitto²⁷; il can. 2334, che prevedeva la scomunica *latae sententiae* riservata alla Sede Apostolica per chi ledeva la libertà o i diritti della Chiesa (i cosiddetti *iura Ecclesiae*) mediante leggi o qualsiasi altra disposizione normativa e per chi impediva direttamente o indirettamente il legittimo esercizio della giurisdizione ecclesiastica sia in foro interno sia esterno²⁸.

²¹ CIC del 1917, can. 121: «*Clerici omnes a servitio militari, a muneribus et publicis civilibus officiis a statu clericali alienis immunes sunt*».

²² CIC del 1917, can. 196: «*Potestas iurisdictionis seu regiminis quae ex divina institutione est in Ecclesia, alia est fori externi, alia fori interni, seu conscientiae, sive sacramentalis sive extra-sacramentalis*».

²³ CIC del 1917, can. 265: «*Romano Pontifici ius est, a civili potestate independens, in quamlibet mundi partem Legatos cum vel sine ecclesiastica iurisdictione mittendi*».

²⁴ CIC del 1917, can. 1160: «*Loca sacra exempta sunt a iurisdictione auctoritatis civilis et in eis legitima Ecclesiae auctoritas iurisdictionem suam libere exercet*».

²⁵ CIC del 1917, can. 1322, § 2: «*Ecclesiae, independenter a qualibet civili potestate, ius est et officium gentes omnes evangelicam doctrinam docendi: hanc vero rite ediscere veramque Dei Ecclesiam amplecti omnes divina lege tenentur*».

²⁶ CIC del 1917, can. 1495, § 1: «*Ecclesia catholica et Apostolica Sedes nativum ius habent libere et independenter a civili potestate acquirendi, retinendi et administrandi bona temporalia ad fines sibi proprios prosequendos*».

²⁷ CIC del 1917, can. 2214, § 1: «*Nativum et proprium Ecclesiae ius est, independens a qualibet humana auctoritate, coercendi delinquentes sibi subditos poenis tum spiritualibus tum etiam temporalibus*».

²⁸ CIC del 1917, can. 2334: «*Excommunicatione latae sententiae speciali modo Sedi Apostolicae reservata plectuntur: 1° Qui leges, mandata, vel decreta contra libertatem aut iura Ecclesiae edunt; 2° Qui impediendo directe vel indirecte exercitium iurisdictionis ecclesiasticae sive interni sive externi fori, ad hoc recurrentes ad quamlibet laicalem potestatem*».

Tutti questi canoni, pur riguardando le materie più disparate, avevano in comune un dato fondamentale: la determinazione di particolari diritti o prerogative dell'ordinamento giuridico canonico partendo dall'assunto della Chiesa come *societas iuridice perfecta*; principio cardine, quest'ultimo, della scienza giuspubblicistica specialmente nel momento storico della codificazione del diritto della Chiesa²⁹.

4. L'IMPREScindIBILE "FUNZIONE COOPERATIVA" DELLO IUS PUBLICUM ECCLESIASTICUM ODIERNO

Poiché l'intitolazione generale del convegno richiama le "culture giuridiche nel centenario della codificazione", ritengo fondamentale attualizzare quanto finora detto. Rispetto ai principi giuspubblicistici inseriti nei canoni del *Codex* del 1917 poco sopra menzionati, si tratta di principi di diritto pubblico ecclesiastico che permangono nel Codice di diritto canonico vigente e che hanno mostrato la loro "tenuta" con riferimento agli eventi successivi al Concilio Ecumenico Vaticano II rispetto alla revisione della codificazione piano-benedettina. Naturalmente, quando parlo di "tenuta" faccio riferimento al solo "principio giuspubblicistico" e non tanto alla "dimostrazione apologetica" della perfezione giuridica della Chiesa che, da ritenersi oggi a dir poco anacronistica per la regolazione dei rapporti fra Chiesa e comunità politiche, vanificherebbe l'importante messaggio offerto dalla Costituzione Pastorale *Gaudium et Spes* che al n. 76 pone come principio regolatore delle relazioni fra Chiesa e comunità politiche quello della *sana cooperatio*³⁰, e dalla Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium* dove la denominazione della Chiesa come mistero (n. 1) supera la concezione della stessa come realtà prevalentemente visibile e socio-giuridica accentuando, al tempo stesso, il suo aspetto invisibile in analogia con la natura umana e divina di Gesù Cristo (n. 8) e individuando il "nucleo" della Chiesa

²⁹ Gli "attacchi esterni" cui si fa riferimento – specialmente nei momenti genetici della scienza giuspubblicistica – sono le teorie di Lutero e il Protestantesimo. In seguito, il *vulnus* dell'ordinamento giuridico canonico è stato creato da tre fatti storici rilevanti (Controriforma, Secolarizzazione, Statalismo) che hanno causato un'incomprensione totale verso il diritto canonico. Sul punto si veda P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica . . .*, cit., pp. 375-376.

³⁰ Oltre che sconfessare l'affermazione conciliare dell'azione trinitaria, e non solo cristologica, che è all'origine della Chiesa nella quale riveste un ruolo determinante lo Spirito Santo. Si veda, a tal proposito, M. J. ARROBA CONDE, *La Iglesia como presencia*, in «Vida Religiosa» 86 (1999), pp. 183-192; IDEM, *Diritto processuale canonico*, 6 ed., Roma 2012, pp. 22-23 ed ivi numerosi riferimenti bibliografici.

non nelle istituzioni ma in un'azione trinitaria dove risulta prevalente l'aspetto pneumatologico (n. 7)³¹.

“Tenuta” di principi dello *ius publicum ecclesiasticum* con riferimento, ad esempio, alla formulazione del primo paragrafo del can. 1254 del vigente Codice di diritto canonico, che riprende il primo paragrafo del can. 1495 del codice piano-benedettino, in cui si determina il diritto della Chiesa, nativo e indipendente dal potere civile «di acquistare, possedere, amministrare ed alienare beni temporali per i fini che le sono propri»³²; oppure al can. 1311, che ricalcando la struttura del can. 2214 § 1 del *Codex* del 1917 sancisce il diritto nativo e proprio della Chiesa «di costringere con sanzioni penali i fedeli che hanno commesso delitti»³³; oppure, ancora, al can. 1401 che statuisce il principio della riserva di giurisdizione ecclesiastica³⁴.

“Tenuta” di principi giuspubblicistici, addirittura al di fuori del testo codiciale, che permeano l'ordinamento giuridico canonico ed esprimono, in senso più ampio, la peculiare “cultura giuridica” del suo diritto. Pensiamo al principio metagiuridico della *salus aeterna animarum* o a quello dell'*aequitas canonica*, al cui interno è possibile cogliere l'anima del diritto pubblico ecclesiastico (esprimendosi nel celeberrimo adagio *Ecclesia est societas iuridice perfecta*) da intendersi, estensivamente, come disciplina volta a valorizzare l'unicità dell'ordinamento giuridico canonico³⁵. O, ancora, “tenuta” di tali principi giuspubblicistici con riferimento alla comparazione – sia orizzontale che verticale – dell'ordinamento

³¹ Cfr. *I documenti del Concilio Vaticano II*, a cura di K. RAHNER - H. VORGRIMLER, 7 ed., Roma 1968, pp. 112-114; J. ESTRADA, *La Iglesia: identidad y cambio. El concepto de Iglesia: del Vaticano I a nuestros días*, Madrid 1985, pp. 67-70.

³² CIC del 1983, can. 1254, § 1: «*Ecclesia catholica bona temporalia iure nativo, independenter a civili potestate, acquirere, retinere, administrare et alienare valet ad fines sibi proprios prosequendos*». Sul punto si rinvia a C. BEGUS, *Diritto patrimoniale canonico*, Città del Vaticano 2007, pp. 27-48.

³³ CIC del 1983, can. 1311: «*Nativum et proprium Ecclesiae ius est christifideles delinquentes poenalibus sanctionibus coercere*». Cfr. R. BOTTA, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, Bologna 2001, pp. 12-18; M. RIONDINO, *Le sanzioni nella Chiesa*, in *Manuale . . .*, cit., pp. 253-267: 255-256; M. J. ARROBA CONDE - M. RIONDINO, *Introduzione al diritto canonico*, 2 ed., Milano 2017, pp. 167-185: 169-170.

³⁴ CIC del 1983, can. 1401: «*Ecclesia iure proprio et esclusivo cognoscit: 1° de causis quae respiciunt res spirituales et spiritualibus adnexas; 2° de violatione legum ecclesiasticarum deque omnibus in quibus inest ratio peccati, quod attinet ad culpae definitionem et poenarum ecclesiasticarum irrogationem*». Cfr. M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico . . .*, cit., pp. 93 ss.; IDEM, *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, Roma 2016, pp. 43-47; M. J. ARROBA CONDE - C. IZZI, *Pastorale giudiziaria e prassi processuale nelle cause di nullità del matrimonio*, Cinisello Balsamo (Milano) 2017, pp. 47-59.

³⁵ Cfr. P. GHERRI, *Lezioni di Teologia del Diritto canonico*, Città del Vaticano 2001, pp. 225-238; A. IACCARINO, *Introduzione al diritto canonico*, in *Manuale . . .*, cit., pp. 13-28: 26-27; IDEM, *Discernimento e pluralismo. Spunti di riflessione all'origine del senso della giustizia*, in «*Apollinaris*» LXXXVII (2014) 583-606: 589-597; IDEM, *Il principio di equità alla prova della giurisdizione. Una certezza “altra”*, in «*Vergentis*» 4 (2017) 325-346.

canonico con gli altri ordinamenti giuridici³⁶, specialmente nell'ambito delle organizzazioni internazionali dove la Chiesa svolge un ruolo relevantissimo³⁷.

Cosa ci mostra, allora, questa continuità; questa "tenuta", cioè, dei principi giuspubblicistici all'interno del Codice vigente nonostante le giustissime esigenze di rinnovamento, in termini di codificazione, emersi nel Concilio Ecumenico Vaticano II? Mostra, a mio avviso, l'impatto culturale e giuridico di tali principi per la scienza canonistica e per il diritto della Chiesa; principi che a sua volta, come emerge diffusamente dai lavori scientifici dalla scuola giuridica lateranense, trovano un luogo di effusione privilegiato "dal" e "nel" nucleo normativo della *norma missionis*³⁸. In altre parole, ciò che emerge è la "cultura giuridica" dello *ius publicum ecclesiasticum*.

Una "cultura giuridica" che mette in luce come la corretta chiave di lettura dell'odierno *ius publicum ecclesiasticum* sia quella della "funzione cooperativa" in tema di relazioni fra Chiesa e Comunità politiche – tenendo il n. 76 della Costituzione Pastorale *Gaudium et Spes* come linea-guida per la loro determinazione³⁹ – e non, com'è stato recentemente scritto, quella del «compito difensivo inerente a questa disciplina giuridica»⁴⁰. Viceversa, puntando cioè sulla funzio-

³⁶ Si veda, ad esempio, F. CAPONNETTO, *Il diritto del fedele alla legalità della pena: profili comparativi*, Città del Vaticano 2014; IDEM, *Introduzione allo studio delle esperienze giuridiche. Parte prima. Sistemi giuridici comparati*, Roma 2016, pp. 399-451; IDEM, *Introduzione allo studio delle esperienze giuridiche. Parte seconda. Istituzioni di Diritto Privato Comparato*, Roma 2017, e ivi bibliografia indicata. Sull'influenza del diritto canonico negli ordinamenti europei e sullo sviluppo del diritto inglese si veda, L. CAVALAGLIO, *Il munus del trustee tra Diritto canonico, common Law e civil Law*, in «*Apollinaris*» LXXXVII (2014) 131-148: 133-135. Sul rilevante ruolo del diritto canonico per il diritto civile, in particolare in tema di fondazioni, si rinvia a L. CAVALAGLIO, *La fondazione fiduciaria: struttura e funzione della destinazione patrimoniale*, Padova 2017, pp. 155 ss. Nell'ambito della comparazione dei sistemi processualistici si rimanda al lavoro di E. DI BERNARDO, *Modelli processuali e diritto probatorio civile. Elementi di common law, civil law e di diritto canonico*, Città del Vaticano 2016.

³⁷ Si veda, per esempio, V. BUONOMO, *Il diritto della Comunità internazionale*, Città del Vaticano 2010; IDEM, *La tutela dei diritti dell'uomo strumento dell'integrazione europea*, in V. BUONOMO – A. CAPECCI, *L'Europa e la dignità dell'uomo. Diritti umani e filosofia*, Roma 2014, pp. 11-114; V. BUONOMO, *Fraternità e relazione nel diritto della comunità internazionale*, in *I sentieri del giurista sulle tracce della fraternità. Ordinamenti a confronto*, a cura di A. COSSEDDU, Torino 2016, pp. 175-195.

³⁸ Cfr. M. J. ARROBA CONDE - M. RIONDINO, *Introduzione ...*, cit., p. 69.

³⁹ Diversamente da uno stimato collega che indica il n. 76 della Costituzione Pastorale *Gaudium et Spes* ancora come "traguardo" (J.-P. SCHOUPE, *Dal ius publicum ecclesiasticum alla disciplina postconciliare dei rapporti tra Chiesa e comunità politica*, in «*Ephemerides Iuris Canonici*» 57 (2017) 343).

⁴⁰ *Ibidem*. Sull'imprescindibile necessità, invece, di valorizzare la "funzione cooperativa" della disciplina denominata *ius publicum ecclesiasticum*, si veda M. NACCI, *Chiesa e Stato ...*, cit., p. 144. Tale funzione acquisisce un valore ancora più profondo ponendo l'attenzione alle parole di saluto che Papa Francesco ha indirizzato ai partecipanti al XVI Congresso Internazionale di Diritto Canonico organizzato dalla *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo*: "come ogni Concilio, anche il Vaticano II è desinato ad esercitare in tutta la Chiesa un'influenza lunga nel tempo. Dunque,

ne “difensiva” anziché su quella “cooperativa” del diritto pubblico ecclesiastico, si corre il rischio di una configurazione dell’ordinamento giuridico canonico non rispondente ai “segni dei tempi” di questa epoca post-moderna⁴¹. Oppure, utilizzando un’espressione cara agli storici del diritto, una configurazione “tridentina” della Chiesa e del suo diritto oggi sicuramente non accettabile⁴².

il diritto canonico può essere uno strumento privilegiato per favorire la recezione nel corso del tempo e nel susseguirsi delle generazioni. Collegialità, sinodalità nel governo della Chiesa, valorizzazione della Chiesa particolare, responsabilità di tutti i *christifideles* nella missione della Chiesa, ecumenismo, misericordia e prossimità come principio pastorale primario, libertà religiosa personale, collettiva e istituzionale, laicità aperta e positiva, sana collaborazione fra la comunità ecclesiale e quella civile nelle sue diverse espressioni: sono alcuni tra i grandi temi in cui il diritto canonico può svolgere anche una funzione educativa, facilitando nel popolo cristiano la crescita di un sentire e di una cultura rispondenti agli insegnamenti conciliari” (FRANCESCO PP., *Messaggio del Santo Padre Francesco in occasione del XVI Congresso Internazionale della Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo*, 30 settembre 2017, in www.vatican.va/content/francesco/it/messages/pont-messages/2017/documents/papa-francesco_20170930_codice-diritto-canonico.html, consultato il 12 dicembre 2017).

⁴¹ Per una prima configurazione sui “segni dei tempi” cui deve tener conto la scienza giurispubblicistica nella post-modernità, in modo speciale la globalizzazione tanto sociologica quanto giuridica, si consenta il rinvio a M. NACCI, *Chiesa e Stato . . .*, cit., pp. 155-158.

⁴² E, in modo particolare, dopo il discorso di Papa Francesco agli studenti e al mondo accademico di Bologna (1 ottobre 2017) dove ha richiamato la necessità che le aule universitarie siano “cantieri di speranza” (FRANCESCO PP., *Incontro con gli studenti e il mondo accademico. Discorso del Santo Padre*, 1 ottobre 2017, in www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/october/documents/papa-francesco_20171001_visita_pastorale-bologna-mondoaccademico.html, consultato il 12 dicembre 2017). In tal senso, sono fermamente convinto che il mondo accademico, che rispetto allo *ius publicum ecclesiasticum* contribuisce alla determinazione di teorizzazioni circa la strutturazione delle relazioni fra la Chiesa e le comunità politiche, debba allontanarsi ancora più nettamente da una presentazione e da uno studio della materia giurispubblicistica in chiave “difensiva”.

IL CIC 1917 E LE CODIFICAZIONI EUROPEE: ECCEZIONALITÀ O SPECIALITÀ?

Lorenzo Cavalaglio*

SOMMARIO: 1. Un “codice”. La portata della nozione. – 2. Un codice “di diritto canonico”. Le implicazioni di una scelta.

1. UN “CODICE”. LA PORTATA DELLA NOZIONE

La questione della natura della codificazione canonica del 1917 può essere affrontata sotto un profilo strettamente giuridico (in particolare comparatistico, anche in ossequio alla tradizione incarnata dall'*Institutum Utriusque Iuris* dell'Università Lateranense), cercando di inquadrare le caratteristiche che distinguono il primo codice della Chiesa – se lo distinguono, e in quale misura – dagli altri prodotti del movimento di codificazione che negli scorsi due secoli ha investito il mondo di *Civil Law*: inequivocabilmente intrecciandosi con il fenomeno (culturale e per molti versi politico e sociale) del positivismo giuridico, ma spesso distinguendosi da esso; talora anticipandolo e comunque superandolo (non solo da un punto di vista cronologico, ma anche di impostazioni e finalità).

Nel far ciò, occorre muovere da una breve precisazione di carattere terminologico, non potendosi, nell'esame della nozione di “codice” come nell'analisi di ogni concetto giuridico, prescindere da una previa chiarificazione del suo senso specifico e della sua portata applicativa¹.

Tale preliminare approfondimento, se è naturalmente implicato nel metodo giuridico (del quale costituisce ineludibile premessa teorica e condizione stessa

* Pontificia Università lateranense.

¹ Il linguaggio è infatti uno strumento, e il gioco dell'interpretazione deve essere definito dalle regole: pertanto, come ricordava L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, Torino 2009, p. 198, «sembra che – se l'identità non è accidentale, inessenziale – l'uso della medesima parola, del medesimo pezzo, abbia uno scopo. E che lo scopo sia di poter riconoscere il pezzo e sapere come si debba giocare [...] se stiamo parlando di una possibilità logica, allora l'identità dei pezzi fa veramente parte del giuoco».

dell'approfondimento pratico²), a maggior ragione deve essere attuato nella valutazione, all'interno dell'ordinamento canonico, di nozioni di diretta provenienza "civilistica". A prescindere, infatti, dall'indubbia influenza che il diritto civile ha spiegato sulle istituzioni ecclesiali fin dalla loro prima comparsa e strutturazione e volutamente trascurando, perché inguaribilmente affette da un latente e ricorrente antiggiuridismo, le critiche al presunto "snaturamento" che il diritto canonico avrebbe subito attraverso la recezione delle categorie giuridiche comuni agli altri ordinamenti (percepite come eccessivamente "tecniche"; critiche non infrequenti, paradossalmente non solo in ambito protestante), non possiamo dimenticare che le correnti elaborazioni teoriche e la prassi legislativa degli stati incisero in modo decisivo nell'opzione codicistica adottata dalla Chiesa, con implicazioni reciproche tra i due ambiti (quello canonico e quello "civile") che è financo superfluo descrivere in dettaglio.

Ciò ovviamente non significa affermare, neppure in modo implicito, che il diritto canonico abbia mutuato come tale il concetto di "codice", senza che la dottrina, la prassi, le istituzioni e, non ultime, le finalità peculiari dell'ordinamento della Chiesa ne abbiano modificato profondamente l'accezione³ e, talora, gli stessi contenuti.

Ebbene, non può non ricordarsi in proposito che, se l'idea di "codificazione" è rimasta sostanzialmente estranea alle esperienze giuridiche occidentali fino alla Rivoluzione, erano comunque «presenti dei "codici", ovvero delle raccolte ordinate di regole riguardanti determinati settori dell'ordinamento»⁴, in particolare quello delle procedure. Si trattava tuttavia di *consolidazioni*, di certo non sconosciute al diritto canonico, piuttosto che di *codici* nel senso moderno: mancavano quelle ispirazioni di fondo, essenzialmente incentrate sulla generalità della legislazione scritta e sulla esclusività della riserva statale della sua produzione, che condussero molti codificatori (con significative eccezioni) a escludere la vigenza delle consuetudini, a fissare la gerarchia delle fonti in modo rigoroso eliminando la possibilità di integrazione da parte della dottrina

² A proposito dello studio dei concetti giuridici, P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969, p. 3 notava appunto che «in sintesi il problema, nella sua prima e più semplice formulazione, si riduce ad essere un problema di significato, del significato di una parola storicamente data [...]. Ma cosa significhi (e come significhi) una parola non è questione di tutto riposo: essa coinvolge una serie complessa di operazioni mentali, tutte gravitanti attorno al linguaggio e ai suoi diversi livelli costitutivi. La storia di una parola è la storia del linguaggio che la ospita, e il significato di essa si risolve metodologicamente nella *semantica* di quest'ultimo».

³ D'altronde, come ricordava già M. BLOCH, *La società feudale*, Torino 1999, p. 4 «le parole sono come monete molto usate: a forza di circolare di mano in mano, perdono il loro rilievo etimologico».

⁴ G. ALPA, *Trattato di diritto civile. I. Storia, fonti, interpretazione*, Milano 2000, p. 7.

o della prassi, addirittura a pretendere la successiva immodificabilità delle disposizioni consacrate nel testo.

La distinzione tra “codice” in senso stretto (strumento di reperibilità delle norme, essenzialmente attinente al piano delle fonti di cognizione e ispirato al bisogno di certezza, presente fin dall’epoca romana e tuttora incarnato dai c.d. “testi unici” di sistemazione e riassunto di disposizioni normative proprie di ambiti specifici) e “codificazione” (collegata a una precisa ideologia emersa nel XVIII secolo, finalizzata non più soltanto a ordinare il diritto, bensì a *innovarlo*⁵, semplificandone comunque la conoscenza, ma anche e soprattutto la produzione e l’attuazione, liberandolo così da incertezze applicative e da difformità interpretative) riflette pertanto una pluralità di esigenze, che non si escludono reciprocamente, ma si completano e convivono nei codici dell’età moderna⁶: esaustività del dettato normativo (espressa al massimo dai codici c.d. “integrali”, come quello prussiano del 1794), certezza del diritto, sovranità del potere statale.

Va anche notato che la scelta di codificare il diritto (o un suo particolare settore: e in ciò consiste un’altra differenza del diritto canonico con gli altri ordinamenti, che hanno ovunque optato per separate codificazioni: per il diritto privato, per quello penale, per quelli processuali, etc.), non gode di una corrispondenza biunivoca con i sistemi giuridici della famiglia romano-germanica, a torto considerata spesso imprescindibile, anche se più che sufficientemente giustificata dalla realtà storica⁷: a tacer d’altro, non solo perché i sistemi di *Civil Law* hanno proceduto alla codificazione solo in un momento assai recente della loro evoluzione (alcuni, addirittura nella seconda metà del ‘900), ma anche perché forme almeno parziali di codificazione sono presenti in molti ordinamenti ascrivibili alla tradizione di *Common Law*, per tacere dei sistemi c.d. misti.

⁵ Come ricorda J-P. DUNAND, *Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de code*, in *Le code civil français dans le droit européen*, a cura di J-P. DUNAND e B. WINIGER, Bruxelles 2005, p. 7 «c’est au cours du XVIII siècle que va naître une véritable idéologie de la codification sous les efforts conjugués de l’école moderne du droit naturel et du mouvement des Lumières. Il ne s’agit désormais plus seulement d’ordonner et de clarifier le droit, mais de le changer».

⁶ A. GAMBARO, voce *Codice Civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, UTET, 1988, p. 444 nota giustamente che comunque «quando si discorre di “codice” nel contesto del discorso sistemologico, o nel contesto del discorso storico, o infine nel contesto del discorso istituzionale, si allude invariabilmente al codice civile. Invero l’opposizione tra sistemi codificati e sistemi non codificati viene orchestrata in riferimento alla vigenza, o non vigenza, di un codice civile, mentre si considera del tutto ininfluenza la presenza di codici penali o di codici di procedura».

⁷ A. GAMBARO, voce *Codice Civile*, cit., p. 443 ricorda infatti che tali ordinamenti «possono essere raggruppati insieme proprio perché in un certo momento della loro tradizione storica si sono decisamente orientati verso la codificazione».

In genere, comunque, i codificatori europei guardavano con ostilità «alle fonti giuridiche rivali, come la consuetudine e il case law»⁸, volevano limitare il ruolo del giudice a quello di “*bouche de la loi*”, imputavano alla pluralità delle opinioni dei dottori «la babele interpretativa delle leggi, l’oscurità del dato normativo, la frammentarietà e la prolissità dei testi»⁹: come potevano queste esigenze, che ormai sono state da tempo accantonate nella riflessione giuridica, ma erano vive e operanti nel pensiero coevo all’elaborazione del CIC 1917, conciliarsi con un sistema giuridico “integrato” come era (ed è) quello canonico, che assume il diritto naturale quale legittimazione ultima delle norme e rimane intrinsecamente alieno da una visione puramente autoritativa dell’ordinamento, anche perché ancorato a un (necessario) fondamento metagiuridico? Soprattutto, potevano tali esigenze, che dalla metà dell’ottocento iniziano a essere chiaramente percepite (e talora propugnate) nella Chiesa, incrinare lo stretto rapporto che il diritto canonico ha con la sua storia, la tradizione, la prassi senza incidere profondamente (in ipotesi, addirittura snaturandolo) sull’oggetto della codificazione o al contrario, ove trascurate, rendere il codice eccezionale rispetto ai modelli coevi?

In effetti, la scelta del codice non era neutra o meramente tecnica, bensì sottintendeva l’adesione a quella “nuova” accezione del termine che costituisce un portato dell’Illuminismo giuridico e del suo indiretto (e in larga parte mentitoro, perché con esso in frequente contraddizione) portato rappresentato dalla Rivoluzione: attraverso tale rilettura la nozione di codice (fino ad allora meramente tecnica, per così dire) diviene espressione di una rottura insanabile con il diritto di *Ancien Règime* e con la lunga storia continentale dello *ius commune*, abbandonando (almeno nella volontà del legislatore), assieme all’indubbia incertezza e frammentarietà dell’ordinamento, la concretezza e la flessibilità del diritto tradizionale in favore di soluzioni nette, ma rigide e soprattutto non derogabili (ove non espressamente consentito) dalla prassi e dal pluralismo delle fonti.

Nasceva così, per usare un’espressione cara a Paolo Grossi, l’assolutismo giuridico (che nel frattempo è ormai defunto, nell’epoca postmoderna della globalizzazione, tra prassi variegata, casistica incontenibile, circolazione dei modelli che in una decodificazione ormai assodata da decenni hanno frantumato il monismo dell’età moderna): veramente, però, esso si tradusse in questi termini e con questa forza dirompente (anche) nel CIC 1917?

⁸ R.C. VAN CAENEGEM, *Introduzione storica al diritto privato*, a cura di M. ASCHERI, Bologna 2004, p. 151.

⁹ G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari 2000, p. 37.

2. UN CODICE “DI DIRITTO CANONICO”. LE IMPLICAZIONI DI UNA SCELTA

Indubbiamente il primo codice della Chiesa possiede molte delle caratteristiche proprie delle codificazioni e tipiche di esse, rappresentando anch'esso una cesura storica con il passato e un'opzione netta per la certezza del diritto: come giustamente si è sottolineato¹⁰, infatti, sulla decisione favorevole alla redazione del codice pesarono sia la ferma volontà del regnante Pontefice (Pio X), sia ragioni politiche (di confronto con gli Stati liberali), ma a determinarla furono soprattutto motivazioni giuridiche. Il modello codicistico veniva identificato «come lo strumento in quel momento più idoneo per stabilizzare il diritto canonico, per restituire certezza alle norme, per garantire l'applicazione della disciplina nei diversi ambiti in cui si esercita l'attività potestativa della Chiesa»¹¹.

La scelta, pertanto, non era esclusivamente formale: la tecnica giuridica adottata sottintendeva una precisa curvatura ideologica, tanto più marcata quanto diffusa era in Europa l'idea che la codificazione rappresentasse una necessità tecnica e culturale irrinunciabile per gli ordinamenti moderni: tuttavia, il prodotto della lunga gestazione differiva sensibilmente dagli altri codici adottati nei sistemi civilistici, per una più generale motivazione attinente all'effettiva portata innovativa delle codificazioni, ma soprattutto per le irrinunciabili ragioni implicate dall'oggetto della codificazione, ovvero dal diritto canonico.

Sotto il primo profilo, bisogna notare che la descrizione delle dirompenti novità rappresentate dai codici europei patisce una sottesa (ri)costruzione ideologica, influenzata piuttosto dalla contemporanea diffusione del positivismo giuridico e dal radicarsi della scuola esegetica a seguito dell'entrata in vigore del *Code Civil*. In realtà, come è noto che i codici (a partire da quello francese, sebbene il dato sia più evidente nel BGB e nella codificazione svizzera) non poterono certo fare *tabula rasa* dei crittotipi dottrinali, della stratificazione delle prassi, delle elaborazioni giurisprudenziali¹² preesistenti, allo stesso modo non si può far coincidere la lunga storia delle codificazioni (pervenuta sino ad oggi, nonostante gli imponenti cambiamenti sociali, economici, politici) con un paradigma interpretativo (quello meramente esegetico, collegato alla visione “assolutista” delle nuove normative).

¹⁰ Nel fondamentale studio di C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica. Il Codex iuris canonici (1917)*, II, Milano 2008, pp. 639 ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 677.

¹² A. GAMBARO, voce *Codice Civile*, cit., p. 445 nota che «in realtà nessuna delle esperienze continentali ha potuto edificare un diritto del tutto nuovo senza attingere al proprio patrimonio sapienziale».

Non va inoltre dimenticato che, al di là delle declamazioni, talvolta addirittura pittoresche, *l'école de l'exégèse* fu in realtà anch'essa «una sapiente miscela di tradizione giuridica, tecnicismo sistematico, riguardo alle necessità del mercato, e precomprensione di una certa equità delle soluzioni pratiche»¹³: non esclusivamente letterale, quindi, ma soprattutto non troppo distante nei suoi esiti applicativi da quanto successivamente invalso con le codificazioni più recenti e con l'evoluzione della prassi e dei canoni ermeneutici.

Venendo quindi alla seconda delle ragioni che ci fanno risolvere il quesito posto inizialmente nel senso della (mera) *specialità* del CIC 1917 (e non della sua eccezionalità) rispetto alle altre codificazioni, è vero che, secondo l'illustre opinione di Paolo Grossi, l'opzione attuata da Gasparri tradirebbe un implicito parallelismo tra *societates iuridice perfectae*, che consentiva (e quasi, imponeva) di instaurare una simmetria tra gli ordinamenti statali (che in Europa avevano optato quasi generalmente per la codificazione) e quello della Chiesa (a riprova di tale atteggiamento imitatorio, si citano «non soltanto la scelta ossessiva per il Codice come schema ordinante, ma altresì l'attingimento copioso alle soluzioni tecniche affermate in codificazioni statuali») ¹⁴. Eppure, come ricorda lo stesso Maestro, il Codice era il codice della tradizione, costituiva un «frutto genuino di otto secoli di tradizione canonistica», i quali «sembravano decantarsi nei canoni del piano-benedettino, nelle sue coerenze architettoniche, nel suo rigore concettuale, nella sua scarnità di dettato, ma soprattutto nella consapevole separazione tra fatto teologico e proposizione giuridica, che conduceva a una sorta di dottrina pura del diritto canonico completamente liberata da zavorre metagiuridiche» ¹⁵.

Il CIC 1917, quindi, non rinuncia affatto all'apporto della tradizione, rifiutando l'idea autoreferenziale dello strumento codicistico: non solo nega esclusività alla *lex scripta*, ma la subordina all'*aequitas* e le impone possibili limitazioni dovute all'applicazione di istituti tradizionali (su tutti, la dispensa) che si pongono in diretta contraddizione con la concezione imperativa della norma astratta propria del modernismo giuridico.

Il pluralismo tipico dell'ordinamento canonico tocca anche il convincimento dell'autosufficienza della nuova legislazione, diffuso nelle codificazioni europee: alla consuetudine, infatti, viene comunque riservato uno spazio importante, sia per il passato (possono essere tollerate quelle centenarie non

¹³ A. GAMBARO, voce *Codice*, cit., p. 451.

¹⁴ P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, ora in IDEM, *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÈ, Milano 2013, p. 181.

¹⁵ P. GROSSI, *Novità e tradizione nel diritto sacro. Dall'uno all'altro codice di diritto canonico*, *ibidem*, pp. 198-199.

riprovate, sono ammesse quelle *praeter ius*), sia per il futuro (equiparate alla legge e possibili strumenti interpretativi). Soprattutto, però, è il can. 20 che abbatte il dogma della completezza tipico delle codificazioni statuali, aprendo espressamente a fonti estranee al testo normativo: dall'analogia ai principi generali, dall'equità alla prassi, fino all'*opinio doctorum*. Viene così ad essere respinto l'assunto programmatico dell'unicità del diritto scritto che la modernità collegava direttamente «all'idea di razionale completezza ed organicità del Codice», secondo il quale «il Codice contiene tutto l'universo giuridico ed è atto a risolvere ogni conflitto [...] senza necessità di fonti suppletive o apporti giurisprudenziali»¹⁶.

Il richiamo alla *traditio* canonica effettuato nel can. 6 e la fondamentale apertura alle fonti esterne sancita dal can. 20 si pongono pertanto quali baluardi inequivocabili della natura "speciale", ma non eccezionale della codificazione: presenti con simile, ma non pari ampiezza solo nello ABGB austriaco (atipico tuttavia tra i codici di età moderna, per impianto generale e soluzioni concrete) e nel Codice Civile elvetico, si sono tuttavia fatti strada successivamente negli ordinamenti europei, rendendo le peculiarità tipiche del Codice (e del diritto canonico) fenomeni sempre meno rari nei sistemi continentali.

Specialità, allora, e non *eccezionalità*, per un testo che formalmente si presentava sicuramente come un codice in senso moderno, quindi non una compilazione di testi normativi, né una consolidazione, innovando nella semplificazione delle disposizioni: diverso tuttavia per presupposti ideologici, per opzioni metodologiche (solo parzialmente innovativo della legislazione precedente, rifiutava l'assunto della completezza del sistema legislativo), per finalità (anche pratiche e pastorali, importando quindi una particolare attenzione alle esigenze singolari), soprattutto per la contemporanea apertura verso principi giuridici superiori e nei confronti dell'evoluzione pratica, storica e casistica dell'ordinamento.

La Chiesa si avvale della forma del codice, sfruttò a suo favore la stessa ideologia giuridica della modernità, compattando attorno alla gerarchia la propria organizzazione attraverso norme nitide, certe, financo rigide: così chiudendo con un perfetto prodotto giuridico l'epoca tridentina, che qualche secolo prima aveva costruito un mirabile edificio teologico fondato sulla nettezza dogmatica.

Negare l'importanza fondamentale del CIC 1917 per l'ordinamento della Chiesa (e la coerenza con il suo sviluppo secolare), criticarne la natura schiettamente giuridica, metterne in evidenza presunti difetti strutturali (al di là, ovviamente, degli innegabili limiti, essenzialmente derivanti da una tripar-

¹⁶ P. GHERRI, *Canonistica, codificazione e metodo*, Città del Vaticano 2007, p. 43.

tizione – curiosamente, però, molto “tradizionale” – della quale soffrirono soprattutto i canoni sui sacramenti), allora, appare non solo antistorico, ma soprattutto consono al tentativo, diffuso dalla seconda metà del secolo scorso, di “teologizzare” il diritto canonico, sostanzialmente privandolo di scientificità (e rendendo contemporaneamente, sia detto *en passant*, un cattivo servizio ad esso e alla teologia).

La precisione concettuale, il rigore giuridico, la geometria della costruzione formale (presenti in misura assai inferiore, va detto, nel codice successivo) inseriscono invece a pieno titolo il Codice del 1917 nel novero delle codificazioni continentali e nello sviluppo del diritto europeo: non a caso esso contribuì a mantenere per decenni il diritto canonico nel circuito comparatistico, dal quale invece le opzioni latentemente o palesemente anti-giuridiche, riemerse nella canonistica proprio con le critiche alla codificazione piano-benedettina, lo hanno progressivamente allontanato.

Nel far ciò, il CIC 1917 indirettamente confermava una costante del ruolo dell’ordinamento della Chiesa, ovvero l’esistenza di un imprescindibile rapporto di mutuo e costante arricchimento tra esso e la cultura giuridica in generale. Proprio tale relazione impedisce, pur nella sottolineatura della peculiarità del diritto canonico (corretta, per molti versi: poiché dovuta all’imprescindibile natura gerarchica dell’ordinamento ecclesiale e alla sua fondamentale eterodeterminazione), di affermarne una presunta differenza *ontologica*: al contrario, ne conferma l’essenza rigorosamente *giuridica*, portato di una complessa evoluzione storica e di un’innegabile “contaminazione” sistematica¹⁷. Non può dimenticarsi, infatti, che il diritto canonico si è formato e ha vissuto nel costante rapporto con le altre esperienze giuridiche: in ciò non solo mutuando, in una relazione che è sempre stata biunivoca, istituti, nozioni, mentalità¹⁸, ma contribuendo in modo decisivo allo sviluppo dei grandi sistemi contemporanei e costituendo, in definitiva, “un lievito per tutta la civiltà occidentale”¹⁹.

¹⁷ Chiarissimo J. Passicos, *Droit canonique et droit comparé aujourd’hui. Renouveau d’une problématique?*, in «Revue internationale de droit comparé», 33 (1981) 17-31: p. 30, il quale afferma che «la science comparative montrera comment le droit canonique fait appel aux notions fondamentales de tout droit et comment il les adapte à ses propres finalités [...] Par la science comparative, l’originalité des systèmes apparaîtra dans toute sa dynamique, tandis que l’on évitera les confusions regrettables pour tous ou les trop grands écarts qui rejetteraient en définitive le droit canonique loin du domaine juridique».

¹⁸ L’incidenza del diritto laico sul sistema canonico non è affatto trascurabile, come nota J. Passicos, *Droit canonique et droit comparé aujourd’hui. Renouveau d’une problématique?*, cit., p. 26: «l’influence du droit civil sur le droit canonique est indéniable. On la rencontre principalement dans le domaine des solutions d’ordre technique, mais aussi sur le plan des principes (la technique est rarement neutre!) qui régissent les institutions».

¹⁹ P. Grossi, *Diritto canonico e cultura giuridica*, ora in *IDEM, Scritti canonistici*, cit., p. 232.

IL CODICE DEL 1917 E L'ORIENTE. PRESUPPOSTI STORICI E TEORICI

Federico Marti*

non ob id religio Christiana laeditur si diversi ritus in oriente atque in occidente retineantur: circumdata est enim Ecclesia Dei mira varietate quae potius eius pulchritudinem ornat et auget quam orthodoxae fidei contrarietur

TOMMASO DA GESÙ, *De procuranda salute omnium gentium, Schismaticorum, Haereticorum, Iudaeorum, Sarracenorum, caeterumque Infidelium Libri XII, Sumptibus Viduae et haeredum Petri Belleri sub scutu Burgundiae, Antverpiae, 1613, Lib. VII, Pars II, Cap. VII, p. 502*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'Oriente cristiano nello *ius novum*. – 3. Il contributo della moralistica nell'elaborazione dei criteri interpretativi sul rapporto *mores consuetudinesque orientales* e *ius commune*. – 4. La Congregazione Particolare del 1631. – 5. L'incidenza della risoluzione del 1631 nella riflessione moralistica: il contributo di Angelo Maria Verricelli e Benedetto XIV alla sua diffusione. – 6. Le ultime resistenze rispetto alla presunzione di non soggezione degli Orientali allo *ius commune*: la posizione di Carlo Francesco da Breno. – 7. L'elaborazione del CIC17 can. 1. – 8. Brevi accenni al dibattito dottrinale successivo alla prima codificazione latina. – 9. Alcune considerazioni finali.

1. INTRODUZIONE

Il rapporto tra Codice latino e Oriente cattolico, sin dalla prima codificazione canonica, è risultato uno dei temi di ricerca più difficili per la canonistica moderna e, a partire dal Concilio Vaticano II, ha visto un interesse sempre crescente. In realtà la questione giuridica di fondo, ben diversa da quella che può apparire a chi è permeato da una mentalità codicistica ovvero quali norme del CIC17 si potevano applicare agli Orientali ovvero, per noi oggi, quali norme di un Codice (CIC83 o CCEO90) si applicano ai destinatari dell'altro

* Pontificia Università della Santa Croce.

codice, è molto più complessa e antica: complessa perché il suo rilievo va ben al di là di quello strettamente tecnico giuridico del rapporto tra fonti normative, in quanto chiama direttamente in causa il come nella Chiesa cattolica siano intese ecclesiologicamente, e si attuino canonicamente, le relazioni che le diverse Chiese particolari/locali orientali instaurano tra loro e con la Suprema Autorità; antica perché si poneva ben prima che il fenomeno del c.d. uniatismo emergesse nei termini e nei modi conosciuti dal Concilio di Firenze in avanti.

Obiettivo del presente contributo, perciò, non è tanto quello di analizzare la giurisprudenza pontificia o la dottrina canonica sul CIC17 can. 1, quanto piuttosto di offrire elementi di riflessione non sempre facilmente accessibili a quanti non si occupano di diritto canonico da una prospettiva storica.

2. L'ORIENTE CRISTIANO NELLO *IUS NOVUM*

Il principio ispiratore che sempre ha guidato la Sede Apostolica nelle sue relazioni con l'Oriente cristiano è ben riassunto da Innocenzo IV in una decretale del 6 marzo 1254 al Legato Pontificio riguardo ai vescovi greci del Regno di Cipro ove, sulla scorta del can. 4 *Licet graecos* del Concilio Lateranense IV (4Comp. 3.16.1=X 3.42.6), il Pontefice scrive

Verum quia nonnulli Graecorum iamdudum ad devotionem Sedis Apostolicae redeuntes ei reverenter obediunt et intendunt, licet et expedit, ut mores ac ritus eorum quantum cum Deo possumus tolerantes, ipsos in Ecclesiae Romanae obedientia praeservemus quamquam in his, quae animarum periculum parerent, vel honestati Ecclesiasticae derogarent, nec debeamus illis deferre aliquatenus, nec velimus¹.

Dal testo della decretale si intravede subito quella che sino al secolo scorso è stata l'idea dominante, vale a dire che l'Oriente e le sue specificità sono da considerarsi alla stregua di consuetudini, usi disciplinari e tradizioni liturgiche

¹ INNOCENZO IV, *Sub catholicae professionis fidei* (Potthast 15265). Questo principio è ribadito da Pio IV nel suo breve *Romanus Pontifex* del 1564 ove nel mentre, con fermo rigore e durezza, riconduce gli Orientali cattolici privi di gerarchia propria sotto la piena giurisdizione dei vescovi latini, chiarisce che «per hoc tamen non intendimus quod ipsi Graeci ab eorum Graecanico ritu abstrahantur, vel alias desuper quoquomodo per locorum Ordinarios, aut alios impediuntur», *ibidem*, p. 24. Un'interessante rassegna dei principali documenti pontifici a tutela dell'integrità dei riti greci è offerta da Angelo Maria (Gerolamo) Querini O.S.B. (Arcivescovo di Corfù dal 1723 al 1727, cfr. G. TREBBI, *Querini, Angelo Maria*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2016, vol. LXXXVI, pp. 9-14) nella sua opera *Enchiridion Graecorum, De illorum Dogmatibus, et Ritibus, Romanorum Pontificum Decreta Post Schismatis Epocham edita. Nunc Primum in unum collecta complectitur*, Ex Typographia Archiepiscopali, Beneventi, 1717 (corrigé 1727).

locali particolarmente radicati e caratterizzanti i fedeli che vivono in un dato territorio, e come tali sono da inquadrarsi in rapporto alla legislazione universale. E le consuetudini orientali, in linea generale, non differiscono sostanzialmente quanto alla loro natura dalle consuetudini, usi disciplinari e liturgici esistenti nei vari luoghi dell'Occidente latino². Questo modo di concepire i *mores et consuetudines orientales* ha fatto sì che la canonistica, sino sostanzialmente all'Ottocento, non li consideri un distinto settore di studio; al contrario le tematiche connesse all'Oriente cristiano non ricevono un'attenzione particolare³, e gli scarni riferimenti in genere sono posti a modo di contrappunto della disciplina latina⁴. Un siffatto approccio giustificabile per i canonisti medioevali atteso il periodo storico ed ecclesiale in cui vivono, non appare più comprensibile sin dalla canonistica della prima età moderna operante in contesto profondamente diverso, caratterizzato da una forte spinta missionaria verso Oriente con le sue intricate questioni canonico-politiche e, dopo il Concilio di Trento, dall'avvio di un processo di uniformazione del cattolicesimo che per i cattolici di rito non latino si concretizza nelle note politiche di latinizzazione⁵.

² Sul rapporto Sede Romana e consuetudini locali osserva Ostiense: «[...] Item sequenda est consuetudo Romanae ecclesiae in iudicando si iure agatur sicut infra de senten. et de re iudi. in causis (X 2.27.19) et sic intellige contraria supradicta. In aliis autem quaelibet ecclesia potest sequi suam consuetudinem specialem, quia consuetudo unius ecclesiae non est alterius contraria consuetudine subvertenda, ut xii. distin. illud breviter (D. 12 c. 4) [...]», ENRICO DA SUSA, *Lectura in X 1.11.1, v. nisi romano pontifici (Henrici de Segusio Cardinalis Hostiensis... In Primo Decretalium commentaria*, Apud Iuntas, Venetiis, 1581, fol. 98rb, n. 1).

³ L'Oriente suscita invece un certo interesse a livello di fonti del diritto, come testimonia la pubblicazione di non poche raccolte e traduzioni di collezioni di diritto bizantino canonico e civile di cui si può trovare parziale rassegna delle edizioni on-line all'indirizzo internet <https://zonaras.wordpress.com/editions-online/>.

⁴ Non di rado si registra una marcata tendenza storico-ricostruttiva più che dogmatica come, ad esempio, in A. DADINE DE HAUTESERRE, *Commentarius perpetuus* (cfr. *Innocentius III Pontifex Maximus seu Commentarius perpetuus in singulas decretales huiusce pontificicis quae per libros v. Decretalium sparsae sunt*, Auctore Antonio Dadino Alteserra, Sumptibus Ludovici Billaine, Lutetiae Parisiorum, 1666).

⁵ La latinizzazione dei riti orientali è il corollario di un principio molto comune tra i teologi e canonisti fino a tempi non molto lontani, quello della *praestantia ritus latini*, secondo cui il rito latino è da ritenersi superiore a tutti gli altri riti orientali non per ragioni di antichità, visto che i riti orientali ne vantano di uguale se non maggiore, ma semplicemente perché è il rito proprio della Sede Apostolica, o più esattamente perché «dignitatem vel praestantiam ipsius Sedis Romanae paulatim in ritum quoque romanum extensam esse putamus», A. PETRANI, *An adsit ritus praestantior*, in «*Apollinaris*», 6 (1933) 74, o come afferma Benedetto XIV nella famosa lettera enciclica *Allatae sunt* del 16 luglio 1755, in *Magnum Bullarium Romanum seu eiusdem continuatio*, Sumptibus Henrici Alberti Gosse, Luxemburgi, 1758, tom. XIX, pp. 151b-166b, «cum Ritus Latinus Ritus sit is, quo utitur Sancta Romana Ecclesia, quae Mater est et Magistra aliarum Ecclesiarum, reliquis omnibus Ritibus preaefferri debet», *ibidem*, p. 156b, § 20. Ecco allora che «il concetto relativo alla *praestantia ritus latini* fu determinato dalla commistione dell'ufficio del Romano Pontefice capo della Chiesa cattolica nella comunione delle Chiese, con il ruolo dello stesso quale Capo della Chiesa latina. La confusione teologica-ecclesiologica aumenta quando nello stesso tempo si facevano coincidere

Come si è detto, la canonistica moderna poco o nulla si interessa all'Oriente e alle sue peculiarità, continuando a considerare il cristianesimo non latino come un insieme di consuetudini locali tollerate per benignità della Sede Apostolica e perciò, se affronta la questione, lo fa in questi termini. Ciò vale anche per uno studio specifico come il trattato di Suarez sulle leggi in cui nemmeno si pone il problema dell'Oriente cristiano sotto il profilo dei suoi rapporti con la legislazione universale⁶. Parziale eccezione al quadro appena delineato è

la Chiesa universale e la Chiesa di Roma con la Chiesa di Rito latino, ritenendole una stessa ed unica entità giuridica, mentre tutte le altre Chiese o altri riti esistenti nella compagine ecclesiale erano solamente tollerati e *minus praestantes*», N. LODA, *Uguale dignità teologica e giuridica delle chiese sui iuris*, in *Nuove Terre e Nuove Chiese, Le comunità di fedeli orientali in diaspora*, a cura di L. OKULIK, Venezia, 2008, p. 40. Benedetto XIV è il Pontefice che più di ogni altro viene in rilievo affrontando questa controversa tematica: prendendo spunto dalla sua costituzione *Etsi Pastoralis*, sovente viene a lui mosso il rimprovero di essere stato tra i papi quello che più avrebbe agevolato la latinizzazione dei diversi riti orientali della Chiesa cattolica. In realtà un'obiettivo valutazione delle concrete misure da lui adottate nel corso del pontificato, fatta tenendo debitamente conto dei limiti legati al contesto culturale in cui Prospero Lambertini è vissuto e si è formato intellettualmente ed umanamente, conduce piuttosto ad un giudizio tutto sommato positivo sulla sua figura ed il suo ministero per quanto riguarda la difesa e la promozione del cattolicesimo di tradizione orientale, cfr. H. HOFFMANN, *De Benedicti XIV latinisationibus in const. "Etsi Pastoralis" et "Inter Multa"*, in «Ephemerides Iuris Canonici», 4 (1948) 9-54. Come è noto, l'ultimo documento pontificio nel quale si rinviene un esplicito richiamo al principio della *praestantia latini ritus*, fatto per giustificare una disparità di trattamento, è una missiva di Pio IX all'arcivescovo di Palermo con cui, rispondendo negativamente alla richiesta fatta dagli Italo-Albanesi affinché fosse concessa la piena libertà di comunicarsi tanto nel rito greco che nel latino, il libero transito da un rito all'altro e la possibilità nelle famiglie di rito misto di poter scegliere quale rito seguire, il Pontefice richiama la tradizionale regola posta da Benedetto XIV in virtù della quale le facilitazioni esistenti per il passaggio o la pratica del rito valgono solo a favore del rito latino e non viceversa per il rito greco, cfr. il n. 4 della lettera *Plura sapienter* dell'11 giugno 1847, in SACRA CONGREGAZIONE PRO ECCLESIA ORIENTALI, *Codificazione Canonica Orientale*, Fonti, Testi Vari di Diritto Nuovo (1550-1902), *op. cit.*, fasc. II, parte seconda, p. 533. L'idea della *praestantia ritus latini* è presente anche nei dibattiti della Commissione Orientale in occasione del Concilio Vaticano I, soprattutto nel corso della seduta XXXII del 9 dicembre 1869, ove detto principio viene riconfermato nella sua validità dalla Commissione, anche se tuttavia «si convenne non essere espediente di formularlo, anche indirettamente nel capo De Ritibus, sia pure che abbia in qualche modo a trasparire da tutto il contesto. L'enunciazione esplicita di questa precedenza non potrebbe essere gradita agli Orientali», MANSI, vol. 50, 84*, (=1140).

⁶ Diversamente Suarez e, in genere, i moralisti dedicano attenzione alla valenza territoriale o personale quando trattano della celebrazione della liturgia eucaristica, cfr. E. HERMAN, *De "Ritu" in Iure Canonico*, in «Orientalia Christiana», 32 (1933) 96-158: pp. 138-151, e più in generale degli altri sacramenti. La riflessione di Suarez sul rapporto tra legge generale e consuetudine locale è comunque interessante, perché offre un'efficace spiegazione alla tradizionale regola canonica per cui lo *ius commune* non deroga in linea generale lo *ius particulare* contrario: «quia eo ipso, quod lex universaliter fertur, facile fieri potest, ut non congruat moribus aut dispositionibus gentium omnium, pro quibus fertur; quod maxime contingere potest in legibus canonicis et pontificiis, quae pro universa Ecclesia dantur; nam Ecclesia complectitur varia regna et provincias habentes various ritus et modus vivendi. Unde licet talis lex regulariter loquendo non sit disconveniens, vel nimis

rappresentata dal grande canonista bolognese Agostino Bero, la cui dottrina su questo specifico punto è di primaria importanza per l'evoluzione del processo storico riguardante le relazioni tra *ius commune* e Oriente; parte delle sue idee divengono, infatti, il riferimento su cui andrà a strutturarsi un diverso modo di guardare al rapporto tra *ius commune* e Oriente che, a partire dal Lorcitano, consentirà l'elaborazione di un nuovo criterio interpretativo ancora oggi perno sui cui ruota il vigente CCEO can. 1492.

La riflessione di Agostino Bero prende avvio quando nel commentare il titolo *De constitutionibus* del *Liber Extra* si pone l'interrogativo se *Graeci idest clerici orientales an sint iuri canonico subiecti*, dal momento che la realtà mostra non pochi casi in cui gli Orientali non rispettano alcune regole in vigore per l'Occidente come il celibato per coloro che sono ordinati *in sacris* e divieto di cumulo dei benefici semplici. Subito risulta evidente il mutamento nell'approccio al tema rispetto al passato, riscontrabile sin dalla scelta delle fonti richiamate per sostenere il ragionamento che non sono più quelle utilizzate dai decretalisti⁷, ma principalmente il *Decretum*, studiato peraltro con il solo ausilio della

dura pro universa Ecclesia, et ideo respectu totius non habet locum supplicatio, nihilominus in uno, vel alio regno, aut provincia potest esse nimis dissentiens a moribus eius et contra consuetudines eius, quas non solent Pontifices velle mutare, nisi id expriment, sed potius conservare, iuxta cap. *Certificari* de sepultur. (X 3.28.9) in tali ergo casu ratio postulat, ut liceat supplicare Pontificem quia scientia eius universalis non potest semper extendi ad haec particularia. Et hoc ipsum est a Pontificibus iure statutum in c. 1 de constit. in 6 (VI 1.2.1), ex quo videtur colligi, absque alia supplicatione a lege pontificia, ipsam ex vi illius iuris ipso facto non obligare in simili casu; nihilominus tamen fieri potest, ut casus non sit ita clarus et certus, quin sit conveniens nova declaratio Pontificis; ergo in tali casu licita est supplicatio, et iuri consentanea», F. SUAREZ, *Tractatus de legibus ac de Deo legislatore in decem libros distributus*, Lib. IV, Cap. XVI, n. 4, (Ex Typis Fibrenianis, Neapoli, 1872, pars I, p. 362b).

⁷ Tra queste la più famosa è il can. 4 *Licet graecos* del Concilio Lateranense IV (4Comp. 3.16.1=X 3.42.6). Niccolò dei Tedeschi, commentando questa decretale, sostiene l'esistenza di una vera e propria doverosità per la Chiesa romana di accettare gli usi e riti tradizionali di chi ritorna alla fede, la cui diversità non rende certo questi meno validi quando sono accettati dalla Chiesa romana, e sempre a condizione che pregiudichino la fede: «Nota 2 et tene menti, quod ecclesia Romana potest et debet de honestate venientes noviter redeuntes ad fidem tolerare in moribus et ritibus eorum antiquis. Hinc est, quod multi Graeci in Calabria et quibusdam aliis regionibus tolerantur in forma baptismi, et celebrandi, et in multis aliis, in quibus nobiscum non conveniunt. Unde per istam tolerantiam non minus sunt vera eorum sacramenta, dummodo in tantum non differant, quod Deum illis offendant: unde non sunt tolerandi cum periculo animarum et contra honestatem ecclesiae universalis, et haec noto facit quod nota glossa in c. 1 in fine 20 distit (D. 20 c. 1)», NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentarium* in X 3.42.6 *nota 1*, (ed. cit., fol. 251va, n. 2). Dal canto suo, prosegue Panormitano, la Chiesa greca come anche tutte le altre, pur nella loro specificità, devono sentirsi e riconoscersi parte di un solo gregge sotto un unico pastore, il Romano Pontefice: «Tertio nota quod Graeci et aliae nationes debent esse et constituere unum ovile nobiscum. Debent ergo omnes homines esse de ovile Christi: nam ipse dixit fiet unum ovile, et unus pastor, ut habetur in Evangelio, ergo de iure omnes homines sunt sub pastore Ecclesiae, scilicet sub Papa [. . .]. Item nota quod Ecclesia Romana est mater et magistra omnium ecclesiarum. Graeci ergo de iure debent

Glossa ordinaria. Non è possibile dire se sia l'utilizzo della *Concordia* di Graziano quale fonte di riferimento a determinare in Agostino Bero un cambiamento di prospettiva, ovvero sia il cambiamento di prospettiva a spingere il canonista bolognese a ricercare nel *Decretum* un sostegno per la propria opinione, sta di fatto che in tema di rapporti tra *ius commune* e Oriente è ora diversa la fonte di riferimento e la visione di fondo. Venendo a mancare la guida di uno *ius novum* in cui si riconosce agli Orientali il diritto di reggersi secondo le proprie tradizioni salvo il limite della onestà della Chiesa e la salvezza delle anime, si può ora affermare la generale applicazione dello *ius commune* degli Orientali in forza della soggezione di tutti i battezzati al Vicario di Cristo⁸, salva l'unica eccezione che, in casi specifici, questi possono beneficiare di una legittima consuetudine contraria accettata dalla Chiesa di Roma:

et ideo de heresi imputari non possunt quia sua consuetudine usi fuerunt, quam Romana ecclesia scivit et toleravit, ergo in illa tolerandi sunt, tanquam ea a papa tacite fuerit confirmata arg. c. si romanorum xix. disti. (D. 19 c. 1) ubi quod papa adprobat, a nemine reprobandum est, et in simili facit quod voluit glossa in c. gratia de rescript. in vi (VI 1.3.7) loquens de consuetudine, quo duo beneficia simplicia absque dispensatione retineri possunt, quia talem consuetudinem papa scivit et toleravit, ergo generaliter servanda est, ut per Innocen. etiam in c. dudum de electio (X 1.6.54) et in c. [quum] iam dudum de preben. (X 3.5.18)⁹.

Ma il canonista bolognese si spinge oltre, dichiarando ipotesi del tutto eccezionale la possibilità che si dia un diritto per gli Orientali diverso dallo *ius commune* in quanto

haec conclusio sic simpliciter et generaliter posita vera non videtur, quin imo orientales clerici regulariter ligantur iure canonico, alioquin si illud contemnerent heretici censendi essent [...] et hoc probatur ex generalitate huius litere quae dicit ab omnibus statuta canonum custodienda esse et sic neminem excipit: et ideo cum Nicena synodus regulam vivendi generaliter omnibus prefixerit, comprehendere etiam graecos dicitur [...] nec refragatur quod orientales clerici canones recipere noluerunt, quod iura in subditos invitos redduntur sicut iurisdictio [...] ¹⁰.

Riepilogando, con Agostino Bero quella regola di generale esenzione degli Orientali dallo *ius commune* ricavabile in via induttiva dalle varie fonti di *ius novum*, cede il passo ad una opposta presunzione di applicazione generalizzata

cognoscere Papam Romanum pastorem, concordat cap. 2 in fine de Summa Trinita (X 1.1.2)», NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentarium* in X 3.42.6 nota 1, (ed. cit., fol. 251vab, n. 3).

⁸ Da notare che nello scritto di Agostino Bero questo non è affermato *expressis verbis* ma attraverso il rinvio alla *Glossa ordinaria* in D. 20 c. 1; D. 19. 5; C. 25 q. 1 c. 5; C. 25 q. 2 c. 18 ed anche alla *Glossa ordinaria* in VI 1.6.13.

⁹ A. BERO, *In primam partem libri primi decretalium commentarii*, Tit. *De cost.*, Cap. *Canonum*, n. 197 (Hugues de La Port, Lugduni, 1550, fol. 23rab).

¹⁰ *Ibidem*, Tit. *De cost.*, Cap. *Canonum*, nn. 197-198 (ed. cit., fol. 23rb).

dello *ius commune* salvo che in singoli casi sia stata concessa esplicitamente un'eccezione; quanto invece all'altra e parimenti complessa questione di quali effetti abbia sui *mores et consuetudines orientales* la sopravvenienza di uno *ius commune* contrario, tradizionalmente impostata e risolta dalla decretalistica in chiave di rapporto tra diritto comune e diritto locale sul presupposto dell'identità di natura tra riti e tradizioni orientali e occidentali, Agostino Bero tace.

3. IL CONTRIBUTO DELLA MORALISTICA NELL'ELABORAZIONE DEI CRITERI INTERPRETATIVI SUL RAPPORTO *MORES CONSUECUDINESQUE ORIENTALES* E *IUS COMMUNE*

Il rapporto tra legislazione universale e Oriente desta un certo interesse nell'ambito della teologia morale, peraltro a volte non molto attenta a distinguere tra Orientali cattolici e scismatici, venendo affrontato *ex professo* da importanti autori nel trattare il tema della legge in generale¹¹, ancorché non più soltanto

¹¹ Come già detto, sono le problematiche di ordine pratico riguardo all'amministrazione dei sacramenti a richiamare l'attenzione dei moralisti verso il cristianesimo orientale. Esempio in tal senso è il prolifico e controverso teatino Antonino Diana, uno dei principali esponenti del c.d. "lassismo", e famoso per la capacità dialettica con cui, di fatto, riesce a far dipendere dalla valutazione del singolo la moralità di un atto, cfr. P. PORTONE, *Diana, Antonino*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 1991, vol. XXXIX, pp. 645-647). Il moralista siciliano, che pur non manca di trattare problematiche che oggi definiremmo interrituali (cfr. *ad vocem* *l'index generalis* della opera *R. P. D. Antoninus Diana panormitanus... coordinatus seu omnes resolutiones morales eius ipdissimis verbis ad propria loca*, Sumptibus Ioannis-Antonii Huguetan et Guillelmi Barbier, Lugduni, 1680 in 10 tomi), accenna al tema del rapporto tra *ius commune* e Oriente in relazione al clero uxorato; in tale sede si limita, invero in modo sommario, a richiamare il Lorcitano, scrivendo che «communiter Clerici Orientales et Graeci non tenentur legibus Pontificiis, quae de novo emanant pro Ecclesiasticis quia intentio Pontificis non se extendit ad illos ut manifeste colligitur, nam cum in pluribus discrepent a Latinis, nullus tamen ex Pontificibus eos reprehendit et damnat, etiam quando sunt inter Latinos», A. DIANA, *De immunitate Ecclesiastica*, Resol. 153 (ed. cit., tom. IX, pars. I, p. 169b). L'Oriente è del tutto assente nel suo *Tractatus de legibus*, lavoro peraltro di poco pregio, cfr. IDEM, *De legibus* (R. P. D. Antonini Diana panormitani... *Resolutiones morales in tres Partes distributae... editio undecima*, Sumpt. Haered. Gabr. sumptib. Haered. Gabr. Boissat, et Laurentii Anisson, Lugduni 1641, Pars I, n. X, pp. 155b-170a). Anche nell'opera di Fernando da Castro Palao, in particolare nel suo trattato sulle leggi e nel più esteso trattato sulle censure il tema dell'Oriente cristiano risulta assente, cfr. *R. P. Fernandi de Castro Palao Legionensis... operis moralis, de virtutibus et vitiis contrariis, in varios Tractatus et Disputationes Theologicas distributi, pars prima...*, Sumptibus Ioan. Bapt. Devenet in Vico Mercatorio, Lugduni 1656, pars prima, Tract. III, Disp. I, Punct. 24, pp. 113a-125b.

Un'interessante finestra sul dibattito a cavallo del Seicento sul tema del clero uxorato la si può rinvenire in B. PONTIO, *De sacramento matrimonii tractatus*, Lib. VII, Cap. XXIII (R.P. M. F. Basilii Pontii Legionensis... *De sacramento matrimonii tractatus...*, Combi, Venetiis 1645, pp. 312b-317a). Tra i vari autori vale la pena ricordare Pietro da Ledesma perché, pur fermo nel ritenere superiore la regola del celibato sacerdotale, non parla di *consuetudo vel mos tolleratus* in riferimento alla prassi

nei termini strettamente giuridici usati dalla canonistica di rapporto tra *ius commune* e *ius particulare*, ma con modalità nuove. Effetto collaterale di questo passaggio, che ruota intorno alla dottrina di Agostino Bero, è la diminuita importanza delle tradizionali fonti a cui la canonistica fa riferimento nel trattare il tema del rapporto tra *ius commune* e Oriente, non solo per quanto riguarda le soluzioni giuridiche, ma soprattutto rispetto ai loro principi ispiratori, in particolare circa il diritto degli Orientali di vivere secondo i propri usi e consuetudini così ben compendiato dalla *Licet graecos* del Laterano IV. Di fatto, al di là della mancanza di precisione riguardo alle diversità di status e di situazioni rispetto alla fede cattolica in cui possono trovarsi gli Orientali, è la moralistica, specie quella seicentesca, ad elaborare quei criteri generali di relazione tra lo *ius commune* e l'Oriente, che diverranno poi di uso comune nella prassi della Curia romana.

Autore centrale in questo snodo cruciale è il teologo moralista Juan Azor detto il Lorcitano (1536-1603), il cui pensiero è alla base del successivo sviluppo della materia, divenendo autore di riferimento tanto per la dottrina quanto per l'Autorità Ecclesiastica¹². Nelle sue *Institutiones morales*, trattando espressamente la questione del rapporto tra Oriente e *ius commune* mostra un'approfondita conoscenza dell'argomento (a partire dalla consapevolezza che il termine *Graeci* non possa essere utilizzato come riepilogativo di tutto Oriente cristiano¹³), oltre ad un afflato che oggi diremmo ecumenico¹⁴. Quanto al tema oggetto della

orientale, cfr. P. DE LEDESMA, *Tractatus magno matrimonii sacramento*, Quest. 51, Art. 3 (*Tractatus de magno matrimonii sacramento... Authore Fratre Petro de Ledesma*, Apud Marcum Antonium Zalterium, Venetiis 1595, pp. 397a-398a).

¹² Il Lorcitano sarà, infatti, citato in un'importante Congregazione Particolare della S. C. de Propaganda Fide tenutasi il 4 giugno del 1631 di cui si dirà a breve e, inoltre, sarà ricordato da Benedetto XIV nella cost. ap. *Allatae sunt*. Sull'importanza del contributo della teologia morale è ancora di grande utilità lo studio di E. HERMAN, *De "Ritu" in Iure Canonico*, cit., pp. 116-124.

¹³ «unde quod Innocentius III et quidam alii dixerunt Graecos in eo esse errore ut credant in solo vino sine aqua calicem consecrandum: accipiendum est non de veris Graecis, sed de Orientalibus, aliqui enim sunt qui Orientales improprie Graecos appellant», J. AZOR, *Institutiones morales*, Lib. X Cap. XXX (*R. P. Ioannis Azorii Lorcitani... Institutiones morales in quibus universae questiones ad Conscientiam recte aut prave factorum pertinentes...* Apud Antonium Hierat, Coloniae Agrippinae, 1602, p. 891a).

¹⁴ Si prenda, ad esempio, il passo in cui scrive: «Decimo quaeritur, an Catholici tuta conscientia possint interesse Missarum sacrificiis, quae faciunt et offerunt Graeci, Armeni et Rutheni, ubi una cum Latinis permisti commorantur Graeci etc. qui ritu more Graeco rem divinam faciunt, et an Latini eiusmodi Missas et Graecanica sacra adiuventes Ecclesiae praeceptum observent de Missis in diebus festis audiendis? Respondeo, eos tuto posse interesse et Ecclesiae praecepto satisfacere: quoniam Graeci, licet sint notorii schismatici non sunt tamen vitandi quia nec sunt expressum denunciati nec manifesti Clericorum percussores. Ritus etiam Graecanici, in re divina et sacrificiis faciendis sunt Catholici, a sanctis patribus traditi, Basilio nempe, Chrysostomo et aliis: et proinde qui graecanica sacra audiunt, suo officio et Ecclesiae praecepto satisfaciunt. Nam Graeci legitimo

presente ricerca, non si può nascondere che Lorcitano manchi nel munire la propria riflessione di una ampia base dottrinale limitandosi ad utilizzare, oltre Agostino Bero suo punto di riferimento, il Panormitano e la *Glossa ordinaria*, due fonti queste ultime che per quanto autorevoli non esauriscono il panorama della canonistica e peraltro consultate in una sede, il titolo *De constituionibus*, che non è quella dove la decretalistica affronta tale specifico argomento¹⁵. Nemmeno l'aver riscontrato che Panormitano risolve la questione con un mero rinvio alla *Glossa ordinaria* al *Liber Extra* la quale a sua volta «strictim et cursim questionem tractavit», inducono il Lorcitano a consultare altri grandi decretalisti o magari a cercare sotto altri titoli. Più che a pigrizia tale *modus operandi* è con tutta probabilità riconducibile al fatto che il Lorcitano ha già eletto a proprio punto di riferimento Agostino Bero e la sua visione secondo cui gli Orientali sono tenuti allo *ius commune* in forza del principio di generale soggezione di tutti i battezzati al Romano Pontefice.

Dopo aver esposto questa sua impostazione di partenza, Juan Azor invita a far bene attenzione che la soggezione dei Greci e degli Orientali alle costituzioni dei latini è cosa diversa dalla loro soggezione al Romano Pontefice, anche se poi nel dipanarsi del suo ragionamento e, soprattutto, nelle sue conclusioni tale distinzione non riveste grande rilievo. Molto importante per lui è pure la distinzione tra i canoni antichi e le altre disposizioni: i primi certamente di per sé vincolano tanto i latini che i greci, ancorché sia necessario prestare attenzione ad una cosa:

suo more et instituto sacris operantur. Ex Ecclesiae praeceptum non est, ut rem divinam audiamus hoc, aut illo ritu, sed simpliciter ut diebus Dominicis et festis rem sacram audiamus», J. AZOR, *Institutiones morales*, Lib. VIII, Cap. XI (ed. cit., p. 659ab). Juan Azor fonda questa sua idea sul fatto che i greci sono scismatici e non eretici, e «neque eos ritus Ecclesia Latina damnavit, ut constat manifeste», *ibidem*, Lib. VIII, Cap. XX (ed. cit., p. 690b). Atteggiamento analogo si riscontra in merito alla censura dei libri, cfr. *ibidem*, Lib. VIII, Cap. XVI (ed. cit., p. 673b). Per uno studio specifico sul tema si veda C. SANCTUS, *La communicatio in sacris con gli «scismatici» orientali in età moderna*, in *Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, 126 (2014) 325-340, in cui si rileva l'esistenza di un orientamento più restrittivo nella canonistica ed uno molto più aperto nella moralistica seicentesca per la quale «la communicatio con gli scismatici poteva essere vietata per accidens, ma non per se» cfr. *ibidem*, p. 329; solo a partire dal Settecento anche tra i moralisti iniziò ad affermarsi e a prevalere un orientamento più restrittivo, cfr. *ibidem*, pp. 330-335. Lo spirito di apertura del Lorcitano si arresta innanzi al caso dei protestanti, poiché mancano del sacerdozio e della vera eucaristia, cfr. J. AZOR, *Institutiones morales*, Lib. VII, cap. III (ed. cit., pp. 544b-545a), e non cade mai nella *commixtio ritum* che lui ricorda essere vietata, cfr. *ibidem*, Lib. X, Cap. XXXII, (ed. cit., p. 898b). Confuta, inoltre, le critiche di quanti negano l'antichità della prassi del clero coniugato, cfr. *ibidem*, Lib. XIII, Cap. XIII (ed. cit., pp. 1141a-1144a) e, più in generale, *ibidem*, Lib. XIII, Cap. XII, (ed. cit., pp. 1136b-1141a).

¹⁵ In genere la tematica viene studiata dalla decretalistica in rapporto alle decretali *Sane super eo* (X 1.11.2=1Comp. 1.6.2), *Cum secundum* (X 1.11.9=2Comp. 1.7.2), *Quod translationem* (X 1.11.11=3Comp. 1.9.3) e *Quum olim* (X 3.3.6=3Comp. 3.3.2).

nam ex accidenti fieri potest ut Graeci, et Orientales soluti sint, quoniam apud ipsos usu et consuetudine multi canones sunt vel ex parte abrogati, cum tamen eos Latini adhuc more et usu retineant. Deinde, dubitari non potest quin apud Graecos et Orientales multa sint vel usu recepta vel etiam iure antiquo communi introducta longe contraria his quae apud Latinos iure vel usu antiquo servantur»¹⁶.

Il testo riportato è interessante perché, con riferimento alla specificità orientale, invita a tener distinti due aspetti: il primo è la non applicazione agli Orientali dello *ius commune antiquum* tuttora vigente presso i latini, a motivo della sua abrogazione parziale o totale per via consuetudinaria; il secondo è la vigenza presso gli Orientali di norme non esistenti nella Chiesa occidentale ed anzi contrastanti con il suo diritto e consuetudini antiche spiegato da Juan Azor, oltre che con la classica via consuetudinaria, ipotizzando l'esistenza di uno *iure communi antiquo* proprio degli Orientali. Per quanto riguarda il tema delle nuove leggi emanate dai Papi e della loro cogenza, il Lorcitano fa propria l'idea di Agostino Bero di una applicazione generale dello *ius commune* agli Orientali¹⁷. L'evidenza dei fatti, ossia che in non pochi casi questi, tuttavia, non si conformano ad esse, viene spiegata da Juan Azor facendo osservare che è nel pieno diritto dei Romani Pontefici di scegliere se vincolarli o meno quando emana una propria costituzione,

nihilominus tamen decerni et constitui Canones et ferri leges possunt ad Latinos tantum et Occidentales clericos non ad Orientales; quia cum servantur et constituuntur hi aut illi Canones vult Pontifex expresse vel tacite ut Occidentales non Orientales clericos teneat¹⁸

Così dunque Lorcitano può concludere che

Sunt ergo, Graeci, et Orientales, Romano Pontifici, ut Summo Christi Vicario iure divino subiecti, unde eis ius dicendi, leges, et constitutiones ac praecepta dandi, potestatem, et auctoritatem habet [Romanus Pontifex], sed eo iure et potestate non semper utitur nec ad eos leges ferre creditur¹⁹.

Rispetto ad Agostino Bero si registra un passo in avanti decisivo per la futura evoluzione della dottrina canonica su queste tematiche. Infatti a differenza

¹⁶ J. AZOR, *Institutiones morales*, Lib. V, Cap. XI (ed. cit., p. 351b).

¹⁷ «Agustin. Beroius c. *Canonum, de constitutionibus*, nu. 197. hanc quoque questionem movet, et tandem concludit, eos [id est Orientales] teneri. Idque probat ex eo, quod Ecclesia unus corpus constituit, cuius caput est Christus Dominus, et summus Christi Vicarius, qui est Romanus Pontifex, cuius est praesentis cunctis, et cuius auctoritate, et potestate omnes tanquam Christi oves reguntur, atque gubernantur, Canones et decreta Ecclesiae confirmantur», *ibidem*, Lib. V, Cap. XI (ed. cit., p. 351ab).

¹⁸ *Ibidem*, Lib. V, Cap. XI (ed. cit., p. 351b).

¹⁹ *Ibidem*, Lib. V, Cap. XI (ed. cit., p. 352a).

del canonista bolognese, per Lorcitano l'esonero degli Orientali dall'osservanza dello *ius commune* può essere disposto anche in modo implicito e non necessariamente sempre esplicito. Ed è proprio il riferimento al concetto di implicito il grande merito del Lorcitano, perché fa della volontà del Legislatore, anche se solo implicita, il criterio ermeneutico per la risoluzione della questione circa l'applicazione agli Orientali dello *ius commune*, e ciò rappresenta l'apporto più interessante e foriero di conseguenze tanto da essere tuttora accolto nel vigente can. 1492 del Codice orientale. Il guardare al contenuto oggettivo della norma in sé alla ricerca della volontà esplicita o implicita del Legislatore per determinare l'ambito di applicazione dello *ius commune* agli Orientali porta al superamento dei criteri e delle soluzioni tecniche classiche nella dottrina canonica ed efficacemente compendiate nella *Licet Romanus Pontifex* di Bonifacio VIII (VI 1.2.1), a cui invece rimane legato Agostino Bero²⁰.

Altro autore tenuto in alta considerazione nel corso del Seicento è il gesuita Giovanni de Salas, che dedica alla questione *an Greci et Orientales clerici more Graecorum viventes teneantur canonicis Latinorum constitutionibus* una trattazione

²⁰ La decretale *Licet Romanus Pontifex* di Bonifacio VIII (VI 1.2.1) nella quale si formalizzano i criteri interpretativi riguardanti il rapporto tra *ius commune* e consuetudine particolare, salvo l'eccezione di Antonio da Budrio (Cfr. ANTONIO DA BUDRIO, *Commentarium* in VI 1.2.1 (*Antonii a Butrio bononensis iurisconsulti clarissimi... In Sextum Decretalium volumen Commentaria, nunc primum excussa*, Apud Franciscum Zilettum, Venetiis 1575, fol. 1ra-5vb), non viene particolarmente sfruttata dalla decretalistica e dalla canonistica successiva, anche perché di fatto Bonifacio VIII non innova ma raccoglie e sanziona i frutti delle decisioni giurisprudenziali e delle elaborazioni dottrinali ad essa precedenti. Difatti nulla in più rispetto a quanto riportato negli *Apparatus* e nei *Commentaria* in X si rinviene in *Glossa ordinaria* in VI 1.2.1 (*Liber sextus decretalium D. Bonifacii Papae VIII, suae integritati una cum Clementinis et Extravagantibus, earumque Glossis restitutus*, In aedibus Populi Romani, 1582, coll. 10-13), come pure in GIOVANNI D'ANDREA, *Commentarium* in VI (*Ioannis Andreae I. C. bononiensis... In sextum Decretalium librum Novella Commentaria...*, Apud Franciscum Franciscum Senensem, Venetiis, 1581, fol. 4vb e 5rb), e GUIDO DA BAISSIO, *Commentarium* in VI (*Guidonis a Baiisso... In sextum decretalium commentaria...*, Apud Iuntas, Venetiis, 1577, fol. 3vab e 4rb. Più interessante, ma non rilevante ai fini della nostra indagine, è il contributo di GIOVANNI MONACO e FILIPPO BITURICI, *Glossa aurea* in VI, in particolare VI 1.2.1 (*Glossa aurea... cum additionibus (praxi Curiae Romanae mirifice comprobatis) D. Philippi Biturici...*, Apud Ioannem Paruum, Paris, 1535 (rist. an. Scientia Verlag Aalem 1968), fol. 11vb-13va).

In sintesi Benedetto Caetani afferma che una *lex communis* mentre abroga una precedente *lex communis* contraria quantunque non lo dica espressamente, non abroga invece una contraria consuetudine o statuto locale o personale. La spiegazione data dal pontefice è semplice, "quum sint facti et in facto consistant potest probabiliter ignorare: ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare". Richiamando Cino da Pistoia, Antonio da Budrio con acume e chiarezza giustifica la regola posta dal Pontefice dicendo che "quia ex diversitatem locorum tantum non debet induci ius diversum, sed sic ex diversitate rationis in loco surgentis propter morum maioritatem vel actuum hominum diversitatem, quo casu ex diversitate loci inducitur diversitas statuendi, ut in contrario. Et est ratio, quia iura rationem sequuntur ff. de iur. patr. adigere § quamvis (Dig. 37.14.6.2) secundum Cyn.", cfr. ANTONIO DA BUDRIO, *Commentarium* in VI 1.2.1 (ed. cit., fol. 2vb, n. 38 e n. 39).

ex professo, ancorché poi in definitiva il suo apporto reale alla riflessione dottrinale sia di minima importanza in quanto si limita a richiamare *ad litteram* parti del Lorcitano²¹.

4. LA CONGREGAZIONE PARTICOLARE DEL 1631

Nel corso dei primi decenni del Seicento iniziano ad arrivare a Roma richieste di chiarimenti in relazione a questioni concrete connesse al rapporto tra *ius commune* e Oriente, in particolare sull'applicazione in Oriente del complesso regime di censure e riserve disposte dalla Sede Apostolica con provvedimenti di natura generale. Il tema è tutt'altro che pacifico²².

²¹ Cfr. I. DE SALAS, *Tractatus de legibus*, Quaest. XCVI, Tract. XIV, Disp. XIV, Sect. XV (R. *Patris Ioan. de Salas, gumielensis e provincia castellana, societatis iesu, Tractatus de legibus, in primam secundae S. Thomae...*, Ex Officina Ioannis Gabiano, Lugduni, 1611, p. 362ab, n. 130).

²² Oltre alla dottrina sopra ricordata, uno spunto interessante si rinviene nel frontespizio collocato tra le pagine 28 e 29 dell'edizione a stampa della *Perbrevis instructio super aliquibus ritibus graecorum*, la pubblicazione edita ai fini della promulgazione/divulgazione a cura della Congregazione per la riforma del rito greco (cfr. *Perbrevis instructio super aliquibus ritibus graecorum ad RR. PP. DD. Episcopos Latinos, in quorum Civitatibus, vel Dioecibus Graeci, vel Albanenses Graeco ritu viventes degunt. Ac literae quaedam Apostolicae ad ipsos Graecos et eorum ritus pertinentes*, Apud impressores camerales, Romae 1597; qui si è utilizzata la seconda ristampa Ex Typis S. C. de Propaganda Fide, Romae, 1671, pp. 10-19), dell'*Instructio super aliquibus ritibus graecorum* con incipit *Sanctissimus Dominus emanata il 31 agosto 1595 da Clemente VIII* (cfr. CLEMENTE VIII, *Instructio super aliquibus ritibus Graecorum pro Episcopis Latinis in quorum Dioecibus Graeci vel Albanenses Graeco ritu viventes degunt*, in *Magnum Bullarium Romanum*, Sumptibus Petri Bordi, Joannis et Petri Arnaud, Lugduni, 1692, tom. III, fol. 46b-47b). In detto frontespizio la Sede Apostolica parrebbe sancire un criterio interpretativo per un principio da essa sotteso e quindi implicitamente affermato, in forza del quale gli Orientali non sottostanno in linea generale allo *ius commune* che non sia rivolto espressamente anche a loro; nello specifico si dichiara che norme di per sé non rivolte espressamente agli Orientali, qualora siano applicative di principi o regole già precedentemente riconosciuti vincolanti anche per loro, nel caso *de quo* la riserva al vescovo dell'amministrazione della cresima, debbono intendersi loro applicabili «et licet in eis de Graecis nominatim non dicatur, de ipsis tamen expresse traditur supra in Literis Innocentii Papae IIII §*Soli autem Episcopi*».

La *Perbrevis instructio* ha incontrato non poche difficoltà applicative, a cominciare dalla determinazione del suo valore giuridico e dall'esatta individuazione dei destinatari (soltanto gli italo-greci e albanesi ovvero anche i greci veri). Sotto il primo profilo la mancanza delle consuete clausole derogatorie dei provvedimenti pontifici poteva, infatti, legittimare letture meramente esortative; sotto il secondo profilo il provvedimento pontificio pareva rivolgersi a coloro che *degunt*, ossia agli oriundi non già ai peregrini o ai rifugiati. A tal riguardo Prospero Lambertini ricorda che ancora nei primi decenni del Settecento fu necessario intervenire per chiarirne la natura precettiva e l'ambito applicativo comprendente indistintamente tutti i greci che si trovassero in Italia e isole adiacenti, cfr. P. LAMBERTINI, *De graecorum ritibus*, in *Benedicti XIV papae opera inedita*, edizione a cura di F. Heiner, Sumptibus Herder, Friburgi Brisgoviae, 1904, pp. 51-52. La *Perbrevis instructio*, come del resto la successiva e più famosa costituzione *Etsi pastoralis* di Benedetto IV, sollevò non poche questioni giuridiche anche sul piano civile, di cui si da conto nella *Memoria della Consulta*

Il 27 marzo 1631 a casa del cardinal Luigi Capponi²³, si riunisce una plenaria della S. C. de Propaganda Fide a cui partecipano sette cardinali ed un assessore del Sant'Uffizio per esaminare alcuni dubbi e petizioni formulate da missionari cappuccini operanti in Oriente così riassumibili: a) se per avvalersi delle facoltà loro concesse dalla Congregazione del Sant'Uffizio i missionari devono richiedere la licenza dei vescovi scismatici; b) se i sacerdoti greci e armeni uniti con Roma possono assolvere dai casi *cum apud eos talis reservatio non existat*. In tale sede l'assise cardinalizia «considerans praedicta dubia discussione indigere, eundem dominum cardinalem Pamphylium deputavit ad illa, petitionesque praedictas examinandas *cum aliquot theologis ab eo nominandis et coram se convocandis*»²⁴. In esecuzione del mandato ricevuto il card. Giovanni Battista Pamphili, il futuro Innocenzo X, il 7 maggio 1631 riunisce una Congregazione Particolare alla quale prendono parte Nicola Riccardi O.P. Maestro del Palazzo Apostolico²⁵, Orazio Giustiniano²⁶ e il padre teatino Tommaso degli Afflitti, consultore presso la S. C. dell'Indice²⁷. La Congregazione Particolare, dopo aver risposto in maniera negativa al primo dubbio²⁸, riformula il secondo estendendolo a tutti gli Orientali scismatici di qualsivoglia rito e giurisdizione.

ad secundum dubium de sacerdotibus armenis et graecis cum sancta Romana ecclesia unitis, an possint absolvere a casibus reservatis, cum apud eos talis reservatio non existat; congregatio dixit discutiendum esse infrascriptum articulum in alia congregatione, videlicet: "An summus pontifex intendat graecos et alios sedibus patriarcharum schismaticorum Orientis subditos

Generale del Regno intorno a' regolamenti di disciplina ecclesiastica proposti dagli ordinari diocesani delle colonie greco-albanesi di Sicilia, Dai Torchi del Tramater, Napoli, 1836.

²³ Luigi Capponi, arcivescovo di Ravenna dal 1621 al 1645, già nel 1623 chiamato a partecipare alla Congregazione creata da Gregorio XV per coordinare l'attività missionaria, ossia la Congregazione *de Propaganda Fide*, si distinse per il suo impegno per far accettare ai Gesuiti la supervisione della Congregazione per quanto atteneva la loro opera missionaria, cfr. L. OSBAT, voce *Capponi, Luigi*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, cit., vol. 19, Roma 1976, pp. 67-69.

²⁴ I verbali riguardanti questa vicenda sono pubblicati dal Mansi in nota agli atti della *Commissione preparatoria per le Missioni e le Chiese orientali* del Vaticano I, cfr. MANSI, coll. 36*-37* (=1092-1093).

²⁵ Cfr. G. MORONI, *Maestro del Sacro Palazzo Apostolico*, in *Dizionario di erudizione ecclesiastica*, Dalla tipografia emiliana, Venezia, 1846, vol. XLI, pp. 199-218.

²⁶ Noto per essere autore della prima edizione a stampa degli atti del Concilio di Firenze, *Acta sacri oecumenici concilij Florentini ab Horatio Iustiniano bibliothecae vaticanae custode primario collecta, disposita, illustrata*, Ex typographia Sac. Congr. de Fide Propaganda, Romae, 1638, Orazio Giustiniano è una figura di spicco della gerarchia cattolica della prima metà del Seicento, cfr. M. CERESA, *Giustiniani, Orazio*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 2001, vol. LVII, pp. 354-356.

²⁷ Cfr. *Index librorum prohibitorum Alexandri VII Pontificis Maximi Iussu Editus*, Ex Typographia Rev. Cam. Apost., Romae, 1667, p. 287b. Tommaso degli Afflitti non risulta autore di pubblicazioni né si è riusciti a recuperare ulteriori informazioni su questo personaggio.

²⁸ «ad primum dubium circa primam facultatem respondit *negative*, non esse petendam a missionariis licentiam ab episcopis schismaticis etc.» MANSI 50, coll. 36* (=1092).

comprehendere in bulla Coena Domini, aliisque constitutionibus apostolicis in quibus casus sibi et sedi apostolicae reservat²⁹.

La seduta successiva viene tenuta il 4 giugno 1631. La prima parte del verbale recita:

Fuit Congregatio particularis super dubiis missionariorum orientis in Palatio E.mi D. Card. Pamphylii, cui Sua Eminentia interfuit cum R.mis P. Magistro Sacri Palatii, et P. Horatio Iustiniano, ac P. Thoma de Afflictis theatino. In ea... fuit latissime discussus articulus: An Summus Pontifex intendat graecos et alios Sedibus Patriarcharum schismaticorum subditos comprehendere in Bulla Coena Domini aliisque Constitutionibus Apostolicis, in quibus casus sibi et Sedi Ap. reservat. Et post allegatum et ponderatum Canonem 6 Nicaen. primae Synodi, cap. 17, Sess. 10, Synodi 8, et simul Synodum Chalcedon. circa Epistolam S. Leonis Papae, et eundem Canonem 6, Epistolam primam Marcelli Papae ad Antiochenos, Anacleti Epistolam 2, cap. Licet, de Baptismo, cap. Antiqua, de privileg., Gregorium Cyzicaenum, Canones orientales, Azorium, part. 1, lib. 5, cap. 11 §. 7 et Salas, Sanctus Gregorius de tribus Patriarchis, factum Episcoporum Aegyptiorum qui noluerunt subscribere praefatae Epistolae S. Leonis Papae quia tunc vacabat eorum Sedes patriarchalis, Epistolam Synodicam eiusdem Concilii Chalcedon., Can. 2, Constatinop., Concilii primi, et ad hoc sanctorum Leonis et Damasi Rom. Pontificum contradictionem, in quibus de potestate Papae, et Patriarcharum, divisioneque Provinciarum inter Patriarchas late agitur, aut ex eis deducuntur diversa argumenta pro et contra supradictam Papae potestatem: Patres praedicti quoad dictum articulum convenerunt in negativam sententiam, quam tamen limitarunt tripliciter: 1. In materia dogmatum fidei. 2. Si Papa explicite in suis Constitutionibus faciat mentionem, et disponat de praedictis subditis Patriarchalium Sedium, et in casu schismaticorum Bullae Coenae. 3. Si implicite in eisdem Constitutionibus de eis disponat, ut in casibus appellationum ad futurum Concilium, et deferentium arma ad infideles, et similib.³⁰

La risposta data dalla Congregazione Particolare, pur vertendo sull'oggetto specifico in discussione, ossia il valore per gli Orientali delle costituzioni pontificie con cui si riservano alcune censure alla Sede Apostolica, offre criteri validi per il più ampio tema del rapporto tra lo *ius commune* e l'Oriente, e di fatto è il principale riferimento in questo ambito.

Quale criterio applicativo generale viene posta la presunzione che il Romano Pontefice non intenda obbligare con le proprie costituzioni gli Orientali scismatici; non di meno tale presunzione incorre in tre eccezioni: 1) se le costituzioni pontificie riguardano materia di dogmi o di fede, 2) se in esse si

²⁹ *Ibidem*, coll. 36* (=1092).

³⁰ Cfr. Archivio storico di Propaganda Fide, *Acta Sacrae Congregationis de Propaganda Fide*, vol. VI, Anno 1630-1631, fol. 339rv. Il testo oltre che nel Mansi si trova pubblicato in *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide...*, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, Romae, 1907, vol. I, p. 252, n. 395, nota 1, è singolare il fatto che il testo non sia stato ritenuto degno di menzione nel corpo del testo, ma solo quale nota esplicativa a piè pagina dell'*Allatae sunt*. Lo stesso si registra nella precedente raccolta sistematica, *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide...*, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, Romae, 1893, p. 799, n. 1999, nota 1. Il verbale della Congregazione Particolare del giugno 1631 è, inoltre, riportato in *Codicis iuris canonici fontes*, a cura di G. SERÉDI, Typis Polyglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1935, vol. VII, p. 8, n. 4449.

faccia espressa menzione di loro, 3) se implicitamente in esse si disponga di loro. Quanto alle prime due ipotesi non vi è molto da dire essendo, da un lato, chiara manifestazione dell'esigenza di garantire l'integrità della fede e, dall'altro, diretta conseguenza delle prerogative pontificie sulla Chiesa universale³¹. Determinante in riferimento all'evoluzione di tutta la materia dei rapporti tra *ius commune* e Oriente è, invece, il terzo criterio, ossia il *si implicite in eisdem Constitutionibus de eis disponat*, di cui è palese la derivazione diretta dal Lorcitano.

L'esame della prima parte del verbale fa emergere che, salvo la *Licet* e il richiamo alla dottrina di Juan Azor e Giovanni de Salas, tutte le fonti citate attengono al ruolo del Romano Pontefice rispetto alla Chiesa universale e, con l'eccezione del can. 5 *Antiqua patriarchalium* del Concilio Lateranense IV (Comp. 5.12.6=X 5.33.23), sono tutte fonti di *ius antiquum*³². Ora ponendo attenzione al riformulato oggetto della discussione e soprattutto all'esito della stessa, ben si può ipotizzare che ad allungare i tempi della discussione, *fuit latissime discussus articulus*, non sia stato tanto il primato pontificio in punto di principio, quanto piuttosto la sua portata e la sua traduzione in una maniera

³¹ Per esemplificare cosa debba intendersi per applicazione esplicita ed implicita dello *ius commune*, il Responso del 1631 utilizza proprio la bolla *In coena domini*, riconducendo sotto la prima ipotesi la scomunica comminata agli *schismatici* e sotto la seconda la scomunica comminata per chi ricorra al Concilio contro il Papa ovvero venda armi agli infedeli.

³² La decretalistica nel commentare questa fonte non si addentra più di tanto in questioni teoriche di ordine generale circa i rapporti tra Sede Romana e le altre Sedi Patriarcali, limitandosi a configurare le prerogative di queste ultime come dei privilegi concessi dalla Sede Romana testimoniate dalla concessione del pallio: «in quibus intelligatur conferri plenitudo pontificalis officii in pallii concessione probatur et s. de elec. quod sicut §postea (X 1.6.28)», GOFFREDO DA TRANI, *Apparatus* in X 5.33.23, v. *plenitudinis* (Montecassino ms. 266, fol. 281b). Nulla di più si riassume in VINCENZO SPANO, *Apparatus* in X 5.33.23 (Paris B.N. Lat. 3967, fol. 197va) e GIOVANNI TEUTONICO, *Apparatus* in 4Comp. 5.12.6, (Bamberg Can. 19, fol. 252va), come pure nell'ampia trattazione di Niccolò dei Tedeschi, prevalentemente focalizzata sul tema delle precedenza, cfr. NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Commentarium* in X 5.33.23 (*Abbatis Panormitani Commentaria In Quartum, et Quintum Decretalium Libros...*, Apud Iuntas Venetiis, 1682, fol. 219ra-219va), dove l'unico spunto di qualche interesse è l'affermazione secondo cui «quarto nota quod archiepiscopi possunt dici suffraganei patriarcharum sicut episcopi archiepiscoporum, ut in ca. pastoralis de offi. ordi. (X 1.31.11). Et nota quod patriarchae sunt ordinarii archiepiscoporum [...]», *ibidem*, (ed. cit., fol. 219ra, nn. 2 e 3). Sinibaldo Fieschi sorvola completamente la questione, cfr. SINIBALDO FIESCHI, *Apparatus* in X 5.33.23 (*Commentaria Innocentii quarti pont. maximi super libros quinque decretalium...*, Feierabendt Sigismundus, Francofurti ad Moenum, 1570, fol. 531ra).

Una breve ma sistematica analisi delle fonti riportate nella decisione della Congregazione Particolare del 1631 si trova nella tesi dottorale di S. T. DOYLE, *The Developing Recognition of the Juridical Autonomy of Eastern Catholic Churches: From the Pamphilian Jurisprudence to the CCEO*, difesa nel 2018 nella Facoltà di Diritto Canonico della *Catholic University of America* e in corso di pubblicazione. Condivisibile è la sua opinione per cui all'epoca della redazione del verbale c'è stato un errore, ossia che il richiamo ai *Canones orientales* di Gregorio di Cyzico vada inteso riferito alla sua *Storia e commentario degli atti del Concilio di Nicea*, cfr. *ibidem*, p. 48.

giuridicamente valida nei suoi presupposti e nella sua applicazione operativa in quello specifico frangente.

Sotto il primo profilo assumono un ruolo centrale la *Licet graecos* e Juan Azor (l'altro autore citato, Giovanni de Salas, come detto in precedenza, si limita a riprendere *ad literam* il Lorcitano): il canone lateranense, da un lato, legittima espressamente la diversità orientale in quanto degna di onore e da favorire, dall'altro, fornisce il principio di relazione tra Primato Pontificio e Oriente individuando nell'onestà ecclesiastica e la salvezza delle anime un limite di natura bilaterale ossia valevole tanto per l'autonomia orientale quanto per i provvedimenti della Santa Sede; il Lorcitano, invece, con la ricomprensione implicita, introduce un elemento di flessibilità applicativa. Tuttavia queste due fonti sono utilizzate dalla Congregazione Particolare in modo parziale e strumentale. Del Lorcitano si riprende solo lo strumento tecnico da lui elaborato ma non la sua visione giuridica che, come visto in precedenza, oltre a non collimare con la *Licet graecos* non è, soprattutto, condivisa dalla Sede Apostolica dal momento che per il grande moralista gli Orientali sono da ritenere vincolati *tout court* alle costituzioni pontificie, salvo che il Romano Pontefice nel porre l'atto legislativo esplicitamente o implicitamente voglia rivolgersi ai soli occidentali; il Responso del 1631, invece, facendo proprio l'orientamento generale della *Licet graecos*, ribalta la posizione di partenza del Lorcitano muovendo dalla presunzione che gli Orientali in linea generale siano da ritenersi non vincolati dalle costituzioni pontificie a meno che esplicitamente o implicitamente il Romano Pontefice voglia rivolgersi "anche" a loro. Cosa analoga accade rispetto alla *Licet graecos*, in quanto se ne recupera l'ispirazione generale ma non si ritorna affatto al suo regime giuridico e, quindi, all'impostazione dottrinale dei rapporti tra *ius commune* e Oriente tipica della decretalistica: sparisce, infatti, il riferimento alla *honestas ecclesiae* e alla *salus animarum* che poteva rappresentare, almeno formalmente, un limite anche per l'agire della Sede Apostolica. In definitiva con la Congregazione Particolare del 1631 vi è una decisa affermazione del principio di generale immunità per gli Orientali rispetto allo *ius commune* ma ora la sua concreta operatività è rimessa alla libera discrezionalità della Sede Apostolica che senza alcun onere giustificativo può derogarlo o espressamente nella fase legislativa di stesura menzionando nel testo gli Orientali, ovvero implicitamente nella fase interpretativa/applicativa delle leggi.

Quanto al profilo dell'applicazione operativa la Congregazione Particolare nel passare dall'enunciazione teorica dei criteri alla loro applicazione pratica, immediatamente si scontra con delle difficoltà non di poco conto, come appare evidente proseguendo con la lettura della seconda parte del verbale

Fuit disputatum an in casibus in quibus prefati subditi comprehenduntur, quoad ligamen excommunicatis vel alterius censuris sint etiam comprehensii quoad punctum reservationis ita ut a suis sacerdotibus vel episcopis metropolitae et Patriarchis absolvi non possint et in hoc argumento patres fuerunt discordes. Nam Eminentissimus Dominus Card. et Pr. Horatius affirmativam tenere sententiam quod iste sint comprehensii et non possint absolvi ob claram mentem Papae in reservatione. Dominus vero P. Magister Sacri Palatii et Pr. Thomas negativam enim quia apud Grecos nulla est casuum reservatio, tum quia subditi praedicti censuris irretiti ad sedem apostolica sine periculo vitae vel magna iactura bonorum accedere non possunt.

4° et postremo repetito particulari dubio predictorum missionariorum occasione cuius fuit disputatus precedens articulus: An scilicet sacerdotes Armeni et Graeci uniti S. R. E. possint absolvere eorum subditos a casibus Sedi Apostolicae reservatis attentio quod in Patriarchatibus orientalis Ecclesiae non est in usu reservatio casuum. Post diversas considerationes factas tam circa resolutionem ipsius particularis dubii de iure, quam circa prudentialem admonitionem Missionariis tradendam patribus placuit ut diligentius predictum dubium examinaretur³³.

Il testo riportato, che riferisce dell'animata discussione circa la remissione delle censure sia rispetto agli Orientali in generale sia rispetto a quelli uniti con la Chiesa romana, consente di spostare lo sguardo un po' oltre facendo vedere come la difficoltà non consista solo nel determinare i casi in cui una legge universale debba o meno ritenersi applicabile agli Orientali, ma anche nel capire il modo in cui questi siano ad essa vincolati qualora si versi in uno di quei (oggi giorno rari) casi in cui tra Occidente e Oriente vi sia una diversità di linguaggio, di istituti giuridici e opzioni di politica legislativa. La questione è davvero complessa, tanto è vero che la Congregazione rispetto al punto discusso non ha fornito la risposta né in quella sede né successivamente³⁴.

³³ Archivio storico di Propaganda Fide, *Acta Sacrae Congregationis de Propaganda Fide*, vol. VI, Anno 1630-1631, fol. 339rv., pubblicato in MANSI 50, coll. 36*-37* (=1092-1093).

³⁴ A margine del verbale, infatti, si legge semplicemente: «non amplius examinatus fuit», *ibidem*, fol. 339v. Nel 1639 il Sant'Uffizio occupandosi della medesima questione, seppur limitata ai soli cattolici di rito orientale, afferma la generale soggezione degli Orientali alle norme pontificie *contra schismaticos*, cfr. MANSI 50, col. 37* (=1093): «In congregatione habita in palatio eminentissimi ac reverendissimi domini cardinalis de Cremona die 7 iunii 1639 coram eminentissima dominatione sua fuerunt proposita dubia transmissa a patre Michaelae Albertino societatis Iesu pro missionibus Archipelagi, quae per reverendos dominos qualificatores fuerunt resoluta ut infra: 1. Se li cattolici del rito greco abitanti in quell'isola siano compresi nelle scomuniche riservate alla sede apostolica, e particolarmente in quelle della bolla in Coena Domini. R. "Affirmative quod attinet ad excommunicationes bullae Coenae. Idem dicendum de aliis aequae generalibus; sed possunt tamen excusari ex aliquo capite v.g. ignorance." *Omissis* etc. Feria IV, 3 augusti 1639. Relata in congregatione coram generalibus inquisitoribus».

Questa decisione non riportata tra le fonti del CIC17 can. 1 appare ora nel vigente CCEO can. 1492. Va segnalato come tuttora in dottrina (cfr. E. HERMAN, *De "Ritu" in Iure Canonico*, cit., p. 122; S. T. DOYLE, *The Developing Recognition of the Juridical Autonomy of Eastern Catholic Churches: From the Pamphilian Jurisprudence to the CCEO*, cit., p. 73-74; W. DE VRIES, *Rom und die Patriarchate des Ostens*, Freiburg – München 1963, p. 229), perduri una lettura che vede un contrasto tra la decisione dalla Congregazione Particolare di Propaganda Fide del 1631 e quella del Sant'Uffizio

5. L'INCIDENZA DELLA RISOLUZIONE DEL 1631 NELLA RIFLESSIONE
MORALISTICA: IL CONTRIBUTO DI ANGELO MARIA VERRICELLI
E BENEDETTO XIV ALLA SUA DIFFUSIONE

La risoluzione del 1631, nonostante la sua oggettiva rilevanza, non sempre risulta essere tenuta in particolare considerazione, tanto è vero che Nicola Baldelli non la ritiene meritevole di espressa menzione. Infatti, questo importante moralista, menzionato da Benedetto XIV nella cost. ap. *Allatae sunt*, nell'affrontare il tema del rapporto tra Oriente e *ius commune* pontificio in relazione alla più generale questione *An et quomodo aliqui sint exempti a legibus ecclesiasticis*, cita quali punti di riferimento Lorcitano e Giovanni de Salas, anche se poi nei fatti se ne discosta assumendo una posizione molto simile a quella della risoluzione del 1631 che pur non cita. Posto il principio della soggezione al Romano Pontefice di tutti i battezzati, Nicola Baldelli afferma essere comunemente accettata l'opinione secondo cui dallo scisma in poi gli Orientali non siano soggetti alle nuove disposizioni pontificie³⁵, come prova il fatto che in molte cose differiscono dai latini e «nullus tamen ex Pontificibus eos reprehendit aut damnat, etiam quando sunt inter Latinos»³⁶. Così, dopo aver passato in rassegna i numerosi casi di discrepanza tra la disciplina latina e quella orientale conclude che:

del 1639 nel senso che quest'ultima avrebbe inteso restringere l'ambito dell'esenzione degli Orientali sancito nel 1631, dichiarandoli *tout court* soggetti a tutte le disposizioni generali circa le scomuniche riservate alla Sede Apostolica. In realtà l'idea che tutte le censure riservate alla Santa Sede per disposizione di ordine generale vincolino indistintamente tutti gli Orientali, la si rinviene proprio nel responso del 1631 quando come esempi di ricomprensione implicita di cui al n. 3 si citano l'appello al Concilio contro il Romano Pontefice o il commercio delle armi con gli infedeli previsti nella bolla *In Coena Domini*. Ciò che di nuovo apporta il Sant'Uffizio è l'introduzione di una diversificazione nella valutazione del grado di responsabilità del colpevole, a seconda si tratti di violazione di norme esplicitamente rivolte agli Orientali ovvero solo implicitamente loro applicabili. E contro a quanto sostenuto dagli autori citati, cioè che tale applicazione implicita era rivolta solo agli scismatici, è facile obiettare con la ancor più ovvia considerazione che se nel n. 4 del responso si discute, con specifico riferimento ai greci ed armeni uniti, se esista in capo a loro la possibilità di assolvere nei casi riservati, ciò vuol dire la Congregazione Particolare da per presupposta la loro soggezione alle sanzioni previste dallo *ius commune*.

³⁵ «quod factam separationem Ecclesiae orientalis ab occidentali et post translatum imperium a Graecis ad Germanos sub Leone III, communiter Clerici orientales et Graeci non tenetur legibus pontificis, quae de novo emanant pro Ecclesiasticis [...]», N. BALDELLI, *Disputationum ex morali Theologia*, Lib. V, Disp. XLI, n. 2 (R. P. Nicolai Baldelli cortonensis, e societate iesu theologi, *Disputationum ex morali Theologia, libri quinque*, Sumpt. Gabrielis Boissat et Sociorum, Lugduni, 1637 Editio Prima, pp. 573b).

³⁶ *Ibidem*, Lib. V, Disp. XLI, n. 2 (ed. cit., pp. 573b).

ex his recte potest fieri coniectura etiam de aliis, quod communiter intentio Pontificis non sit de obliandis orientalibus, quando aliquid praecipit absolute et universaliter pro Ecclesiasticis³⁷.

Quanto detto, infine, vale più in generale per tutte le disposizioni di diritto canonico tranne quelle emanate dai Concili generali celebrati prima dello scisma a cui sono tenuti, sebbene «ex fortasse etiam his non tenentur, ut v.g. si apud illos contrario usu et consuetudine sunt abrogatae»³⁸.

Nessuna menzione del Responso del 1631 si rinviene in Tommaso Del Bene, altro importante moralista dell'epoca che cita quali fonti di riferimento Nicola Baldelli, Lorcitano e Giovanni de Salas; tuttavia anche lui riprende e fa proprio il punto centrale e innovativo della decisione della Congregazione Particolare, ovverosia l'affermazione dell'esistenza di una volontà generale e presunta dei Romani Pontefici di non voler vincolare gli Orientali quando legiferano per la Chiesa universale. Tommaso Del Bene infatti, a proposito delle significative differenze tra Occidente e Oriente in tema di disciplina del clero, scrive che:

non tenentur Graeci legibus Pontificiis, quae de novo pro Ecclesiasticis conduntur, etiam in Conciliis generalibus ut est Concilium Tridentinum [...] non ex eo, quia non subdantur Ecclesiae Romanae, cui quidem subduntur, sicut et caeteri fideles, sed quia Pontifices Romani post dictam separationem nolint ad eos illas extendere³⁹.

È solo con la pubblicazione del *Tractatus de Apostolicis Missionibus* di Angelo Maria Verricelli, il terzo autore citato assieme a Lorcitano e Nicola Baldelli da Benedetto XIV nella ricordata cost. ap. *Allatae sunt*, che il Responso del 4 giugno 1631 e il suo canone ermeneutico divengono il parametro di riferimento. Lungo una trattazione che copre ben cinque questioni (dall'83° alla 87°) il moralista napoletano affronta con padronanza (anche se a volte con affermazioni discutibili in quanto non sempre tengono conto della distinzione tra Orientali cattolici e scismatici) tutti i temi principali sottesi alla questione del rapporto tra diritto canonico comune e Oriente, fornendo in particolare valide argomentazioni di supporto alle conclusioni del Responso. Degna di nota, perché seppur ricordata da altri autori non è in genere utilizzata come elemento rilevante ai fini del discorso giuridico, è la distinzione preliminare posta da Verricelli tra fedeli appartenenti ai quattro patriarcati maggiori e quelli appartenenti ai c.d. patriarcati minori, ancorché poi, pur presupponendo una diversità di regime giuridico tra loro, di fatto il moralista giunge per entrambe le ipotesi alle medesime conclusioni. Da qui l'autore affronta poi la questione di ordine generale

³⁷ *Ibidem*, Lib V, Disp. XLI, n.2 (ed. cit., p.573b).

³⁸ *Ibidem*, Lib. V, Disp. XLI, n. 3 (ed. cit., pp. 573b-574a).

³⁹ T. DEL BENE, *De immunitate et iurisdictione ecclesiastica*, Cap. I, Dub. VIII (*Thomae Del Bene, clericus regularis... de immunitate, et iurisdictione ecclesiastica, Opus absolutissimum, in dua Partes distributum... Pars prior*, Sumpt. Philippi Borde, Laurentii Arnaud et Claudii Rigaud, Lugduni, 1650, p. 27b, n. 2).

ossia *an Graeci, aliique subditi quatuor Patriarchalium Ecclesiarum Orientis teneantur ad observandas constitutiones Romani Pontificis, Concilii Tridentini, aliasque noviter editas, si de ipsis nominatim non disponant*. Vari e fondati gli argomenti addotti da Verricelli a favore della generale soggezione, tra cui la più interessante è la considerazione per cui se è vero che lo *ius commune* non deroga le consuetudini particolari o i canoni propri degli Orientali, «quo ad cetera, in quibus non adest eis peculiaris et antiqua consuetudo, aut lex, non est ratio cur non obligentur Pontificiis legibus»⁴⁰. Nondimeno la risposta del moralista, atteso il Responso del 1631 non può che essere negativa⁴¹, e per tre ragioni: la prima che risponde all'argomento a favore appena ricordato, è che essi non sono soggetti

ex eo quia quamvis posset Pontifex eos novis suis legibus ligare, tamen non vult et mens Pontificis non est dirigere suas leges, quod patet quia cum in plurimis discrepent a Latinis, etiam in iis quibus non habent peculiarem consuetudinem vetustissimam introductam ante schisma, neque antiquum ius commune, tamen Pontifex eos non reprehendit neque damnat, etiam quando sunt inter Latinos⁴².

Questo brano è degno di nota anche perché afferma esplicitamente l'esistenza di una capacità normativa innovativa degli Orientali anche dopo lo scisma⁴³.

⁴⁰ A. M. VERRICELLI, *Quaestiones morales*, Tit. III, Quaest. LXXXIII, n. 3 (*Quaestiones morales ut plurimum novae ac peregrinae, seu Tractatus de Apostolicis Missionibus... auctore D. Angelo Maria Verricelli Congregationis Clericorum Regularium Presbytero, Theologo et V.I.D.*, Apud Franciscum Baba, Venetiis, 1656, p. 203b). Degna di nota è anche la tesi per cui si deve ritenere esistente una presunzione di applicazione generale per tutti gli Orientali indistintamente di quelle disposizioni pontificie rivolte espressamente ai Greci cattolici perché il mancato riferimento ai 'greci' *tout court* è dovuto a questioni di prudenza diplomatica, ma in realtà la mente implicita del Pontefice è di vincolare tutti quanti i cristiani dell'Oriente: «Quarto, quia Clemens VIII, die 31 Augusti 1595 in eius *Constit.* 47. expresse multa statuit quo ad Graecos, et quamvis has similesque Constitutiones expresse Romani Pontifici non extendant ad omnes Graecos, causa fuit, ne perfidis schismaticis darent occasionem contemnendi Pontificia Decreta: at implicite mens Pontificum est, eos omnes suis legibus ligare, cum eas pro toto orbe promulgant; quia nulla est ratio excipiendi schismaticos sicut nec haereticos, alioquin ex delictum commodum reportarent», *ibidem*, Tit. III, Quaest. LXXXIII, n. 2 (ed. cit., p. 203b).

⁴¹ «His tamen non obstantibus, respondeo negative, nempe subditos quatuor Patriarchalium Ecclesiarum Orientis non ligari novis Pontificijs Constitutionibus nisi in tribus casibus [...] ita fuit concorditer responsum in quadam Congregatione doctissimorum virorum die 4. Iulij 1631 [...]», *ibidem*, Tit. III, Quaest. LXXXIII, n. 4 (ed. cit., p. 204a).

⁴² *Ibidem*, Tit. III, Quaest. LXXXIII, n. 4 (ed. cit., p. 204a).

⁴³ Questo viene espressamente affermato in seguito: «His tamen non obstantibus, Respondeo, validam esse consuetudinem immemorabilem contra sacros Canones a Graecis introductam, durante schismate, ut dispensandi in Pontificiis legibus, aut similem, eamque excusare a peccato [...]», *ibidem*, Tit. III, Quaest. LXXXVII, n. 6 (ed. cit., p. 211a); molto interessante è, inoltre, tutta la lunga trattazione della Quaest. LXXXVII del Tit. III sulla questione della possibilità per la gerarchia orientale di dispensare dalle leggi pontificie. Nicola Fermosino, approfondisce il tema introdotto da Verricelli, approfondendo il tema *An consuetudo immemorialis contra Sacros Canones a Graecis introducta, durante schismate, ut dispensandi in Pontificiis legibus, aut similis valida sit, et excuset a peccato?*

La seconda ragione individuata da Verricelli è quella che loro godono di una antichissima consuetudine, a suo avviso attestata sin dai tempi di Innocenzo III,

ut Graeci non ligentur novis Pontificiis legibus, nisi expresse de eis statuerint: et haec consuetudo non derogat Ecclesiastica honestati neque irrationabilis est, quia posset Pontifex id per privilegium concedere: et omnia quae possunt per privilegium concedi possunt etiam consuetudine introduci⁴⁴.

Quale terza ragione Verricelli pone il fatto che pretendere l'osservanza di tutta la legislazione pontificia a scapito della propria identità, ostacolerebbe il ritorno degli Orientali all'unità cattolica⁴⁵, fermo restando che «itaque Sedes Apostolica numquam tolerat haereticorum pravas consuetudines, tolerantia approbativa; quamvis aliquando permittat non puniendo, quia non potest»⁴⁶.

Ad una medesima conclusione, come si diceva, Verricelli giunge anche riguardo ai fedeli dei patriarcati minori (che lui individua nei Maroniti, Armeni, Caldei, Assiri, Georgiani ed Etiopi). Sebbene non siano ritenuti per la dottrina veri patriarcati e dunque i relativi sudditi non godano dei privilegi propri dei patriarcati maggiori, il moralista osserva che nelle fonti canoniche mai si registra alcuna differenziazione sotto il punto di vista dell'applicazione o meno del diritto pontificio, e

itaque cum nomine Graecorum veniat omnes Orientales, et Graecorum consuetudinem ex Concilio Lateranensi, *quantum in Domino possumus sustinere debeamus*, consequenter etiam Armeni, Maronitae, Chaldei, Assyri, Georgiani, seu Iberi, Aethyopes aliique Orientales, iuxta antiquissimam eorum consuetudinem, non ligantur novis Pontificiis constitutionibus, nisi expresse de illis disponant, nam arcentur ab obedientia Romani Pontificis, si oporteret novas leges servare, eorum antiquissimam consuetudines relinquere, quae alioquin substineri possunt, utpote honestati non repugnantes⁴⁷.

A ben guardare però l'apparato argomentativo di Verricelli, per quanto ampio e convincente, lascia scoperto proprio il nodo più problematico, quello stesso che la Congregazione Particolare del 1631 non è stata in grado di sciogliere, e che tale rimarrà in futuro, ovvero quello dell'inclusione implicita di cui al n. 3 del Responso. Che sia il punto debole lo dimostra il fatto che quando Verricelli si cimenta con un caso concreto, ovverosia l'applicabilità agli

nel suo famoso *Tractatus de legibus*, cfr. N. FERMOSSINO, *Tractatus de legibus, Ad Cap. IX fin. hoc tit. de Consuetudine*, Quaest. VI (D. D. Nicolai Rodriguez Ferosini quondam collegae divi aemiliani salmaticae... *Tractatus primus de legibus ecclesiasticis... nunc primum in lucem prodit*, Sumptibus Horatii Boissat et Georgii Remeus, Lugduni, 1662, Tom. II, pp. 156a-158b)

⁴⁴ *Ibidem*, Tit. III, Quaest. LXXXIII, n. 5 (ed. cit., p. 204a).

⁴⁵ Cfr. *ibidem*, Tit. III, Quaest. LXXXIII, n. 5 (ed. cit., p. 204b).

⁴⁶ *Ibidem*, Tit. III, Quaest. LXXXIII, n. 6 (ed. cit., p. 204b).

⁴⁷ *Ibidem*, Tit. III, Quaest. LXXXIV, n. 4 (ed. cit., p. 205b).

Orientali della famosa bolla di Martino V *Ad vitanda*, non utilizza il criterio n. 3 (il n. 1 e il n. 2 evidentemente non si applicano) che, come dirà in seguito Lambertini, si fonda sull'analisi e valutazione della *ratio* della norma, ma segue una strada alternativa fondata su canoni ermeneutici formalistici, risolvendo la questione affermativamente in forza del fatto che la norma consuetudinaria su cui fonda l'esenzione degli Orientali è da interpretarsi nel senso di considerarla valida solo per le norme gravose non per quelle favorevoli come appunto la *Ad vitanda*⁴⁸ e di fatto ricorrendo così implicitamente al noto criterio della *regula iuris* XV «odia restringi et favores convenit ampliari».

Rilievo ben superiore a Verricelli per quanto attiene la diffusione del criterio della presunzione di non soggezione degli Orientali allo *ius commune* salvo le tre eccezioni formulate nella Congregazione Parziale del 1631⁴⁹, è la riflessione di Prospero Lambertini, il cui interesse per le tematiche per l'Oriente è sempre stato forte, come consta dal solo sfogliare l'indice analitico del *De synodo diocesana*. Va detto sin da subito che da Pontefice, e specificamente in *Allatae sunt* dove *ex professo* affronta la questione del valore delle leggi pontificie per gli Orientali, dopo aver richiamato Verricelli, Lorcitano e Nicola Baldelli come pure le sue riflessioni formulate nel *De servorum dei beatificatione*, Benedetto XIV preferisce astenersi dal prendere una posizione definitiva, lasciando però intendere che occorre attenersi, almeno per il momento, alle indicazioni offerte dalla Congregazione del 1631⁵⁰.

Di non minore importanza sono due considerazioni rispetto al pensiero di Benedetto XIV che si possono ricavare dall'allocuzione *Quadragesima* del 27 marzo 1757 non ricompresa tra le fonti del CIC17 can. 1 ma in quelle del CCEO can. 1492 in cui, per spiegare la mancata apposizione nell'atto di conferma dell'elezione di Toubia Boutros El Khazen a Patriarca dei Maroniti di alcuni elementi comunemente adottati in atti simili dalla Sede Apostolica, il Pontefice afferma:

in ipsa confirmatione clausulam illa praetermisimus, per quam aliae nonnunquam electiones validari solent, etiam quoad substantialia; quum nihil in ea desideratur ex iis quae ad validitatem

⁴⁸ «Probatur, quia quamvis ceterae novae constitutiones Pontificiae non extendentur ad Graecos, tamen id verum et si constitutio contineat onus, aut obligatione imponat: at vero constitutiones continentis favorem et privilegium et relevantes ab onere et obligatione aliqua, prout est constitutio *extravag. ad vitanda* quae liberat ab onere et obligatione vitandi excommunicatum non denunciatum [...]», *ibidem*, Tit. III, Quaest. LXXXV, n. 2 (ed. cit., p. 207a).

⁴⁹ In tal senso si esprime S. T. DOYLE, *The Developing Recognition of the Juridical Autonomy of Eastern Catholic Churches: From the Pamphilian Jurisprudence to the CCEO*, cit., pp. 89-90.

⁵⁰ «hanc questionem Nos missam facimus, cum de illa disputare nulla nunc necessitas urgeat», BENEDETTO XIV, cost. ap. *Allatae sunt*, §45, in *Magnum Bullarium Romanum seu eiusdem continuatio*, Sumptribus Henrici Alberti Gosse, Luxemburgi, 1758, tom. XIX, p. 165b.

actus, iuxta Orientalem disciplinam, necessaria exstimantur; neque vero affirmari pro certo valeat, Occidentalis Ecclesiae leges, quibus aliquae inductae fuerunt substantiales electionum nullitates, Orientalem quoque Ecclesiam afficere, de qua in ipsis legibus nulla occurrit mentio⁵¹

La prima considerazione che si può trarre da questo brano riguarda un possibile modo di interpretare e applicare il criterio dell'*implicite comprehensi* del 1631, ovvero si guardare se nello *ius commune* non esplicitamente rivolto agli Orientali si possa rinvenire un qualcosa che possa ritenersi necessario applicarsi alla luce della loro particolare disciplina. La seconda è che il Pontefice pubblicamente manifesta la propria perplessità rispetto ad opinioni favorevoli all'applicazione generalizzata dello *ius commune* agli Orientali anche qualora in esso non menzionati.

Come studioso Lambertini tratta il tema dello *ius commune* in rapporto all'Oriente in più opere come, ad esempio, nella monumentale opera sui processi di beatificazione e canonizzazione quando affronta la questione *an praeceptum praestandi cultum canonizato tamquam sancto et ad instar cultus, qui aliis sanctis defertur, necnon recitandi in universa ecclesia officium et celebrandi missam in honorem alicuius sancti canonizati comprehendat simul cum Ecclesia Occidentali etiam Orientalem*. Nel condurre il suo ampio e approfondito studio che, ovviamente, si focalizza sul tema proposto, il canonista bolognese fornisce qualche riflessione sul rapporto tra *ius commune pontificium* e Oriente cattolico, non già ad un Oriente indistinto come non di rado si rinviene negli altri autori del periodo. Muovendo dalla premessa che i Pontefici a quanti tornano dallo scisma hanno sempre e soltanto chiesto «ut errores abiicerent et Sedi Apostolicae subderentur at nulla tamen facta reprobationem Rituum et consuetudinum, dummodo periculum animarum non inducerent, nec derogarent honestati Ecclesiasticae [...]»⁵², lasciandoli così sempre liberi di mantenerli⁵³, Lambertini pone l'integrità della fede e la disciplina universale quali limiti all'accettazione della specificità orientale⁵⁴. Così facendo, Prospero Lambertini pecca però di imprecisione nell'utilizzare promiscuamente i concetti di *honestas ecclesiae* ed

⁵¹ BENEDETTO XIV, allocuzione *Quadragesima* del 27 marzo 1757, in *Iuris Pontifici de Propaganda Fide pars prima complectens...*, a cura di R. De Martinis, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, 1897, vol. II, pp. 184-185, n. XII.

⁵² P. LAMBERTINI, *De servorum dei beatificatione*, Lib. I, Cap. XXXVIII, n. 9 (*De servorum Dei beatificatione et beatorum canonizatione Liber Primus auctore Prospero de Lambertinis S.R.E. Cardinali...*, Formis Longhi Excursoris Archiepiscopalis, Bononiae, 1734, p. 324b).

⁵³ Cfr. *ibidem*, Lib. I, Cap. XXXVIII, n. 10, (ed. cit., pp. 324b-325a).

⁵⁴ «in unionibus nempe et reconciliationibus supradictarum nationum Orientalium in more pontificum fuit, earum populos in communionem recipere cum omnibus Ritibus suis, repudiat modo erroribus fidei, aut universali disciplinae contrariis», *ibidem*, Lib. I, Cap. XXXVIII, n. 12 (ed. cit., pp. 325b-326a).

ecclesiastica disciplina, dal momento che è proprio la deroga allo *ius commune* disciplinare, non già all'*honestas ecclesiae* che è cosa ben diversa dal primo, una delle note caratterizzanti l'Oriente e delle problematiche giuridiche che esso pone⁵⁵.

Benedetto XIV offre un contributo ancora più specifico nell'opera *De graecorum ritibus* che purtroppo, in quanto edita soltanto nel 1904, non è stata di alcun rilievo nel percorso di maturazione della riflessione canonistica e moralistica. Lambertini, dopo aver sottolineato la difficoltà della dottrina (in particolare Carlo Francesco da Breno e, il ritenuto migliore, Lorcitano) nell'affrontare la questione del rapporto tra *ius commune* e Oriente⁵⁶, tenta di dare un contenuto oggettivo al criterio della ricomprensione implicita di cui al Responso del 4 giugno 1631 dicendo che «Orientales in omnibus illis Pontificiis Constitutionibus, licet in ipsis non nominatos comprehensos esse, in quibus Orientalibus et Occidentalibus ratio communis est»⁵⁷, fermo restando che «Apostolica Sedes, sicut dictum saepius est, Graecum Ritum in omnibus iis manere ac perseverare velit, quae nec Fidei contraria sunt, neque ex alio titulo honestati repugnent»⁵⁸.

Con Verricelli e Lambertini si conclude l'articolato percorso di evoluzione e strutturazione dogmatica dei rapporti tra *ius commune* e Oriente iniziato con lo *ius novum*, e che può così essere riassunto. Muovendo dall'idea del primato della Chiesa di Roma sulle altre, lo *ius novum* afferma il principio generale che l'Oriente si regge secondo le proprie tradizioni e consuetudini tranne laddove qualcuna di esse sia contraria all'onestà della Chiesa o determini un pericolo per la *salus animarum*. Con Agostino Bero la prospettiva muta radicalmente, con l'affermazione dell'applicazione generalizzata dello *ius commune* agli Orientali salvo la previsione in loro favore di una espressa deroga. Lorcitano, forse grazie anche al proprio *habitus* da moralista che lo porta con più facilità a

⁵⁵ In ogni modo, l'individuazione di questi due limiti consente a Lambertini di fornire la risposta alla dubbio che lui si è posto, dicendo che gli Orientali sono vincolati al precetto *de fide* ossia al riconoscimento della canonizzazione o della beatificazione, «secus porro se habet res quo ad secundum praeceptum recitandi Officium et celebrandi Missam in honorem Sancti canonizati, eodem quippe nequaquam comprehenditur, nisi expresse a Summi Pontificis mandetur iuxta definitionem habitam die 4 iulii 1631 relatam apud Vericellum», *ibidem*, Lib. I, Cap. XXXVIII, n. 15, (ed. cit., p. 327a).

⁵⁶ Ad esempio riguardo a Juan Azor, Lambertini rileva i limiti, già sopra evidenziati, della sua dottrina poiché mentre questa offre soluzioni convincenti per il periodo antecedente allo scisma, è del tutto inadeguata rispetto alla normativa successiva, cfr. P. LAMBERTINI, *De graecorum ritibus*, cit., p. 53, n. 35.

⁵⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 54-55, n. 37. Lambertini detta nel caso degli Italo-greci un criterio ancor più vincolante, i quali «pro generali regula videtur statuendum, ipsos ad omnium Pontificiarum Constitutionum observantiam obligatos esse, iis solum exceptis in quibus pro Ritus diversitate, aliquid Occidentalibus interdicitur quod Orientalibus permissum est», *ibidem*, p. 55, n. 38.

⁵⁸ Cfr. *ibidem* p. 55, n. 38.

guardare all'applicazione concreta dei principi, innanzi all'evidenza fattuale che vede gli Orientali seguire in non pochi casi una disciplina difforme dallo *ius commune* senza che vi sia traccia di una espressa clausola di esonero in loro favore, pur riaffermando l'idea del canonista bolognese di una generale applicazione a tutti i battezzati indistintamente dello *ius commune*, introduce la possibilità di una esenzione implicita in favore degli Orientali ricavabile in via interpretativa attraverso l'esame della volontà anche solo implicitamente espressa dal legislatore così come essa può desumersi dal tenore del testo normativo.

Infine, la Congregazione Particolare del 1631 opera la sintesi finale tra lo spirito di rispetto e cura verso i *mores et consuetudines orientales* chiaramente affermato dalla *Licet graecos*, e i nuovi criteri applicativi elaborati dalla moralistica fondati sulla interpretazione della *voluntas legislatoris* tanto esplicita quanto implicita. L'effetto finale è un sistema canonico fondato sul principio del rispetto dell'autonomia dell'Oriente cattolico garantito da una presunzione generale di non applicazione nei loro riguardi dello *ius commune* ma la cui concreta sussistenza è di fatto rimessa interamente alla prudenza e libera valutazione della Sede Apostolica, non più formalmente tenuta ai limiti dell'*honestas ecclesiae* e della *salus animarum*.

6. LE ULTIME RESISTENZE RISPETTO ALLA PRESUNZIONE DI NON SOGGEZIONE DEGLI ORIENTALI ALLO *IUS COMMUNE*: LA POSIZIONE DI CARLO FRANCESCO DA BRENO

Solo con Benedetto XIV il principio di generale immunità per gli Orientali rispetto allo *ius commune* posto dalla Congregazione del 1631 diviene incontestato punto di riferimento interpretativo, quantunque mai ufficialmente sanzionato dalla Sede Apostolica. Nel secolo quasi che intercorre, la Risoluzione e la sua interpretazione sono abbastanza conosciute ma non ricevono particolare ossequio da parte della dottrina⁵⁹. Basti qui ricordare i famosi *Commentaria ad Constitutiones Apostolica* del cardinal Petra⁶⁰ che, a differenza

⁵⁹ Eccessivo il giudizio di Doyle secondo cui sino a Benedetto XIV tanto la risoluzione del 1631 che l'opera di Verricelli sarebbero state pressoché sconosciute dalla dottrina canonica e moralistica, cfr. S. T. DOYLE, *The Developing Recognition of the Juridical Autonomy of Eastern Catholic Churches: From the Pamphilian Jurisprudence to the CCEO*, cit., p. 89, tenuto degli autori precedenti a Benedetto XIV che le richiamano e da Doyle stesso ricordati, *ibidem*, p. 89, nota 186.

⁶⁰ Cfr. V. PETRA, *Commentaria ad Constitutiones Apostolicas*, (*Commentaria ad Constitutiones Apostolicas, seu bullas singulas Summorum Pontificum... auctore Vincentio Petra... Ex Typographia Balleoniana, Venetiis 1729*, in 5 tomi).

di Lambertini⁶¹, è un puro giurista⁶². Nella sua lunga disamina sul valore dello *ius commune* per gli Orientali, trattata *ex professo* nel commento alla ricordata decretale *Sub catholicae fidei professionis* di Innocenzo IV⁶³, Petra attinge quasi esclusivamente alla riflessione di teologi moralisti e, particolarmente, a quella del Verricelli. La sua visione marcatamente latinizzante della Chiesa lo porta a considerare la presenza dei riti orientali un qualcosa da tollerare per il bene superiore dell'unità⁶⁴; questa è la ragione per cui Petra se, da un lato, aderisce a quanto è ormai acquisizione dottrinale comune, ossia la non applicazione dello *ius commune* agli Orientali salvo il ricorrere di una delle tre eccezioni delineate nel Responso del 1631, dall'altro tenta di rispandere la portata vincolante del diritto comune dichiarandolo applicabile anche nei casi in cui questo sia compatibile con i riti e le consuetudini orientali tollerate dalla Chiesa⁶⁵.

Con tutta probabilità il più autorevole tentativo a difesa del principio di generale soggezione degli Orientali allo *ius commune* è quello del bresciano Carlo Francesco Camozzi meglio conosciuto come Francesco da Breno, un autore che, nonostante la brevità della sua attività, è stato uno dei missionologi più stimati del suo tempo⁶⁶. Nel famoso *Manuale missionariorum orientalium* da lui scritto nel 1719 ma edito solo nel 1726 a Venezia tutto dedicato in pratica

⁶¹ Come noto, Prospero Lambertini era laureato in teologia oltre che in diritto canonico, cfr. M. ROSA, *Benedetto XIV, papa*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 1966, vol. VIII, pp. 393-408.

⁶² Nato da una famiglia di antica nobiltà e con il padre Carlo anch'egli giurista, Vincenzo Petra si laureò *in utroque iure* a Napoli il 18 dicembre 1682 e fu poi avviato ad una luminosa carriera presso la curia romana coronata dall'elevazione al cardinalato, cfr. A. MENNITI IPPOLITO, *Petra, Vincenzo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 2015, vol. LXXXII, pp. 667-668.

⁶³ Cfr. V. PETRA, *Commentaria ad Constitutiones Apostolicas*, Const. XIV Innocentii IV, nn. 11-17 (ed. cit., tom. III, pp. 78b-89b). Tra i molti luoghi e argomenti rilevanti per l'Oriente cattolico trattati da Petra si segnalano alcuni sul primato pontificio, cfr. *ibidem*, Cost. III Innocentii III (ed. cit., tom. II, pp. 119b-125a) e Cost. III Pii II, nn. 1-8 (ed. cit. tom V, pp. 101a-104a); sull'origine dei patriarcati, cfr. *ibidem*, Cost. XVII Eugenii IV, sect. III (ed. cit., tom. IV, pp. 305b-306b); sul clero uxurato, cfr. *ibidem*, Cost. XXIII Eugenii IV (ed. cit., tom. IV, pp. 314a-315b).

⁶⁴ Cfr. *ibidem*, Const. XIV Innocentii IV, nn. 11-17 (ed. cit., tom. III, p. 81ab); eloquente è il seguente brano dove, peraltro, ritorna il limite della *honestas ecclesiae* di decretalistica memoria: «ex hujus autem constitutionibus verbis elicitur, Ritus Graecorum tolerari ab Ecclesia ad eos confovendos, eorumque imbecillitati compatiendum, quatenus non sint contra substantia Fidei et honestatem Ecclesiasticam», *ibidem*, n. 11 (ed. cit., tom. III, p. 81a).

⁶⁵ «Si vero non agatur de articulo Fidei, tunc Constitutio eatenus comprehendit Graecos, quatenus vel expresse nominat, vel saltem si implicite agatur de re, quae ipsos tangit, ut de appellatione ad futurum Concilium et huismodi; secus si disposita compatiantur cum Ritibus et Consuetudinibus ab Ecclesia Catholica toleratis, quae intervertere Papa non praesumitur, Verricell. *loc. cit.* ex praefato sensu Congregationis deputate et notant [...]», *ibidem*, Const. XIV Innocentii IV, n. 21 (ed. cit., tom. III, p. 81a).

⁶⁶ Cfr. F. MARGIOTTI, *Camozzi, Carlo Francesco (al secolo Giovanni Battista)*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 1974, vol. XVII, pp. 296-297.

ai rapporti interrituali, viene dedicato ampio spazio alla trattazione del tema concernente il valore della legislazione pontificia rispetto ai cristiani d'Oriente⁶⁷. Il moralista bresciano che mostra di ignorare completamente il Responso del 1631, dopo aver richiamato la comune distinzione per cui le leggi possono raggrupparsi in tre grandi ambiti, ossia fede, morale e disciplina, e dopo aver agevolmente risolto in senso positivo la questione dell'applicabilità a tutta la Chiesa delle decisioni pontificie concernenti i primi due ambiti⁶⁸, focalizza la propria attenzione su quelle disciplinari e sul governo. A tale riguardo pone tre ipotesi: la costituzione può non recare menzione né della Chiesa occidentale né della Chiesa orientale; può recare menzione della sola Chiesa occidentale senza recare alcun riferimento inclusivo o escludente la Chiesa orientale; può, infine, dirigersi alla sola Chiesa occidentale con espressa esclusione di quella orientale. Secondo Francesco da Breno nella terza ipotesi gli Orientali sono ovviamente esentati dall'osservanza della legge pontificia, diversamente

Dicendum est, Constitutiones Pontificis Romani, si pro Orbe Universo sint conditae, Ecclesiam quoque Orientalem afficere, etiamsi ipsa minime exprimatur: secus vero quando exprimitur tantummodo Ecclesia Occidentalis, nulla de Orientali facta mentione⁶⁹.

A fondamento delle proprie conclusioni ossia che, salva esplicita esenzione, gli Orientali sono in tutto soggetti alla legislazione generale pontificia e che a questo riguardo non sussista dunque alcuna distinzione tra cristiani d'Occidente e d'Oriente, Francesco da Breno pone una dotta e lunga dissertazione⁷⁰. Quale osservazione di carattere generale occorre però dire che se, da un lato, con l'affermazione del principio di generale sottoposizione degli Orientali allo *ius*

⁶⁷ Cfr. *Manuale missionariorum orientalium, in quo nedum haereses omnes Orientalem Ecclesiam turpiter foedantes eliduntur, verum etiam Casus Morales... authore Adm. Rev. Patre Fr. Carolo Francesco a Breno...*, Ex Typographia Balleoniana, Venetiis, 1726. In appendice al secondo volume si trova il pregevole *Tractatus unicus de instructione missionariorum apostolicorum...* (cfr. C. F. DA BRENO, *Manuale missionariorum orientalium*, Tom. II, ed. cit., pp. 413-474) sempre dello stesso Francesco da Breno, dove però non vi è materiale di particolare interesse ai fini della presente ricerca. Successivamente nel 1736 il grande moralista pubblicò a Roma un'epitome del manuale, cfr. *Epitome manualis missionariorum orientalium ab admodum R. P. F. Carolo Francisco a Breno... Nunc vero in compedium redacti, et in quatuor partes divisi...* Typis Antonii de Rubeis, Romae, 1736.

⁶⁸ «Notandum est insuper, tria dari generi Legum, seu Decretalium, quae a Romanis Pontificibus emanarunt. Primum est earum, quibus dogmata deciduntur, et Fidei controversiae dirimuntur. Secundum ad mores spectat et Ecclesiasticam disciplinam. Tertium vero externam regiminis formam concernit, [...] In praesenti de primo genere non disputamus, cum quaestionem hanc de infallibilitate Romani Pontificis sufficienter tractavimus. Neque etiam agitur de secundo, quatenus dogma respicit; hoc etenim ad primum reducitur [...]», C. F. DA BRENO, *Manuale missionariorum orientalium*, Tom. I, Lib. I, Cap. I, Quaest. VIII, n. 375 (ed. cit., p. 77a).

⁶⁹ *Ibidem*, Tom. I, Lib. I, Cap. I, Quaest. VIII, n. 377 (ed. cit., p. 77a).

⁷⁰ Cfr., *ibidem*, Tom. I, Lib. I, Cap. I, Quaest. VIII (ed. cit., pp. 77a-86b).

commune è evidente il recupero del pensiero del Lorcitano, dall'altro però è altrettanto evidente un discostamento da quest'ultimo quando si dichiara che l'esenzione in loro favore si verifica solo in presenza di una espressa clausola esonerativa (ossia di una espressa volontà di esonerare), mentre Lorcitano prevede anche la possibilità di una volontà implicita di non obbligare.

Valutando nel complesso l'opera di Francesco da Breno, appare condivisibile il giudizio per cui «at argumenta quibus innititur probant sane Romanum Pontificem habere potestatem ligandi Orientales, non vero illum habere in omnibus legibus in quibus nulla eorum mentio occurrit intentionem id faciendi»⁷¹. L'autorevolezza del moralista bresciano e della dottrina non riesce a cambiare le cose: ormai è consolidata l'idea che la presunzione generale di non obbligo degli Orientali fosse dottrina comune già prima del Verricelli, tanto è vero che, come afferma Assemani, «communem Doctorum sententiam [. . .] firmat Verricellus de Apostolicis Missionibus qu. 83»⁷².

Da ultimo vale la pena menzionare il tentativo di conciliazione tra le posizioni di Verricelli e di Francesco da Breno proposto dal francescano Filippo da Carbognano, le cui *Appendices* alla *Theologia moralis* del famoso gesuita francese Paul Gabriel Antoine⁷³, redatte in prospettiva interrituale, unitamente al suo

⁷¹ E. HERMAN, *De "Ritu" in Iure Canonico*, cit., p. 121. Con tutta probabilità il vero limite della riflessione di Francesco da Breno consiste nel non tener in debito conto la complessità delle situazioni reali, come traspare dalla semplicistica domanda retorica «ex quibus omnibus sequitur apertissime, Leges latas a Romano Pontifice etiam extra Concilium Generale, si Universalem Ecclesiam respiciant, et pro ea in universali sunt conditae, Orientalem quoque obstringere, cum nulla sit ratio, cur Occidentalem potius, quam Orientalem Ecclesiam afficiant?», C. F. DA BRENO, *Manuale missionariorum orientalium*, Tom. I, Lib. I, Cap. I, Quaest. VIII, n. 384 (ed. cit., p. 80a). Nella successiva *Epitome* curata dallo stesso Francesco da Breno, si rinvergono posizioni assolutamente identiche, cfr. *Epitome missionariorum orientalium*, Pars I, Tract. I, Cap. VIII (ed. cit., pp. 129-149, nn. 233-285).

⁷² Cfr. G. S. ASSEMANI, *Bibliotheca Juris Orientalis Canonici et Civilis*, Lib. I, Cap. XIII, n. CCCCXXVIII (*Bibliotheca Juris Orientalis Canonici et Civilis auctore Josepho Simonio Assemano. . .*, Ex Typographia Komarek, Romae, 1762, lib. I, p. 573).

⁷³ Nella sua *Theologia moralis* il gesuita Paul Gabriel Antoine tralascia, invece, di dedicare attenzione all'Oriente cristiano; nonostante ciò Paul Antoine viene indicato come autore di riferimento, assieme ad Alfonso Maria de Liguori, come autore accreditato in Oriente, cfr. *Piano di un capo su' Riti da proporsi al Concilio Vaticano*, p. 4, n. 12, ASV, Concilio Vaticano I, busta 149, fol. 408v. La *Theologia moralis*, unitamente alla *Theologia universa speculativa et dogmatica* riscossero al tempo notevole successo, secondo quanto riportato nel *Dizionario storico degli autori ecclesiastici. . .*, A spese Remondini, Bassano, 1783, tom. I, p. 77ab. Alfonso Maria de Liguori a più riprese si interessa dell'Oriente cristiano, specialmente in relazione alla tematica dei Sacramenti dove afferma, ad esempio, la libertà per i sacerdoti greci di celebrare in rito latino e viceversa quando si trovino in luoghi ove non ci sono chiese del proprio rito, cfr. A. M. DE LIGUORI, *Theologia moralis*, Lib. VI, Tract. II, Cap. I, Dub. III (*Theologia moralis illustrissimi ac reverendissimi D. Alphonsi De Liguorio. . . Editio Septima absolutissima. . .*, Bassani, 1772 sed prostant Venetiis apud Remondini, tom. II p. 125a, n. 203), ovvero quando tratta della censura dei libri, cfr. *ibidem*, Lib. I, Tract. II, App. III, Cap. II,

Tractatus de Sacris Christianorum Ritibus con esse pubblicato, fanno di lui un vero moralista-canonista orientalista. Nella sua *Appendix* al *Tractatus de legibus* di Paul Antoine, affronta la questione *Utrum novae Ecclesiae vel Romani Pontifici leges et constitutiones, quae pro tota Ecclesia feruntur, Graecos Orientalesque obligent, quin expresse nominentur*. Nonostante il palese errore di ritenere che «negat id Verricellus», la sua riflessione mantiene un certo valore quantunque, agli occhi di un giurista, i criteri interpretativi di conciliazione proposti siano carenti. Volendo giustificare la “teoria negativa” rispetto alla soggezione degli Orientali allo *ius commune* Filippo da Carbognano osserva che «Verricellus enim de Constitutionibus Ecclesiae loquitur, quae ad illa disciplinae capita pertineant, in quibus Latina ab Orientali omnino dissidet. At palam est has Constitutiones, ad Orientales non extendi»⁷⁴, ovvero sia la necessità di un’espressa clausola di estensione dello *ius commune disciplinare* sia da intendersi necessaria soltanto in presenza di una profonda diversità tra l’Oriente e l’Occidente. Il limite di questa lettura è però quello di non dire nulla rispetto a quei casi in cui lo *ius commune disciplinare* non sia *omnino dissidens* rispetto a quello *orientale*. Peraltro, il moralista francescano, probabilmente senza rendersene conto, indica un ulteriore e diverso criterio che va a porsi quale integrazione del precedente, escludendo l’applicabilità agli Orientali di quello *ius commune disciplinare* qualificabile come proprio ed esclusivo della Chiesa latina⁷⁵.

Per quanto riguarda l’interpretazione conciliativa della “teoria affermativa” di Francesco da Breno, ossia dell’applicazione automatica agli Orientali dello *ius commune disciplinare*, Filippo da Carbognano propone di leggere il pensiero del moralista bresciano come riferentesi a quelle norme finalizzate a rimuovere gli abusi comuni tra la Chiesa occidentale e orientale ovvero ad urgere *praecepta* comuni ad entrambe le Chiese⁷⁶. Anche in questo caso il criterio di lettura

n. VI (ed. cit., tom. I, p. 72b), ma lo specifico tema del rapporto tra *ius commune* e Oriente non viene affrontato.

⁷⁴ F. DA CARBOGNANO, *Appendix ad usum Missionariorum*, Quaest. III, in P. G. ANTOINE, *Theologia moralis universa*, Tract. De Legibus, (*Theologia moralis universa complectens omnia morum praecepta. . . authore rev. patre Paulo-Gabriele Antoine. . . accedunt etiam plures alia annotationes, appendices varia ad usum Missionariorum. . . et alia bene multa addita a P. Fr. Philippo de Carboneano*, Ex Typographia Balleoniana, Venetiis 1754, pars I, p. 57b).

⁷⁵ «Igitur Constitutiones, in quibus agitur de disciplina, quae propria sit Ecclesiae Latinae, a materia ipsa, de qua agunt, ad solos Latinos coarctantur, juxta generales declarationes, quae ritus moresque Orientalium probant, sive permittunt. Quamobrem hujus generis Constitutiones, nisi expresse de Orientalibus disponant, ad ipsos non sunt extendendae», *ibidem*, pp. 57b-58a. Evidentemente con questo secondo criterio la difficoltà interpretativa si sposta sul piano dell’esatta individuazione di quale *ius disciplinare* possa qualificarsi come *exclusivum et proprium* della Chiesa latina.

⁷⁶ «At P. a Bero Constitutiones indicare videtur, quae latae sint pro tollendis abusibus, qui sunt vel esse possunt utriusque Ecclesiae communes, hoc est quibus poene statuuntur, et ea e medio

offerto, seppur teoricamente in grado di sfumare le posizioni di Agostino Bero, è insoddisfacente perché lascia del tutto irrisolta la questione di quando possa dirsi comune un abuso o un *praeceptum* attese le profonde diversità in tema di *mores et consuetudines* tra l'Oriente e l'Occidente.

7. L'ELABORAZIONE DEL CIC17 CAN. 1

I numerosi studi di Carlo Fantappiè sulla prima codificazione canonica consentono di evitare divagazioni su questo punto di svolta nel modo in cui la Chiesa cattolica ha inteso organizzare *sub specie iuridica* la propria missione nel mondo⁷⁷, consentendo così di passare direttamente ad analizzare nello specifico il CIC17 can. 1. Salvo l'eccezione rappresentata dall'*Etsi pastoralis*, tutte le fonti riportate in nota al canone dimostrano in maniera abbastanza evidente quanto il famoso e problematico inciso *ex natura rei* contenuto nel canone sia legato ai criteri interpretativi elaborati dalla Congregazione Particolare del 1631, peraltro anch'essa menzionata. Tra queste riveste grande importanza l'enciclica della S. C. de Propaganda Fide del 1882 riguardante l'applicazione all'Oriente dell'obbligo per i vescovi della messa *pro populo* sancito dall'*In suprema* di Leone XIII, poiché in essa si trova un esplicito richiamo ai criteri di applicazione formalizzati nel 1631 e alla dottrina collegata, dichiarando che

questa dottrina di teologi e canonisti non è stata finora sanzionata dalla S. Sede; è certo però che gli orientali *ab immemorabili* ritengono qual sentenza teoretica e pratica di non essere compresi nelle Costituzioni disciplinari se non nel modo predetto, e che questa loro persuasione non fu mai condannata dalla S. Sede⁷⁸.

tellantur, vel impediuntur, quae Ecclesiasticae derogant honestati, vel periculum generant animarum aut executioni mandentur praecepta, quae ad utramque Ecclesiae pertinent», *ibidem*, p. 58a.

⁷⁷ Tra i numerosi studi di Carlo Fantappiè sull'argomento, sia qui sufficiente ricordare C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica. Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Milano 2008, 2 vol.

⁷⁸ S. C. DE PROPAGANDA FIDE, *Lettera enciclica al Delegato Apostolico per l'Oriente, 8 novembre 1883*, in *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide...*, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, Romae, 1907, vol. II, p. 165, n. 1578. Il richiamo del Dicastero al Responso del 1631 è più che altro formale dal momento che i criteri da esso indicati rielaborano e modificano non poco quelli originali, basti dire che manca il criterio più interessante ossia quello della ricomprensione implicita «[...] 1. In punctis fidei et doctrinae catholicae. 2. Ubi materia ostendit comprehensionem, in quantum, nedum, est lex ecclesiastica, sed declaratio legis divinae et naturalis. 3. Quando etsi agatur de ordinationibus disciplinaribus, Orientales ibi expresse nominatur. [...]», *ibidem*. Doyle a questo riguardo avanza l'ipotesi che «the congregation's members did not review the original text and perhaps were articulating the praxis of the congregation at the time». S. T. DOYLE, *The Developing Recognition of the Juridica Autonomy of Eastern Catholic Churches: From the Pamphilian Jurisprudence to the CCEO*, cit., p. 237.

Nonostante la premessa teorica della non “ufficialità” *in iure* dei criteri, il loro utilizzo da parte della S. C. de Propaganda Fide per elaborare la propria decisione conferma l'esistenza di un orientamento risalente e consolidato che li considera *de facto* giuridicamente vincolanti⁷⁹. Contro questa lettura la possibile obiezione che nell'*Etsi pastoralis*, altra fonte del CIC17 can. 1, Benedetto XIV non li abbia presi in considerazione, non appare tutto sommato significativa. Infatti, si deve tener presente che nella contingenza ecclesiale dell'*Etsi pastoralis* Benedetto XIV è condizionato da uno specifico obiettivo che è ben lungi dall'essere la salvaguardia della specificità orientale⁸⁰. A riprova vi è la constatazione che, diversamente, nelle situazioni in cui il contesto richiede l'adozione di garanzie per la protezione della specificità orientale come *Allatae sunt*, il Pontefice non esita a richiamare i criteri del 1631, quantunque senza voler legare ulteriormente le mani alla Sede Apostolica tramite una loro sanzione definitiva ed ufficiale.

Altra fonte meritevole di attenzione è una lettera enciclica della S. C. de Propaganda Fide⁸¹ con cui si rende nota una decisione del 15 luglio 1885 del S. Ufficio ove si afferma il criterio secondo cui gli Orientali sono vincolati alle

⁷⁹ «Toutefois, en faisant de la doctrine exposée dans la lettre de 1882 aux cas qui se sont présentés, les Congrégations romaines n'ont modifié en rien sa valeur et l'ont laissée avec son caractère d'opinion pratiquement sûre, comme s'appuyant sur un usage immémorial et pouvant, par suite être suivie *tuta conscientia*, sans qu'on puisse dire qu'il existe un décret véritable la confirmant directement et expressément», *Question de science ecclésiastique, consultations diverses*, in «L'ami du clergé», 33 (1911) 762-763. Di questo avviso è Herman che, in riferimento alla Risposta del 1631, rileva: «quae norma quamquam numquam authentice confirmata est, de facto tam ab Orientalibus servata est quam a S. Sede, uti agnovit Benedictus XIV et S. Congregatio de Propaganda Fide», E. HERMAN, *De conceptu "Ritus"*, in «The Jurist» 2 (1942) 333-345: 337. Di norma costantemente osservata in riferimento al Risposta del 1631 parla il commento *Se gli Orientali abbiamo diritto di scegliere la sepoltura in una chiesa di rito diverso dal proprio*, in «Il Monitore Ecclesiastico» 9 (1907) 514-517: 514, precisando però che non sia applicata a tutte le costituzioni pontificie ma «solamente le nuove (*noivis pontif. constitutionibus*). Le costituzioni antiche, perciò anteriori alla norma sancita nel 1631, che furono emanate per tutta la Chiesa cattolica, rimangono nel loro pieno vigore anche presso gli Orientali», *ibidem*, p. 515.

⁸⁰ Emblematica a tal proposito è la nota di segreteria *Il rito greco nell'Italia inferiore*, acclusa alla relazione *Relazione con sommario intorno ai provvedimenti da adottarsi per l'amministrazione spirituale dei fedeli Albanesi di rito greco di Sicilia e Calabria*, in Archivio Congregazione Chiese Orientali, Ponzette, Sessione Plenaria del novembre 1917, n. 5, Prot. n. 38660, p. 114, n. 130, dove riguardo all'*Etsi pastoralis* si legge «anzi mentre il Pontefice protesta di volere "specialibus favoribus et gratis prosequi Graecos et Albanenses greci ritus", dimoranti nelle diocesi latine d'Italia [...] dopo queste parole amplissime comincia a restringere», e per questo il redattore della nota riconosce che forse i greci non ebbero torto a protestare contro la costituzione apostolica, cfr. *ibidem*, p. 115, n. 132.

⁸¹ Il testo fu diffuso attraverso una lettera enciclica della S. C. de Propaganda Fide. Il passo che interessa è il seguente: «Eodem fideles subiecti omnibus censuris ad Apostolicae Sede latis in materia dogmatum et in Constitutionibus in quibus implicite disponitur, nempe ubi materia ipsa demonstrat eos comprehendere, quatenus non de lege mere ecclesiastica agitur, sed ius naturale et divinum declaratur», S. C. de Propaganda Fide, lettera enciclica *Essendo stato promosso del*

norme non espressamente rivolte a loro «ubi materia ipsa demonstrat eos comprehendendi», una scelta ed elaborazione concettuale questa ripresa di fatto dall'*ex natura rei* del CIC17 can. 1, e che va a fondere i numeri 1 e 3 del Responso 1631. Le altre fonti riportate ai piedi del canone non sono di particolare interesse perché una è il frammento di una dichiarazione del S. Ufficio del 1710 in cui si dichiara l'applicabilità delle disposizioni *contra sollicitantes*⁸², l'altra è il decreto della S. C. de Propaganda Fide *Licet sancta* del 18 agosto 1893⁸³, con cui si estendeva espressamente agli Orientali l'applicazione della S. C. del Concilio *Vigilanti studio* del 25 maggio 1893⁸⁴.

8. BREVI ACCENNI AL DIBATTITO DOTTRINALE SUCCESSIVO ALLA PRIMA CODIFICAZIONE LATINA

In generale il CIC17 can. 1 non è uno di quelli che riceve particolare attenzione da parte dei principali attori del dibattito canonistico⁸⁵, venendo solitamente studiato quando si affrontano i temi dell'appartenenza rituale e dei rapporti interrituali⁸⁶. Il primo contributo significativo sul tema è quello

6 agosto 1885, in *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide...*, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, Romae, 1907, vol. II, p. 209 n. 1640/2.

⁸² «Le costituzioni pontificie emanate *contra sollicitantes* comprendono tutte le nazioni, ed in conseguenza così obbligano i greci come gli armeni», S. C. S. OFFICII, risposta *Bisognando qualche ministro* del 13 giugno 1710, in *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide...*, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, Romae, 1907, vol. I, p. 92, n. 278b.

⁸³ S. C. DE PROPAGANDA FIDE, decreto *Licet sancta* del 18 agosto 1893, in *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide...*, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, Romae, 1907, vol. II, pp. 296ab, n. 1847.

⁸⁴ S. C. DEL CONCILIO, decreto *Vigilanti studio* del 25 maggio 1893, in *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide...*, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, Romae, 1907, vol. II, pp. 291a-292b, n. 1832

⁸⁵ Nel 1921 Vincenzo del Giudice in un suo saggio bibliografico non indica alcuno studio specifico su questioni connesse con il can. 1 del Codice latino, come invece per altri argomenti. Cfr. V. DEL GIUDICE, *Saggio di bibliografia del Codex Iuris Canonici*, Modena, 1921. A titolo di ulteriore esempio, nel 1919 la diffusa rivista «L'ami du clergé» dedica ampio spazio al neo-promulgato codice di diritto canonico, non facendo però alcun accenno alle tematiche sottese al can. 1. Cfr., in particolare, *Les nouveautés du « Codex »*, in «L'ami du clergé» 36 (1914-1919) 785-788 e 956-958. Nemmeno nel successivo lavoro bibliografico di G. MOSCHETTI, *Bibliographia iuris canonici*, Roma 1942, pp. 31-33, si trova accenno a studi specifici sul canone in questione.

⁸⁶ La migrazione di massa di cristiani orientali negli Stati Uniti fa sì che la canonistica statunitense rivolga una certa attenzione alle problematiche giuridiche riguardanti il rapporto tra diritto canonico latino e cattolici orientali: H.J. HEUSER, *Greek Catholics and Latin Priests*, in «American Ecclesiastical Review» 4 (1891) 194-204; IDEM, *The Jurisdiction of Latin Bishops over Catholics of the Greek Rite*, in «American Ecclesiastical Review» 14 (1896) 338-345; IDEM, *Slav Catholics in the United States*, in «American Ecclesiastical Review» 29 (1903) 501-508; *European Priests Applying for Admission into*

di Cirillo Korolevskij⁸⁷. Il dotto ufficiale della S. C. per la Chiesa Orientale, mostra una profonda conoscenza delle problematiche poste dal CIC17 can. 1 affermando che «per quanto solenne, il senso di tale canone è tutt'altro che chiaro, e lo si vede specialmente nella pratica»⁸⁸. Prendendo le mosse dal diritto precedente e poggiandosi sulle prime pronunce del Dicastero di cui è servitore solerte, conclude

che la norma del can. 1 sia anche più restrittiva di quella precedentemente usata e dica cioè che in quei luoghi ove gli Orientali sono *espressamente nominati*, non si intendano obbligati se non in quanto la natura della disposizione involge un obbligo, per parte loro. E così la norma appare non solo chiara, ma pienamente legittima e giustificata⁸⁹.

La proposta interpretativa di Korolevskij, di per sé ben argomentata e di senso ancor più favorevole per la salvaguardia delle *consuetudines et mores*

American Dioceses, in «American Ecclesiastical Review» 30 (1904) 293-295; *The Appointment of a Greek Bishop in the United States*, in «American Ecclesiastical Review» 37 (1907) 453-467; J.T. MCNICHOLAS, *Difficulties on the New Marriage Legislation*, in «American Ecclesiastical Review» 39 (1908) 24-38; LEEN W., *Condition of the Eastern Orthodox Church in America*, in «American Ecclesiastical Review» 42 (1910) 523-536; A.B. MEEHAN, *The Greek-Ruthenian Church in the United States*, in «American Ecclesiastical Review» 51 (1914) 710-717; FORANEUS, *Some thoughts on the Ruthenian question in United States and Canada*, in «American Ecclesiastical Review» 52 (1915) 42-50; IDEM, *The Ruthenian Question Again*, in «American Ecclesiastical Review» 52 (1915) 641-653.

Tra le pubblicazioni successive alla promulgazione del Codice spicca lo studio di J. A. DUSKIE, *The Canonical Status of the Orientales in the United States*, Washington D. C. 1928. Memore dei nefasti esiti dei tentativi di latinizzazione degli Orientali immigrati, sul punto si veda F. MARTI, *I Rutheni negli Stati Uniti. Santa Sede e mobilità umana tra Ottocento e Novecento*, Milano 2009, pp. 136-353, Duskie afferma che «the notion of an Oriental Church implies, not only proper liturgical rite, but also a proper canonical discipline. If an Oriental leaves his native land, and acquire a domicile in the United States, this fact not change his rite, nor exempt him from his proper ecclesiastical legislation. The existing bond of rite presupposes its logical derivatives, a proper liturgy and a canonical discipline», J. A. DUSKIE, *The Canonical Status of the Orientales in the United States*, cit., p. 66. Lo specifico tema del rapporto tra legislazione pontificia e Oriente è ben trattato in chiave storica da Duskie, cfr. *ibidem*, pp. 20-29, e in chiave contemporanea con un occhio al CIC17 can. 1 da, cfr. M. F. DIEDERICH, *The Jurisdiction of the Latin Ordinaries Over Their Oriental Subjects, a historical synopsis and a commentary*, Washington D.C. 1946. Nulla dice, stranamente, V. J. POSPISHIL, *Interritorial canon law problems in United States and Canada*, Chesapeake City Maryland, 1955. Sino all'arrivo dei primi migranti dall'Oriente le tematiche connesse al cristianesimo non latino erano praticamente assenti nella manualistica Nordamericana, cfr. S. B. SMITH, *Elements of Ecclesiastical Law*, New York, 1881 vol. 1 e 1882 vol. 2; IDEM, *Compendium juris canonici*, Neo Eboraci – Cincinnati – Chicago, 1890².

⁸⁷ Cfr. C. KOROLEVSKIJ, *Circa il valore del codice di diritto canonico per gli orientali*, in «Monitor Ecclesiasticus» 37 (1925) 101-105. Nella manualistica viene sovente ma impropriamente affiancato al contributo del Korolevskij quello di F. M. CAPPELLO, *Ius Ecclesiae latinae cum iure Ecclesiae orientalis comparatum*, in «Gregorianum» 7 (1926) 489-510 (anche in «Ius Pontificum» 7 (1927) 55-71). In realtà, come indica il titolo stesso, il grande canonista gesuita tenta di evidenziare le principali differenze tra il diritto canonico latino e quello orientale, non già di analizzare le questioni sottese al CIC17 can. 1.

⁸⁸ C. KOROLEVSKIJ, *Circa il valore del codice di diritto canonico per gli orientali*, cit., p. 101.

⁸⁹ *Ibidem*, cit., p. 104.

orientales, non trova né sostenitori né oppositori venendo di fatto ignorata dalla dottrina canonistica⁹⁰. In questo può aver inciso l'avvio, sotto la tutela del cardinal Gasparri, del processo di codificazione del diritto orientale non avulso da pressioni, emerse già all'epoca del Concilio Vaticano I⁹¹, volte ad ottenere il maggior avvicinamento possibile dell'Oriente al diritto canonico latino⁹², obiettivo in buona parte raggiunto con la promulgazione dei quattro m. p. *Cleri sanctitati, Postquam Apostolicis Litteris, Craebre allatae, Sollicitudinem nostram* avvenuta sotto il pontificato di Pio XII.

Il principale punto di riferimento per la canonistica postcodiciale per l'interpretazione del CIC17 can. 1 è lo studio di Herman *De «Ritu» in Iure Canonico* del 1933. Il padre gesuita, dopo aver ripercorso dal punto di vista storico i passaggi dottrinali fondamentali riguardo ai rapporti tra legislazione pontificia e Oriente cristiano, offre una dettagliata disamina di tutte le questioni giuridiche sollevate dal primo canone del Codice latino⁹³, a cominciare dall'affermazione secondo cui con il CIC17 can. 1 si è finalmente e definitivamente sancita la

⁹⁰ Un'implicita confutazione della tesi di Korolevskij pare essere quella di S. ROMANI, *Gli Orientali nel C.J.C.*, in «Il Monitore Ecclesiastico» 47 (1935) 258-263, quando scrive «quindi, tutto ben considerato non è esatto il principio da qualcuno categoricamente affermato a proposito del canone 1, C. J. C., cioè che il *Codex* non obblighi la Chiesa Orientale se non in via eccezionale; meno esatto ancora asserire che nel C. J. C. milita la presunzione per la non obbligatorietà verso gli Orientali; a leggerlo attentamente il canone in esame comincia con una proposizione, sia pur concessiva, la quale fa rilevare, e *pour cause*, che spesso nel *Codex* è riportata anche la disciplina orientale; esso quindi interessa anche solo per questo, tutti gli Orientali, che vi trovano spesso la loro disciplina in sede di disciplina latina; solo la Chiesa non ha ritenuto opportuno, nella sua squisita delicatezza, sancire anche per gli Orientali un vero e proprio obbligo se non quando ciò lo esiga la natura delle cose. Che oltre a queste cose il C. J. C. abbia per gli Orientali valore di fonte suppletivo c'è chi lo nega, ed a rigore di diritto non si può negare, ma che esso abbia per gli Orientali in ogni sua parte un grande valore direttivo tutti lo sentono, non di rado persino gli Orientali separati», *ibidem*, pp. 262-263.

⁹¹ Cfr. P. GEFAELL, *Il primo Concilio Vaticano e gli orientali. Voti dei consultori della Commissione preparatoria per le Missioni e le Chiese orientali*, Excerpta ex Dissertatione ad Doctoratum, Romae 2005; C. G. PATELOS, *Vatican I et les évêques uniates. Une étape éclairante de la politique romaine à l'égard des Orientaux (1869-1870)*, Louvaine-la-Neuve, 1981.

⁹² Anzi, a dire il vero non poche furono le pressioni affinché si adottasse addirittura un unico Codice per tutta la Chiesa, idea non accolta da Pio XI, cfr. O. BUCCI, *Il Codice di Diritto Canonico Orientale nella storia della Chiesa*, in «Apollinaris» 55 (1982) 370-448: pp. 391-399. Si vedano, anche, I. ŽUŽEK, *L'idée de Gasparri d'un Codex Ecclesiae Universae comme « point de départ » de la codification canonique orientale*, in *Understanding the Eastern Code*, a cura di G. NEDUNGATT, Roma, 1997, pp. 429-458; D. COCO, *Canonici e Concili: l'idea e lo sviluppo della prima codificazione orientale tra il Vaticano I e il Vaticano II*, in «Iura Orientalia» 9 (2013) 14-59. Come noto i verbali delle adunanze relative agli anni 1926-1935 della *Pontificia Commissio Iuris Canonici Orientalis Recognoscendo* sono pubblicati in «Communicationes» 26 (1994) 75-147 e 234-332.

⁹³ Cfr. E. HERMAN, *De «Ritu» in Iure Canonico*, cit., pp. 96-158.

natura personale e non territoriale dei vincoli di appartenenza rituale⁹⁴. Sul tema specifico delle leggi pontificie Herman correttamente distingue tra quelle antecedenti alla promulgazione del Codice e quelle successive. Quanto alla prime

a. Leges quibus Orientales comprehendebantur ad normam responsi anni 1631 [...] istae leges vi can. 6 num. 6 Codice I. C. conservantur [...] certo Orientales quoque ligare pergunt; reliquae vero leges cessasse aestimantur, nisi in Codicem I. C. receptae sunt; et tunc obligant ad normam Cod. I. C. [...] b. Constitutiones quae primo Latinis lata dein proprio decreto ad Orientales extensae fuerunt. Deficiente lege principali praescriptiones quoque istorum decretorum, nisi in C. I. C. receptae sunt, abrogatae esse censentur. [...] c. Constitutiones – praeter illas a. et b. nominatas – quae ab synodis Orientalibus vel consuetudine receptae fuerunt. Hac receptione iam factae sunt leges propriae iuris Orientalium. Proinde abrogatae non censentur C. I. C. qui ius Orientalium proprium de se intactum relinquit [...] d. Constitutiones quae directae pro ipsis Orientalibus latae sunt, C. I. C. non abrogatae sunt et vigere pergunt. [...] e. Reliquae Constitutiones quae C. I. C. abrogatae sunt, etiam pro Orientalibus abrogatae censentur, licet ante interdum eorum effectum ad Orientales quoque extenderent⁹⁵

Quanto alle costituzioni pontificie emanate successivamente al Codice del 1917, il padre gesuita richiama i medesimi criteri da lui proposti in relazione all'applicazione dei singoli canoni del Codice agli Orientali⁹⁶, vale a dire:

a. Primo implicite comprehenduntur, ubi materia ipsa immediate ad Orientales quoque pertinet, licet neque explicite neque aequivalenter nominentur. [...] b. Secundo, ubi leges Codicis immediate personas vel instituta vel res latina respiciunt, sed mediate etiam Orientales attingunt, quatenus istae personae vel instituta iuridica vel res secundum vigens ius etiam pro Orientalibus auctoritatem habent. [...] c. Specialis difficultas habetur in definiendo an Orientales implicite comprehendantur illis canonibus qui certas praerogativas Romani Pontifici reservant [trattasi ovviamente, come specifica Herman, di quelle prerogative diverse da quelle indissolubilmente connesse al Primato Pontificio] d. Etiam quod Orientales favoribus in C. I. C. concessis gaudent, reduci potest ad id quod implicite his legibus comprehenduntur⁹⁷

Le due citazioni riportate consentono di cogliere quello che pare essere il limite della riflessione di Herman, peraltro diffusa tra i suoi contemporanei, ovvero un approccio di taglio casistico fondato sulle generali regole ermeneutiche di applicazione della legge, prescindendo dalla elaborazione di una previa riflessione dogmatica sull'Oriente cristiano in sé e in rapporto alla Sede Apostolica.

Da tenere in considerazione parlando del CIC17 can. 1 è l'opera *Das interrituelle Recht im Codex Iuris Canonici* di Dausend⁹⁸. Come in Herman, l'esegesi

⁹⁴ Cfr. *ibidem*, p. 138 e p. 152. Dalla valenza *ubicumque terrarum* dei vincoli di appartenenza rituale derivano evidenti difficoltà di coordinamento con il concorrente vincolo di sudditanza giurisdizionale su base territoriale, cfr. *ibidem*, pp. 152-158.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 124-126.

⁹⁶ Cfr. *ibidem* p. 138.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 132-138.

⁹⁸ Cfr. H. DAUSEND, *Das interrituelle Recht im Codex Iuris Canonici. Die Bedeutung des Gesetzbuches für die orientalische Kirche*, Paderborn 1939. Il CIC17 can. 1 non suscita particolare interesse negli

del canone citato non costituisce l'oggetto principale della riflessione dell'autore; tuttavia, la prima disposizione del Codice riceve particolare attenzione in quanto correttamente ritenuta questione preliminare allo studio dei rapporti interrituali. Pur non esplicitamente professata, l'idea di fondo del canonista francescano pare essere quella di una sostanziale inutilità del CIC17 can. 1. Dopo aver rilevato, infatti, gli scarsi successi della canonistica nel tentare di giungere ad un'interpretazione chiara dell'espressione *ex natura rei* della norma in questione, Dausend non sembra molto interessato ad offrire una sua personale lettura e trovare così finalmente una risposta alla domanda «Was bedeutet nun ‚ex natura rei‘ im Codex?»⁹⁹. Sulla scorta dell'idea già espressa alcune pagine prima¹⁰⁰, di fatto nemmeno tenta di offrire una interpretazione del canone in quanto, a suo avviso, non lo consente l'assoluta indeterminatezza dell'espressione *ex natura rei*; Dausend perciò ritiene che la questione dell'applicazione del Codice latino agli Orientali vada risolta di volta in volta, facendo riferimento alle singole espressioni e alle parole utilizzate nei vari canoni, e in questo sforzo l'interprete può e deve trovare aiuto e guida sicura negli interventi dell'Autorità Ecclesiastica tanto quando si concretizzano in pronunciamenti su singoli canoni quanto su questioni di ordine generale¹⁰¹. Proprio partendo da questi ultimi Dausend elabora cinque criteri interpretativi per valutare l'applicazione all'Oriente cristiano di questo o quest'altro canone del Codice latino i quali però, a ben vedere, altro non sono che una specificazione di quelli formulati nel Responso del 1631¹⁰².

altri due importanti studi sull'argomento, ossia J. JOUBIER, *La notion canonique de rite. Essai historique-canonique*, PP. Basiliens, Romae 1961; W. W. BASSET, *The determination of rite, an historical and juridical study*, Roma 1967. Quest'ultimo autore ritiene che «Subsequent law enacted specifically for members of oriental rites in the *Motu Proprio «Cleri sanctitati»* is substantially a reiteration of an existing juridical provision, not an indication that these same members of rites different than the Latin were not bound by the previous enactments of the *Code»*, *ibidem*, pp. 76-77.

⁹⁹ H. DAUSEND, *Das interrituelle Recht im Codex Iuris Canonici*, cit., p. 24.

¹⁰⁰ «welche Rechtsgeltung der Codex des näheren für die orientalische Kirche hat, last sich ihm selbst und Äußerungen maßgebender Kirchenlichter Entscheidungsstellen entnehmen», *ibidem*, p. 22.

¹⁰¹ Cfr. *ibidem*, pp. 25-30.

¹⁰² Per Dausend gli Orientali sono soggetti alle disposizioni ecclesiastiche in generale, e in particolare a quelle del Codice del 1917 quando queste: 1) menzionano espressamente gli Orientali; 2) se le disposizioni per il loro contenuto si possono riferire anche agli Orientali come nel caso di favori, purché non siano contrarie agli usi e alla disciplina orientale; 3) sono norme sulla fede o la morale; 4) dichiarano o spiegano la fede o la morale, come pure il diritto divino naturale e positivo; 5) sono poste a difesa della fede dei costumi, come pure del diritto divino positivo e naturale. Cfr. *ibidem*, p. 30. Quanto poi all'idea di alcuni autori secondo cui *l'ex natura rei* possa essere inteso anche nel senso che il Codice del 1917 sia applicabile tutte le volte in cui il diritto orientale mostri delle lacune, Dausend la ritiene condivisibile purché, in detta ipotesi, le norme del Codice si intendano quali meri criteri orientativi e non norme preceptive, cfr. *ibidem*, pp. 30-31.

Per quanto riguarda il resto della dottrina canonica, scorrendo i trattati e i manuali più noti di diritto canonico ci si accorge che spesso il CIC17 can. 1 viene liquidato in maniera sbrigativa¹⁰³, ed anzi in alcuni casi viene completamente ignorato¹⁰⁴. Lo stesso si verifica anche in opere che per l'argomento trattato avrebbero potuto dare un qualche risalto al tema¹⁰⁵. Ciò detto non sono comunque pochi, gli autori che ritengono la tematica connessa al CIC17 can. 1 meritevole di attenzione quantunque senza alcun significativo apporto di novità dal punto di vista dell'elaborazione concettuale¹⁰⁶.

¹⁰³ Cfr. G. COCCHI, *Commentarium in Codicem Iuris Canonici. Liber I. Normae Generales*, Taurinorum Augustae 1920, pp. 47-48, n. 30; J. B. FERRER, *Institutiones canonicas con arreglo al novísimo código de Pio X*, Barcellona, 1920, tom. I, pp. 45-45, nn. 123-124; A. TOSO, *Ad codicem juris canonici... commentaria minora. Liber I: normae generales*, Torino Roma 1921³, pp. 11-12; A. DE MEESTER, *Juris canonici et Juris Canonico – Civilis Compendium*, Brugis 1921, pp. 55-56, n. 112; C. BADI, *Institutiones Iuris Canonici*, Florentiae, 1921 p. 41; J. B. RAUS, *Institutiones canonicae in forma compendii, Juxta Methodum Faciliorem Novi Codicis Juris*, Lugduni – Parisiis 1923, p. xli; S. WOYWOD, *A Practical Commentary on the Code of Canon Law*, New York 1925, vol. 1, pp. 1-2; I. CHELODI, *Ius de personis*, Tridenti 1927, pp. 99-100; F. CLAEYS BOUUAERT e G. SIMENON, *Manuale juris canonici*, Gandae et Leodii 1930³, tom. I, pp. 82, n. 142; G. VROMANT, *Ius missionariorum, introductio et normae generales*, Louvain 1934, pp. 90-91, n. 65; S. GOYENECHÉ, *Juris canonici summa principia*, 1938[?], pp. 56-58; P. CIPROTTI, *Lezioni di diritto canonico. Parte Generale*, Padova 1943, pp. 115, n. 136; U. BESTE, *Introductio In Codicem*, Collegeville, Minn. 1944², pp. 49-50; R. NAZ, *Preliminaires, Portée d'application du Code, in Traité de Droit Canonique*, a cura di R. NAZ, C. DE CLERCQ, C. LEFEBVRE, H. DURAND, F. CLAEYS BOUUAERT e É. JOMBART, Paris 1946, tom. I, pp. 67-69, nn. 69-71; J. BRYNS, *Iuris canonici compendium*, Brugis 1947, vol. I, pp. 46-47, n. 90; J. B. SÄGMÜLLER, *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts*, Freiburg im Breisgau, nuova edizione 1926 vol. I/2, p. 265; F. M. CAPPELLO, *Summa iuris canonici*, Romae 1945⁴, p. 51, n. 61; A. VERMEERSCH e I. CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, Mechliniae-Romae 1949⁷, pp. 58-63, n. 67; M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, Torino 1950⁴, pp. 1-3, n. 1; S. SIPOS e L. GÁLOS, *Enchiridion Iuris Canonici*, Romae 1954⁶ (ancor meno spazio era dato nelle precedenti edizioni, cfr. Haladás, Pécs 1940⁴, pp. 66-67, §20, n. 10).

¹⁰⁴ Cfr. D. M. PRUMER, *Manuale Iuris Ecclesiastici*, Friburgi Brisgovie 1920, p. 42, Quaest. 34; A. PERATHONER, *Das kirchliche Gesetzbuch (Codex juris canonici). Sinngemäß wiedergegeben und mit Anmerkungen versehen*, Bressanone 1926, pp. 48-49, nota 5; M. BARGILLIAT, *Praelectiones Iuris Canonici*, Parisiis 1921³⁴, tom. I, p. 106, n. 147; G. CAVIGIOLI, *Manuale di diritto canonico*, Torino 1946³, pp. 71-84 e 151-152.

¹⁰⁵ Cfr. L. BENDER, *Normae generales de personis: commentarius in canones 87-106*, Roma – Parigi – New York – Tournai, 1957; IDEM, *Legum ecclesiasticarum interpretatio et suppletio: commentarius in canones 17, 18, 19 et 20*, Roma – Parigi – New York – Tournai 1961; G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia. Commentarius Libri II codicis juris canonici, canones preliminaries 87-106*, Parisiis – Tornaci – Romae 1955², anche se è vero che in quest'ultimo caso l'autore a p. 299, n. 2 rinvia alla corposa trattazione da lui fatta nel suo famosissimo studio sulle norme generali.

¹⁰⁶ Cfr. A. BLAT, *Commentarium Textus Iuris Canonici*, Romae 1921, pp. 60-61, n. 50; PH. MAROTO, *Institutiones iuris canonici ad normam novi codicis*, Romae 1921³, tom. I, pp. 165-166, n. 173, che avanza l'idea secondo cui il diritto orientale potrebbe assimilarsi al concordatario; H. CICOGNANI, *Commentarium ad Librum I Codicis*, Romae 1925, pp. 5-15; B. OJETTI, *Commentarium in Codicem Iuris Canonici. Liber Primus. Normae Generales*, Romae 1927, pp. 27-29; A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae – Romae 1930, pp. 3-9, nn. 1-5; C. BERUTTI, *Institutiones Iuris Canonici*,

Salvo in parte gli studi di Korolevskij, Herman e Dausend¹⁰⁷, si può affermare che in genere la canonistica dell'epoca appare carente nell'approfondire i presupposti teorici alla base del CIC17 can. 1¹⁰⁸. In generale si segue un ap-

Taurini – Romae 1936, vol. I, pp. 42-45; G. ONCLIN, *De territoriali vel personali legis indole*, Gemblaci 1938, pp. 320-322; H. CICOGNANI e D. STAFFA, *Commentarium ad librum primum codicis iuris canonici*, Romae 1939, pp. 1-35; S. ROMANI, *Institutiones Iuris Canonici*, Romae 1941, pp. 64-66, nn. 103 e 104; T. L. BOUSCAREN e A. C. ELLIS, *Canon Law. A Text and Commentary*, Milwaukee 1946, pp. 15-18; E. EICHMANN e K. MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici*, Paderborn 1949, vol. 1, pp. 60-63; G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici, commentarius libri I codicis iuris canonici*, Paris – Tornaci – Romae 1949², pp. 38-56; H. JONE, *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, Paderborn 1950², pp. 13-14; F. X. WERNZ e P. VIDAL, *Ius canonicum*, Romae 1952², tom. I, pp. 107-114, nn. 78-85; E. F. REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, Santander 1963, pp. 29-32, n. 35.

¹⁰⁷ Ad onor del vero nei territori ex asburgici viene pubblicato un lavoro molto interessante di N. RUSSNÁK, *Codex iuris canonici respectu habito edendi pro iure Ecclesiae catholicae orientali Codicem iuris canonici*, Praegae 1931, nel quale si tratta in maniera specifica il rapporto tra il Codice del 1917 e l'Oriente. Purtroppo quest'opera praticamente non ha avuto alcuna diffusione, e gli interessanti spunti di riflessione che offriva sono caduti nel vuoto. Vale però la pena menzionare la lettura che l'autore offre del can. 1: «Canon citatus positive docet, Codice novo disciplinam iuris Ecclesiae Catholicae Orientalem nullatenus esse ordinatam, habentibus valorem canonibus inibi contentis in iure unice ecclesiastico Ecclesiae Catholicae Occidentali. Disciplinam afficit tamen Ecclesiae orientalem eatenus, quatenus ratio quaestionis canonibus expresse vel implicite edicatur Codicis novi. Ex hoc sequitur, Codicem novum ad disciplinam Ecclesiae Catholicae orientalem referri in illis tantum, quorum natura dictat, solutionem canonum ob rationes rei internas extendi ad orientales quoque», *ibidem*, p. 44. Si ringrazia il prof. Péter Szabo per la segnalazione di questa pubblicazione. Russnák merita di essere ricordato anche per il suo poderoso *Studio sulla codificazione del Diritto Orientale del Rev.mo Prof. Nicola Russnák, della Diocesi di Eperjes/Fragolipolitana...*, un progetto completo di Codice in due tomi di ben 2414 canoni con l'indicazione in nota delle rispettive fonti, conservato presso l'Archivio del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi.

Degno di nota, infine, è che autori quali Coussa, (cfr. A. COUSSA, *Epitome praelectionum de iure ecclesiastico orientali*, 1948, p. 9, n. 6) e Petrani assieme ad Herman tra i canonisti di maggior rilievo quanto a temi connessi all'Oriente cristiano, non paiono particolarmente attenti alle problematiche connesse al CIC17 can. 1 tanto da limitarsi a ricordare che gli Orientali hanno una propria disciplina e non possono quindi essere obbligati dagli Ordinari latini, a cui eventualmente fossero soggetti, a rispettare quella latina e nello specifico il Codice, infatti «et novus Codex iuris canonici catholicos rituum orientalium non respicit (cn. 1)», A. PETRANI, *De relatione iuridica inter diversos ritus in ecclesia catholica*, Taurini – Romae 1930, p. 53; parlando poi in generale dell'applicabilità delle costituzioni pontificie agli Orientali Petrani nemmeno fa accenno alla congregazione del 1631, rifacendosi unicamente all'*Allatae sunt* e alla menzionata enciclica della S. C. de Propaganda Fide del 1885. Nessun accenno al CIC17 can. 1 si rinviene in altri lavori dell'autore, quali IDEM, *An adsit ritus praestantior*, in «Apollinaris» 6 (1933) 74-82; IDEM, *Fideles ad ritus orientales pertinentes*, in *Apollinaris*, 12 (1939), pp. 94-102; IDEM, *In ritu alieno celebrantes*, in «Apollinaris» 12 (1939) 187-197; IDEM, *De variis ritibus catholicis ac de suprema eos moderandi auctoritate*, in «Apollinaris» 11 (1938) 503-514.

¹⁰⁸ Basti ricordare che Mario Falco nel suo famoso studio introduttivo al primo Codice latino, non dedica alcuna attenzione al CIC17 can. 1, definendolo addirittura «ridondante», cfr. M. FALCO, *Introduzione allo studio del "Codex Iuris Canonici"*, 1925, p. 41.

proccio casistico¹⁰⁹, spesso partendo dalle dichiarazioni interpretative, a volte peraltro contrastanti, fornite dai dicasteri della Curia romana¹¹⁰.

9. ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI

Nella canonistica contemporanea il rapporto tra legislazione pontificia ed Oriente cristiano non ha riscosso grande attenzione, nonostante la presenza di una norma quale il CCEO can. 1492 che, seppur con una formulazione di difficile comprensione, radica sulla secolare stratificazione normativa, giurisprudenziale e dottrinale e in particolare sul Responso del 1631. La compresenza di due Codici (quello latino del 1983 e quello orientale del 1990) ha, difatti, condizionato non poco il dibattito dottrinale, portandolo a focalizzarsi sui reciproci rapporti tra queste due specifiche fonti normative, senza interrogarsi sul più generale tema che qui è stato trattato¹¹¹. Per questo, anche per sollecitare un dibattito di più ampio respiro, mi permetto di offrire qui alcune considerazioni che, pur riguardando il CIC17 can. 1, nondimeno possono essere spunto per una riflessione che voglia investigare con un'ottica più ampia il tema del rapporto tra legislazione pontificia *tout court* e Chiese orientali tanto cattoliche che non cattoliche di cui al vigente CCEO can. 1492. Il testo del CIC17 can. 1 recita:

¹⁰⁹ Un tale approccio è presente anche nella canonistica orientalistica, cfr. G. ŘEZÁČ, *Institutiones Iuris Canonici Orientales (ad usum privatum auditorum)*, Romae 1954, pp. 92-94. Al riguardo scrive De Clercq che «les auteurs sont d'accord pour interpréter cette expression dans le sens de la jurisprudence jusqu'alors admise, mais ils le sont moins lorsqu'ils énumèrent les canons du Code latin qui obligent les Orientaux», C. DE CLERCQ, *Oriental (Droit canonique)*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, a cura di R. NAZ, Paris 1957, vol. VI, coll. 1172-1176 (citazione col. 1173). Basti qui menzionare a titolo d'esempio il dibattito, nato per risolvere situazioni concrete (ad esempio cfr. D. G. OESTERLE, *Noch einmal eine "Russenehe"*, in «Theologisch-praktische Quartalschrift» 85 (1937) 680-684) sulla soggezione o meno degli Orientali non cattolici alla legislazione latina sul matrimonio e, dunque, sulla loro inclusione o meno nell'ambito di applicazione del CIC17 can. 1, cfr. V. DALPIAZ, *An Orientales schismatici legibus matrimonialibus Ecclesiae latinae teneantur*, in «Apollinaris» 10 (1937) 457-459; E. HERMAN, *Regunturne Orientales dissidentes legibus matrimonialibus Ecclesiae latinae?*, in «Periodica» 27 (1938) 7-20. Un'interessante disamina di altre situazioni si rinviene in *Questions de science ecclésiastique, consultations diverses*, in «L'ami du Clergé» 43 (1926) 217-228.

¹¹⁰ Si prenda, ad esempio, la famosa diatriba relativa al CIC17 can. 866, cfr. M. CONTE A CORONATA, *Interpretatio authentica codicis iuris canonici et circa ipsum sanctae sedis iurisprudentia 1916-1940*, Taurini 1940, p. 198.

¹¹¹ Abbondante è la bibliografia riguardante i rapporti tra i due Codici della Chiesa cattolica, tema su cui, come noto, è intervenuto anche il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi. In questa sede è sufficiente rinviare a due studi, uno più teorico, cfr. P. GEFAELL, *La correlazione tra CIC'83 e CCEO'90 alla luce della «nota explicativa» del 2011*, in *Il diritto canonico orientale a cinquant'anni dal Concilio Vaticano II, Atti del simposio di Roma, 23-25 aprile 2014*, a cura di G. RUYSEN, Roma 2016, pp. 281-289, e uno più pratico, cfr. J. ABBAS, *Le code oriental et l'église latine*, in «Studia Canonica» 50 (2016) 31-93.

Licet in Codice iuris canonici Ecclesiae quoque Orientalis disciplina saepe referatur, ipse tamen unam respicit Latinam Ecclesiam, neque Orientalem obligat, nisi de iis agatur, quae ex ipsa rei natura etiam Orientalem afficiunt

L'idea ispiratrice della norma è chiara: il Codice latino, sebbene in alcune parti possa riportare la disciplina orientale, di per sé non obbliga la Chiesa orientale (da intendersi oggi Chiese orientali). Vorrei richiamare l'attenzione su di una circostanza evidenziata dal Legislatore ma forse messa in ombra dal famoso inciso *ex natura rei*, ossia che nel CIC17 potrebbero rinvenirsi anche norme di diritto canonico orientale ma queste nondimeno non vincolano gli Orientali, almeno *vi codicis*. Per quanto attiene l'affermazione di principio sull'irrelevanza del Codice latino per gli Orientali, questa viene a cadere in presenza di *res* (inteso in senso latissimo di questioni, norme, materie, canoni etc.) che *ipsa natura rei* coinvolgono anche la Chiesa orientale e in questo caso è irrilevante se la disciplina sia puramente latina o orientale richiamata.

Personalmente ritengo che all'epoca la scelta di utilizzare un'espressione così generica e indeterminata come *ex natura rei* fu appropriata e, forse, anche obbligata atteso che la riflessione dottrinale, nonostante i secoli di dibattito, non era ancora giunta alla formulazione di criteri generali, oggettivi e certi sulla questione riguardante la vincolatività per gli Orientali delle leggi pontificie non espressamente rivolte loro, salvo l'ipotesi contenuta nel n. 1 Responso del 1631 ossia le norme connesse a questioni di fede e morale e dunque anche diritto divino (il diritto divino in dottrina a volte è stato sussunto sotto la dizione fede e morale, altre volte è stato configurato come ipotesi aggiuntiva).

A mio sommesso avviso sarebbe stato opportuno da parte della dottrina postcodiciale tentare almeno di esplicitare quella distinzione che a livello inconscio traspare nei commenti dei vari canonisti, e cioè tra *materia*, ossia l'ambito della realtà che è oggetto della norma, e *determinazione ordinatrice* dell'Autorità ecclesiastica che con la sua potestà cerca appunto di ordinare la realtà secondo la propria linea di politica ecclesiastica (evitiamo qui di entrare nel merito se l'autorità ecclesiastica dichiara/tutela situazioni di giustizia *in re* ovvero le determini).

Sotto il profilo della *materia* ci sono norme, ambiti e, appunto, materie in cui la normativa canonica *de necessitate* vincola gli Orientali a prescindere dalla forma dell'atto umano di legislazione nella quale sono esplicitate, (ci si sta riferendo al n. 1 del Responso del 1631 ossia fede, morale e diritto divino). Da qui si apre però la questione delicatissima della vincolatività *ex se* del diritto divino (addirittura della sua stessa esistenza se inteso appunto

come norma giuridica¹¹²) e di quale sia il rilievo e il valore dell'intervento formalizzante/esplicitante del legislatore ecclesiastico (essenziale per coloro che negano la qualifica di diritto in senso stretto al diritto divino, ovvero eventuale, esplicitativo ed esplicativo per coloro che ne sostengono l'immediata giuridicità). Nondimeno detta questione non interessa ai nostri fini, perché o direttamente *ex se* o indirettamente attraverso la formalizzazione umana, il diritto divino è vincolante per gli Orientali. Ben più complesso è pronunciarsi riguardo a quelle norme di diritto umano che sono poste ad integrazione, ampliamento, specificazione del diritto divino. Ma qui si entra nel secondo ambito, quello della *determinazione ordinatrice* di cui andiamo a trattare.

Il profilo della *determinazione ordinatrice* dell'Autorità Ecclesiastica tocca le ipotesi di cui ai nn. 2 e 3 del Responso del 1631. Qui vengono in gioco profili diversi da quelli di cui sopra. Qui siamo nell'ambito di ciò che cade sotto il governo e la responsabilità umana, o meglio dell'Autorità ecclesiastica, la quale per adempiere al mandato ricevuto sceglie ed impone tra le molteplici possibili alcune regole, per ordinare la realtà concreta (sopraffacciamo dal vedere se secondo dimensioni di giustizia *in re* ovvero determinate dalla stessa Autorità Ecclesiastica) così da condurla secondo le proprie direttive politiche alla realizzazione del fine proprio della società ecclesiale. Per questa ragione assume rilevanza fondamentale stabilire l'ambito di competenza dell'Autorità Ecclesiastica e, nello specifico, l'ambito di competenza a cui il Romano Pontefice sta facendo riferimento nel porre l'atto di legislazione: Pastore della Chiesa Universale, Capo della Chiesa latina, . . . , Vescovo di Roma. Collateralmente bisogna, inoltre, prendere in considerazione la specifica materia oggetto della normativa, materia (ovviamente diversa da quella di cui sopra, ossia fede morale e diritto divino) da intendersi nell'accezione più larga possibile. Nella Chiesa, come è noto, vi sono delle ripartizioni di competenze tra Suprema Autorità e Autorità Ecclesiastiche locali, ripartizioni in alcuni casi esistenti per diritto divino ed in altri per diritto umano. Ora l'esistenza di ambiti di competenza distinti permette di classificare gli interventi del Romano Pontefice come ordinari oppure straordinari, suggerendo il criterio dell'interpretazione stretta per i secondi diversamente dai primi per i quali si deve ritenere valevole il noto principio sancito della regola *iuris XV*. Questa linea interpretativa assume un carattere più restrittivo qualora dal testo normativo *de quo* non sia

¹¹² La tematica dello *ius divinum* è stata oggetto di un apposito convegno della *Consociatio*, i cui risultati sono pubblicati nel volume *Il "ius divinum" nella vita della Chiesa: XIII Congresso internazionale di diritto canonico, Palazzo Ducale - Isola di San Servolo, Venezia, 17-21 settembre 2008*, a cura di J. I. ARRIETA, Venezia 2010. Utili sono anche le considerazioni offerte recentemente da A. STABELLINI, *De limine iuris. Disgressioni sul ius divinum*, in «Monitor Ecclesiasticus» 131 (2016) 97-132.

possibile individuare con chiarezza la veste formale dell'agire del Romano Pontefice, poiché ad essere chiamata in causa da parte dell'interprete non è più, allora, l'ampiezza o meno della portata della norma ma *tout court* la sua stessa applicabilità. In tale evenienza sarà decisivo, preliminarmente, il porre attenzione alla materia oggetto della norma e quindi all'ambito di competenza del Legislatore, e parlare di presunzione di applicabilità della norma pontificia per le materie di sua competenza ordinaria e all'opposto presunzione di non applicabilità per quelle di competenza straordinaria (ossia quelle che di per sé spettano ad altre Autorità Ecclesiastiche). L'estrema difficoltà, o foss'anche l'impossibilità concreta, di individuare con precisione i confini dei rispettivi ambiti di competenza delle varie Autorità ecclesiastiche preposte al governo della Chiesa, a mio avviso, non inficia la validità e l'utilità di quanto sopra, che rimane comunque uno strumento interpretativo che, forse, ancora oggi mantiene una qualche utilità.

La contemporaneità “più prossima”

IL VALORE TEOLOGICO DEL DIRITTO CANONICO: UNA QUESTIONE STORICA

Péter Erdő*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. L'autocoscienza della Chiesa nascente. – 3. Alcune istituzioni significative della Chiesa dei primi tempi. 3.1. Istituzioni che garantivano l'unità del popolo. 3.2. Istituzioni che stabilivano l'appartenenza al popolo di Dio. 3.3. Vita liturgica e comunitaria. 3.4. La scomunica: separazione dal popolo santo. – 4. Conclusione.

1. IL PROBLEMA

In questo contributo non voglio affrontare in modo filosofico il rapporto tra due discipline sacre distinte ma non separabili tra di loro. Cerco invece di esaminare la realtà del diritto canonico degli inizi del cristianesimo e la sua dimensione teologica nella visione delle prime generazioni cristiane. Sotto il termine di diritto canonico non intendiamo soltanto un insieme di norme del comportamento sociale, bensì tutta una realtà istituzionale che caratterizza la comunità cristiana¹.

Siccome la tradizione apostolica era considerata nei primi secoli cristiani come un'eredità dottrinale, liturgica, morale e disciplinare² che risaliva agli apostoli e a Gesù Cristo stesso, tale realtà appariva come la base della legittimità di ogni successivo sviluppo. In questo senso occuparsi della dimensione teologica della realtà istituzionale della Chiesa primitiva risulta significativo anche oggi per la ricerca delle giuste soluzioni disciplinari di fronte alle sfide dei tempi.

* Cardinale Arcivescovo di Esztergom-Budapest, Primate d'Ungheria.

¹ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso di Giovanni Paolo II per la presentazione del nuovo Codice di Diritto Canonico*, 3 febbraio 1983, in «AAS» 75 (1983), Pars. I, p. 461. («Se la Chiesa – Corpo di Cristo – è compagine organizzata, se comprende in sé detta diversità di membra e di funzioni, se 'si riproduce' nella molteplicità delle Chiese particolari, allora tanto fitta è in essa la trama delle relazioni che il diritto c'è già, non può non esserci. Parlo del diritto inteso nella sua globalità ed essenzialità, prima ancora delle specificazioni, derivazioni o applicazioni di ordine propriamente canonico»).

² Cfr. P. ERDŐ, *Teologia del diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale* (Collana di studi di diritto canonico ed ecclesiastico, dir. R. Bertolino, 17), Torino 1996, p. 11, n. 4.

Se vogliamo esaminare la dimensione teologica o il valore teologico della realtà istituzionale della Chiesa, dobbiamo necessariamente partire dall'auto-coscienza dei cristiani delle prime generazioni e dal loro contesto religioso-culturale. La ricerca dell'identità teologica della realtà giuridica della Chiesa e nella Chiesa deve partire dall'esame degli aspetti di storia delle idee e del contesto culturale.

2. L'AUTOCOSCIENZA DELLA CHIESA NASCENTE

In base agli scritti del Nuovo Testamento la comunità dei discepoli di Cristo appare come assemblea, Chiesa (ἐκκλησία). Tale parola non era estranea al linguaggio dell'ebraismo ellenizzato ed originalmente non sembrava ancora opposto o contrario alla sinagoga (συναγωγή). Come abbiamo già ribadito in passato: "La parola greca ecclesia sta come traduzione dell'ebraico *qahal* già nella *Septuaginta*, usata anche dai cristiani come testo autentico. La stessa parola ebraica era però tradotta diverse volte nella *Septuaginta* con un altro termine greco *synagoge*"³. Ad ogni caso, la parola *ecclesia* indicava già nel linguaggio della *Septuaginta* la comunità dell'intero popolo di Dio, anzi, a volte l'assemblea solenne rappresentante del popolo⁴. Nel Deuteronomio la parola ecclesia si riferisce all'insieme del popolo eletto come partner nell'alleanza con il Signore⁵. È in tal senso che si usa l'espressione *ecclesia kyriou* (per es. Dt 9,10; 23,2 ecc)⁶.

La comunità cristiana, come si legge già in San Paolo, si chiamava Chiesa di Dio con riferimento alla Chiesa come insieme o come Chiese locali che ne fanno parte⁷ (cf. At 20,28; 1Cor 1,2. 10,32. 11,16.22). Similmente si parla di ecclesia di Cristo⁸ sia nel senso di Chiesa universale che nel senso delle Chiese locali (Rm 16,16; cf. Mt 16,18). I cristiani si sentivano *vero Israele, popolo di Dio* rinnovato

³ P. ERDŐ, *Teologia del diritto canonico...*, cit., p. 67, n.58; cfr. L. COENEN, *Kirche*, in *Theologisches Begriffslexikon zum Neuen Testament*, Hrsg. L. COENEN – E. BEYREUTHER – H. BIETENHARD, Wuppertal³ 1972, vol. II, pp. 784-795; 784-785.

⁴ Cfr. K. BERGER, *Volksversammlung und Gemeinde Gottes: Zu den Anfängen der Christlichen Verwendung von „ekklesia“*, in «Zeitschrift für Theologie und Kirche» 73 (1976) 167-207: 174; J. T. BURCHAEEL, *From Synagogue to Church, Public Services and Offices in the Earliest Christian Communities*, Cambridge 1992, pp. 209-205.

⁵ Sul contenuto teologico dell'idea dell'alleanza di Dio con il popolo d'Israele vedi per es. P. GHERRI, *Lezioni di Teologia del Diritto canonico* (Quaderni di Apollinaris 10), Roma 2004, pp. 152-154.

⁶ Sull'*ecclesia* nella "memoria collettiva di Israele" vedi Young-Ho PARK, *Paul's Ekklesia as a Civic Assembly. Understanding the People of God in their Politico-Social World* (Wissenschaftliche Untersuchungen zum Neuen Testament. 2. Reihe 393), Tübingen 2015, pp. 84-91, 180-186.

⁷ Cfr. L. COENEN, *Kirche...*, cit., p. 789.

⁸ Nel mondo ebraico dell'epoca si aspettava – in base a Gl 3,14 – il giorno del Signore e la nuova *ecclesia* del Messia, cfr. Y.-H. PARK, *Paul's Ekklesia...*, cit., p. 90.

nell'alleanza escatologica⁹ come dimostra chiaramente la prima lettera di San Pietro in cui si dice: "Voi siete stirpe eletta, sacerdozio regale, popolo d'acquisto" (1Pt 2,9). Questo popolo risulta – sin dall'inizio – anche una realtà istituzionale¹⁰. Tale autodefinizione contiene un chiaro riferimento a diversi brani dell'Antico Testamento (cf. Is 43,20-21; Es 19,6: "Sarete il mio sacerdozio regale e il mio popolo santo"). Si deve osservare tuttavia che la Chiesa del Nuovo Testamento non è qualificata mai chiaramente come *popolo nuovo di Dio*, in quanto si parla piuttosto di *nuova alleanza* (cf. Lc 22,20; 1Cor 11,25; 2Cor 3,6; Eb 8,13 ecc)¹¹. Di questo popolo tuttavia possono diventare membri anche i pagani attraverso la fede e il battesimo¹².

Secondo la formula ormai classica di Adolf Harnack il principio fondamentale e sempre operativo della costituzione della Chiesa primitiva era il concetto di popolo di Dio realizzato in essa¹³. Secondo l'osservazione di Harnack questo "nuovo" popolo rifiutava quasi completamente le antiche forme teocratiche dell'ebraismo volendo vivere "di Spirito, di fede, di speranza e di carità". Eppure erano presenti in esso i segni della vera teocrazia e con questa gli elementi del diritto ecclesiale divino¹⁴. La formazione delle leggi proprie della Chiesa era comunque agevolata dalla mentalità dei primi cristiani e ancora di più dal continuo uso dell'Antico Testamento. Proprio in base a ciò rimase un legame con l'organizzazione del popolo ebraico nel suo insieme e con quella delle sinagoghe¹⁵. Tale legame aveva un forte effetto creativo per la cristallizzazione delle forme istituzionali del cristianesimo. Ciò non era una conseguenza diretta dell'influsso della comunità ebraica non cristiana, ma proveniva dall'identità culturale e religiosa dei primi cristiani e dalle necessità terrene e comunitarie della Chiesa¹⁶.

⁹ Cfr. già J. DANIELOU, *Théologie du Judéo-Christianisme (Histoire des doctrines chrétiennes avant Nicée I)*, Paris 1958, p. 317; H. SCHLIER, *Ekklesiologie des Neuen Testaments, in Mysterium Salutis. Grundriss heilsgeschichtlicher Dogmatik*, Hrsg. J. FEINER – M. LÖHLER, Einsiedeln-Zürich-Köln vol. IV/1, 1972, pp. 101-221: 153-157.

¹⁰ Cfr. M. SIMON – A. BENOÎT, *Giudaismo e cristianesimo. Una storia antica* (Economica Laterza 373), Roma-Bari 2005, p. 55 («un movimento di riforma del giudaismo non si concepisce ... al di fuori del quadro di un gruppo organizzato»).

¹¹ P. ERDŐ, *Teologia del diritto canonico ...*, cit., p. 72, n.64; cfr. P. GHERRI, *Lezioni di Teologia ...*, cit., p. 156-158.

¹² Tutti i padri del secolo II sottolineano che i cristiani «costituiscono un popolo nuovo destinato a prendere posto fra i giudei e i greci come terza razza»: G. BARDY, *La Théologie de l'Eglise de saint Clément de Rome à saint Irénée* (Unam Sanctam 13), Paris 1945, p. 60.

¹³ A. HARNACK, *Entstehung und Entwicklung der Kirchenverfassung in den zwei ersten Jahrhunderten. Urchristentum und Katholizismus*, Leipzig 1910 (rist. Darmstadt 1978), pp. 116-117.

¹⁴ A. HARNACK, *Entstehung ...*, cit., p. 101, cfr. P. ERDŐ, *Teologia del diritto canonico ...*, cit., p. 73, n. 66.

¹⁵ Cfr. A. HARNACK, *Entstehung ...*, cit., p. 117.

¹⁶ *Ibidem*.

Tutto ciò significava che la Chiesa si considerava comunità di salvezza¹⁷, sposa di Cristo¹⁸. Per questo *l'inserimento dei membri in essa aveva un effetto decisivo riguardo alla loro salvezza*. Con questo erano date le basi di un diritto sacrale.

3. ALCUNE ISTITUZIONI SIGNIFICATIVE DELLA CHIESA DEI PRIMI TEMPI

3.1. Istituzioni che garantivano l'unità del popolo

Se la Chiesa si considerava vero Israele, aveva bisogno di organi che esprimessero quest'unità e la rendessero effettiva. È ben nota l'analogia dell'assemblea degli apostoli e presbiteri a Gerusalemme con il sinedrio. Anche il ruolo di San Giacomo, "fratello del Signore" contribuiva all'espressione di quest'unità¹⁹. Tale organismo ebbe un ruolo pressoché legislativo al cosiddetto concilio di Gerusalemme (cf. At 15,4-29). Il primato di Pietro appariva pure come principio di unità di questo popolo (cf. Mt 16,18 ecc). Tale funzione viene ribadita in modo speciale da Giovanni Paolo II, il quale afferma: "Dobbiamo vedere il ministero del successore di Pietro non solo come un servizio 'globale' che raggiunge ogni Chiesa particolare dall' 'esterno', ma come già appartenente all'essenza di ogni Chiesa particolare dal 'di dentro'"²⁰.

Nella tradizione antica si riscontra un'espressione molto significativa: *sacramentum unitatis*. La troviamo anche in San Cipriano²¹. Essa si riferisce alla funzione sacramentale dell'unità. I mezzi "per adempiere questa funzione sono le strutture fondamentali che realizzano ed esprimono l'unità sacramentale della Chiesa, soprattutto il ministero e la funzione del pontificato romano, della sede di Pietro come centro dell'unità"²². Tale funzione del pri-

¹⁷ Cfr. Mc 16,16. Gesù stesso «proclama un'avvento futuro-imminente del regno di Dio, pratica il battesimo come un rituale di preparazione per quel Regno, insegna ai suoi discepoli a pregare Dio... per chiedergli che il suo regno venga... Egli già media un'esperienza del tempo gioioso della salvezza». J. P. MEIER, *Un ebreo marginale. Ripensare il Gesù storico*. Vol. II *Mentore, messaggio e miracoli*, Brescia⁴ 2014, p. 591. Per una riflessione sulla portata pratica di questa realtà nella Chiesa dei nostri giorni vedi per es. G. VERSALDI, *El derecho canónico como instrumento para encarnar en la Iglesia el mensaje de salvación*, in «Educatio catholica» 3/1-2 (2017) 193-208: 194.

¹⁸ Cfr. J. DANIELOU, *Judéo-Christianisme ...*, cit., pp. 317-318, 326-328.

¹⁹ Cfr. già *ibidem* 410.

²⁰ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai Vescovi degli Stati Uniti d'America*, 16 settembre 1987, n. 4, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. X/3, Città del Vaticano 1987, p. 556, cfr. P. GEFAELL, *L'Ecclesiologia eucaristica e il primato del Vescovo di Roma*, in «Folia Canonica» 1 (1998) 129-149: 137.

²¹ CYPR., *Cath. Eccl. unit.* 6-7; ecc.

²² P. ERDÓ, *Teologia del diritto canonico ...*, cit., pp. 99-100, n. 102. Per il contesto rabbinico della potestà di sciogliere e legare cfr. per es. Y. CONGAR, *Die Wesenseigenschaften der Kirche*, in

mato è stata presentata nelle sue diverse sfumature dal beato John Henry Newman²³.

In tale visione sia l'espressione comunitaria – o se vogliamo conciliare – che l'espressione unipersonale dell'unità del popolo di Dio può richiedere e produrre delle norme di comportamento che hanno la funzione di confermare ed esprimere quest'unità visibile²⁴.

Come l'appartenenza al popolo eletto aveva un'influenza profonda sulla relazione della persona con Dio, così, ma in modo tutto speciale, per l'opera salvifica di Cristo, anche l'appartenenza al popolo di Dio rinnovato nella Nuova Alleanza aveva un effetto decisivo riguardo alla salvezza. La Chiesa era considerata come popolo visibile che cammina in questa terra, ma che porta in se e rende efficace il dono della salvezza avvenuta con Cristo. Per esprimere il rapporto tra i membri della Chiesa e il Signore²⁵ si usava la parola *koinonia*, cioè comunione. Nell'uso di questa parola nel Nuovo Testamento si osserva che l'accento veniva posto sulla partecipazione, insieme ad altri, a qualcosa. I cristiani partecipano al Vangelo (Fil 1,5), allo Spirito Santo (2Cor 13,13), sono chiamati alla comunione con il Cristo glorificato (1Cor 1,9).

Nell'Eucaristia i credenti partecipano *al corpo e al sangue di Cristo* (1Cor 11,24-29)²⁶. Così l'Eucaristia risulta anch'essa una forza che crea e unisce la Chiesa: "Il calice della benedizione²⁷ che noi benediciamo – scrive San Paolo – non è forse comunione con il sangue di Cristo? E il pane che noi spezziamo non è

Mysterium Salutis. Grundriss heilsgeschichtlicher Dogmatik, vol. IV/1, hrsg. J. FEINER – M. LÖHRER, Einsiedeln-Zürich-Köln 1972, p. 577.

²³ J. H. NEWMAN, *The letters and diaries*, ed. C. S. Dessain, London-New York 1961 ss., vol. XX, pp. 305-306; IDEM, *Sermons preached on Various Occasions*, Westminster, Md. 1968, p. 191; IDEM, *An Essay on the Development of Cristian doctrine*, Westminster, Md. 1968, pp. 148-149, 154-155. Per la posizione di Pietro nella Chiesa nascente vedi per es. J. GNILKA, *Petrus und Rom. Das Petrusbild der ersten zwei Jahrhunderten*, Freiburg-Basel-Wien 2002, pp. 77-108.

²⁴ Sul criterio territoriale di competenza come „garanzia dell'unità della Chiesa“ vedi R. INTERLANDI, *Potestà sacramentale e potestà di governo nel primo millennio. Esercizio di esse e loro distinzione* (Tesi Gregoriana, Diritto Canonico 103), Roma 2016, pp. 335-343.

²⁵ Sulle radici ebraiche della considerazione della Chiesa come sposa o fidanzata di Cristo (cfr. per es. Ef 5,25-32) o come corpo di Cristo (cfr. 1Cor 6,15-16 ecc.) vedi già J. DANIÉLOU, *Judéo-Christianisme ... cit.*, pp. 326-337.

²⁶ Cfr. P. ERDŐ, *Teologia del diritto canonico ... cit.*, pp. 113, n. 116.

²⁷ Di questo calice, alla cena di Pasqua presso gli ebrei doveva bere quello che diceva la benedizione, ma poteva passare lo stesso calice anche agli altri. Eppure i partecipanti della cena avevano generalmente i loro bicchieri. Cfr. H. L. STRACK – P. BILLERBECK, *Kommentar zum Neuen Testament aus Talmud und Midrasch*, vol. IV/1, *Exkurse zu einzelnen Stellen des Neuen Testaments. Abhandlungen zur neutestamentlichen Theologie und Archäologie. Erster Teil*, München⁴ 1965, pp. 58-59. Secondo un'interpretazione ebraica moderna dal bicchiere della benedizione devono bere tutti. Cfr. *Talmud. בבלי. הלמוד. Válogatott fejezetek* (Klasszikus zsidó művek magyarul. Szerk. Oberlander Bárucl rabbi 10), Budapest 2017, vol. II, p. 889.

forse comunione con il corpo di Cristo? Poiché vi è un solo pane, noi – benché molti – siamo un solo corpo: tutti infatti partecipiamo all'unico pane. Guardate l'Israele secondo la carne: quelli che mangiano le vittime sacrificali, non sono forse in comunione con l'altare?" (1Cor 10,16-18). Sull'Eucaristia come forza creatrice della Chiesa – oltre che principio di unità²⁸ – ritorneremo più avanti.

I credenti partecipano alla *buona novella di Cristo* e così, attraverso la Chiesa, entrano in comunione con Dio stesso. Nella prima lettera di Giovanni si legge infatti: "Quello che abbiamo veduto e udito, noi lo annunziamo anche a voi, perché anche voi siate in comunione con noi. La nostra comunione è con il Padre e con il Figlio suo Gesù Cristo" (1Gv 1,3). Questo rapporto di comunione è un punto centrale del carattere giuridico delle relazioni istituzionali all'interno della Chiesa. Secondo l'espressione moderna di Otto Semmelroth il segno sacramentale è il popolo messianico che è stato fatto da Cristo comunità di vita, di amore e di verità e che viene usato dal Signore come strumento per la salvezza di tutti e mandato in tutta la terra come luce del mondo e sale della terra²⁹.

3.2. Istituzioni che stabilivano l'appartenenza al popolo di Dio

Il *battesimo* era conosciuto nell'ebraismo come forma di accoglienza dei proseliti che volevano entrare nella comunità. Esso aveva anche un carattere penitenziale e comunque purificatorio³⁰. Tra i cristiani il battesimo era praticato, ma considerato teologicamente in un altro modo e collegato con la persona di Gesù Cristo. Anche per i cristiani il battesimo era un rito per diventare membri della Chiesa, ed aveva per effetto la liberazione dai peccati. Tale liberazione però era considerata in un modo nuovo. Nel Nuovo Testamento veniva tematizzata la presenza del "battesimo di Giovanni" che era diverso dal battesimo nel nome di Cristo. San Paolo vede la Chiesa come Israele secondo lo Spirito rispetto alla comunità del popolo ebraico, in quanto Israele secondo la carne (cfr. Gal 6,16; 1Cor 10,18). Nei suoi scritti sembra che vi siano due visioni, due approcci alla realtà della Chiesa come popolo di Dio. Da una parte la Chiesa sembra essere l'unico Israele nel nuovo tempo escatologico, il vero Israele e così l'accento

²⁸ Cfr. per es. Y. CONGAR, *Die Wesenseigenschaften der Kirche . . .*, cit., p. 387.

²⁹ Cfr. CONC. VAT. II, Cost. dogm., *Lumen Gentium* 9; O. SEMMELROTH, *Die Kirche als Ursakrament, in Mysterium Salutis. . .*, vol. IV/1, pp. 329-330; Y. CONGAR, *Un popolo messianico. La chiesa sacramento di salvezza. La salvezza e la liberazione* (Biblioteca di teologia contemporanea 27), Brescia 1977, pp. 69-91.

³⁰ Cfr. per es. E. SCHÜRER, *Storia del popolo giudaico al tempo di Gesù Cristo (175 aC-135 dC)*, ed. diretta e riveduta da G. VERMES – V. MILLAR – M. GOODMAN, edizione italiana a cura di C. GIANOTTO, Brescia 1997, vol. III/1, pp. 240-242.

viene messo sulla continuità nella storia della salvezza. Dall'altra parte, in altri brani viene messo l'accento sulla novità della Chiesa³¹. Così si capisce anche la tensione interna dell'istituzione fondamentale per l'appartenenza alla Chiesa. Nel battesimo infatti si vedono i segni della continuità con l'istituto analogo dell'ebraismo. Allo stesso tempo il Nuovo Testamento ripete che il battesimo dei cristiani avviene nello Spirito (At 11,16; 18,25; 19,3-6). In base a questa dinamica teologica il battesimo può essere considerato come forza istituzionalizzante o forza creatrice della Chiesa.

Il battesimo però doveva essere preceduto dalla fede e così dall'annuncio della buona novella³². Così rimane logico che anche la "parola" o il "verbo" venga considerato come un fenomeno percepibile con i sensi umani che crea la Chiesa. Esso è anche base dell'unità visibile del popolo. I fedeli in Cristo sono rinati attraverso il Verbo vivente (1Pt 1,23). Come dice San Paolo: "Un solo Signore, una sola fede, un solo battesimo" (Ef 4,5). Più concretamente però si cristallizza la professione di fede come elemento di manifestazione della convinzione comune della Chiesa e come condizione previa al battesimo³³. Così le professioni di fede diventano anche elementi istituzionalizzanti e portatori

³¹ Cfr. R. SCHNACKENBURG, *Die Kirche im Neuen Testament*, Leipzig 1965, p. 138.

³² Un testo base usato nella missione giudaica e poi trasformato per l'insegnamento cristiano prebattesimale è stata la prima parte della *Didaché* (I, 1 – VI, 1); cfr. W. RORDORF, *Didaché*, in *Nuovo Dizionario Patristico e di Antichità Cristiane*, Genova-Milano² 2006-2008, vol. I, pp. 1400-1402; J. MÜHLSTEIGER, *Kirchenordnungen. Anfänge kirchlicher Rechtsbildung* (Kanonistische Studien und Texte 50), Berlin 2006, p. 73. Più dettagliatamente, con riferimento speciale all'insegnamento precedente al battesimo: J. DANÉLOU, *Judéo-Christianisme ...*, cit., pp. 373-375; A. STEWART-SYKES, *On the two ways: life or death, light or darkness: foundational texts in the tradition*, (Popular Patristics Series 41), Yonkers, NY 2011, p. 19.

³³ Per alcuni precedenti nell'ebraismo cfr. per es. *Shemone 'Ešreh* (almeno le prime tre invocazioni): E. SCHÜRER, *Storia del popolo giudaico ...*, cit., vol. II, pp. 547-554. Nella comunità di Qumran, prima dell'ingresso di un nuovo membro si richiedeva un giuramento di convertirsi alla Legge di Mosè e l'obbligazione di separarsi di tutti gli uomini dell'iniquità; cfr. J. DANÉLOU, *Judéo-Christianisme ...*, cit., p. 377. Per i precedenti di una professione di fede cristiana si vedano le formule che si trovano nel Nuovo Testamento, cfr. K. BACKHAUS, *Glaubensbekenntnis. II. Biblisch. 3. Neues Testament*, in *Lexikon für Theologie und Kirche*, Hrsg. W. KASPER, Freiburg-Basel-Wien³, 1993-2001 (2006), vol. IV, coll. 702-703 («Die Urgemeinde setzt die alttestamentliche-frühjüdische Tradition des Bekenntnisses zu Gott Israels voraus und thematisiert den eigenen Glauben dadurch, dass sie dessen Heilshandeln in flexibler Weise auf sein Wirken in Jesus Christus konzentriert»). Per una professione di fede battesimale del secolo III, vedi *Traditio Apostolica* 21; ricostruzione del testo: *La Tradition Apostolique de Saint Hippolyte. Essay de reconstitution*, ed. B. BOTTE, Münster 1963 (1972), pp. 44-52. Un'altra ricostruzione della storia del testo P. F. BRADSHAW – M. E. JOHNSON – L. E. PHILLIPS, *The Apostolic Tradition: A Commentary*, ed. H. W. ATTRIDGE, Minneapolis, MN 2002, pp. 114-118, n. 21, 12-19. Per ricordi risalenti persino al II secolo nella *Traditio Apostolica* cfr. A. STEWART-SYKES, *Traditio Apostolica*, in *Nuovo Dizionario Patristico ...*, cit., vol. III, coll. 5446-5448. Per la preistoria della professione di fede di Nicea (una professione di fede battesimale usata in Palestina) vedi *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, ed. J. ALBERIGO – J. A. DOSSETTI – P. JOANNOU – C. LEONARDI – P. PRODI, Bologna³ 1973, p. 2.

di unità. Più ampiamente però la comunione al verbo di Dio richiede una certa unità riguardo ai testi sacri.

Se il popolo d'Israele è considerato come popolo del Libro, la Chiesa cristiana cominciava ad avere come forza coagulante oltre alla Torah e agli altri testi sacri dell'ebraismo anche i libri del Nuovo Testamento. Parallelamente alla definizione del canone del Nuovo Testamento, la *Sacra Scrittura* divenne fattore di identificazione della comunità ecclesiale. L'idea stessa del libro sacro che veniva letto nelle assemblee liturgiche della comunità era del tutto ebraica³⁴. Anche se i cristiani si sentivano liberati dalla forza vincolante della stragrande maggioranza delle norme giuridiche e liturgiche della Bibbia ebraica e della tradizione del popolo, per la stessa comprensione dell'opera di Gesù³⁵ avevano assolutamente bisogno dei libri sacri del popolo d'Israele, che era la patria culturale e religiosa di tutta la comunità cristiana nascente³⁶. La scoperta del fatto che nella vita e nella morte di Gesù si sono compiute le antiche profezie, ossia le Scritture, e nella stessa esperienza fondamentale di aver riconosciuto nella persona di Gesù il Messia promesso, cioè il Cristo, era la causa della nascita della Chiesa. Per questo dice San Paolo che "il Cristo crocifisso è stoltezza per i pagani" (1Cor 1,23)³⁷. Per lo stesso motivo è entrata nella prassi della preparazione al battesimo il racconto e la spiegazione dei fatti principali della storia della salvezza in base all'Antico Testamento. Tale logica d'introduzione è rimasta conservata fino ad oggi nella liturgia della veglia pasquale³⁸, dove si leggono i brani fondamentali della Bibbia ebraica. Tutto ciò, vale a dire la continuità con il popolo d'Israele e allo stesso tempo la novità della Chiesa, si esprime anche nei riguardi della Sacra Scrittura. Nella Seconda lettera di Pietro si legge infatti: "come anche il nostro carissimo fratello Paolo vi ha scritto, secondo la sapienza che gli è stata data; così egli fa in tutte le lettere, in cui

³⁴ Cfr. per es. J. A. JUNGSMANN, *Der Gottesdienst der Kirche auf dem Hintergrund seiner Geschichte*, Innsbruck-Wien-München³ 1962, pp. 14-15.

³⁵ Cfr. S. MOYSE, *Jesus and the Scriptures of Israel*, in *Handbook for the Study of the Historical Jesus*, ed. T. HOLMÉN – S. E. PORTER, Leiden-Boston 2011, vol. II, pp. 1137-1167: 1167 («The most 'plausible' Jesus is the one who discusses, debates and argues the meaning of Israel's scriptures – for they were also his scriptures»).

³⁶ Per l'uso dei diversi metodi esegetici dell'ebraismo da parte dei cristiani vedi per es. J. DANIELOU, *Judéo-Christianisme ...*, cit., pp. 101-129.

³⁷ Cfr. D. HÄUSSER, *Die Verkündigung des jüdischen Messias in der paganen Welt. Der Beitrag der Gemeinde in Philippi zur Mission des Apostels Paulus*, in *Der jüdische Messias Jesus und sein jüdischer Apostel Paulus*, hrsg. A. D. BAUM – D. HÄUSSER – E. R. REHFELD (Wissenschaftliche Untersuchungen zum Neuen Testament. 2. Reihe 425), Tübingen 2016, pp. 315-339.

³⁸ Cfr. *Didascalia V*, 19, 1-3; ricostruzione latina: *Didascalia et Constitutiones Apostolorum*, ed. F. X. FUNK, Paderbornae 1905 (rist. Torino 1970), vol. I, pp. 288. 290. Circa la data precisa della redazione del testo originale vi sono diverse opinioni, ma risulta sicuro che si tratta di un'opera del III secolo; cfr. J. MÜHLSTEIGER, *Kirchenordnungen...*, cit., p. 100.

tratta di queste cose. In esse ci sono alcune cose difficili da comprendere e gli ignoranti e gli instabili le travisano, al pari delle altre Scritture, per loro propria rovina" (2Pt 3,15-16). In tal modo le lettere di San Paolo vanno equiparate alle altre Scritture, cioè ai libri dell'Antico Testamento. Non si tratta di un semplice paragone con gli altri scritti nel Nuovo Testamento. Sin dall'epoca ellenistica i libri dell'Antico Testamento venivano chiamati "Scritture"³⁹. Pure il Nuovo Testamento indica i libri dell'Antico Testamento con la stessa parola (*grafai*; Mt 22,9; 26,54; 1Cor 15,3; ecc.)⁴⁰. La nuova comprensione ed uso del testo dell'Antico Testamento e l'accettazione dei libri del Nuovo Testamento costituiscono un fattore istituzionalizzante della Chiesa come popolo di Dio. In tal senso dice Hans Urs von Balthasar: "Il Verbo della Scrittura è un regalo dello Sposo alla Sposa cioè alla Chiesa. È stata preparata per la Chiesa e così appartiene alla Chiesa; ma essa è la Parola di Dio cioè del Capo e in quanto tale sta sopra la Chiesa"⁴¹.

Oltre al battesimo e alla parola di Dio, anche l'*Eucaristia* risulta una forza istituzionalizzante. L'Eucaristia viene compresa dai cristiani come ripresentazione efficace dell'ultima cena di Cristo. Tale riunione comunitaria è da subito risultata specifica dei cristiani. Ne scrive con chiarezza Marcel Simon: "un rito che, derivato nella sua struttura dalla liturgia domestica giudaica, sembra che avesse un senso specifico già nella prima comunità di Gerusalemme"⁴². Della prima comunità dei discepoli di Cristo a Gerusalemme si legge infatti che: "ogni giorno erano perseveranti insieme nel Tempio e spezzavano il pane a casa prendendo i pasti" (At 2,46). Anche in questa situazione si manifesta la tensione interna tipica per la Chiesa nascente. Da una parte i cristiani continuavano a frequentare il Tempio e pregare insieme al popolo d'Israele, come si legge espressamente di Pietro e Giovanni, che "salivano nel Tempio per la preghiera delle tre del pomeriggio" (At 3,1). Lo spezzare il pane però era un evento proprio e specifico dei cristiani. Negli scritti ignaziani redatti nel secondo secolo⁴³ si ribadisce che i cristiani senza il vescovo non devono fare nulla che riguarda la Chiesa e che devono considerare come Eucaristia valida quella celebrata dal

³⁹ Indicati con la parola *grafai*; cfr. PHILO, *Migr. Abr.* 236; *Vita Mosis* 240; A. SAND, *Kanon. Von den Anfängen bis zum Fragmentum Muratorianum* (Handbuch der Dogmengeschichte, vol. I/3a [1]), Freiburg-Basel-Wien 1974, p. 18.

⁴⁰ Cfr. A. SAND, *Kanon* ..., cit., pp. 16-18; P. ERDŐ, *Teologia del diritto canonico* ..., cit., p. 93, n. 94.

⁴¹ H. U. VON BALTHASAR, *Wort, Schrift, Tradition*, in IDEM, *Verbum Caro*, Einsiedeln 1960, p. 17; citato in P. ERDŐ, *Teologia del diritto canonico* ..., cit., p. 96, n. 94.

⁴² M. SIMON - A. BENOÎT, *Giudaismo* ..., cit., p. 56.

⁴³ Per la data degli scritti ignaziani vi sono diverse opinioni. Alcuni fanno risalire questi testi alla seconda metà del II secolo (per es. agli anni 165-175); cfr. J. MÜHLSTEIGER, *Kirchenordnungen* ..., cit., pp. 75-79.

vescovo o dal suo incaricato⁴⁴. L'importanza vitale dell'Eucaristia per la Chiesa emerge poi in modo drammatico durante le persecuzioni. Di Dionisio, vescovo di Alessandria, Eusebio di Cesarea racconta che gli venne comandato di non radunare la comunità dei credenti per l'Eucaristia. Egli rifiutò di obbedire perché aveva capito che questo precetto comportava il divieto della stessa esistenza della Chiesa⁴⁵. Alla luce della storia delle origini il Concilio Vaticano II ha elaborato la teologia del ruolo istituzionalizzante dell'Eucaristia. La Chiesa vive e cresce continuamente tramite l'Eucaristia. Così l'Eucaristia risulta costitutiva per la Chiesa. La Chiesa celebra l'Eucaristia e viceversa l'Eucaristia crea, forma, genera la Chiesa⁴⁶. Tale dimensione costitutiva dell'Eucaristia per la Chiesa viene messa specialmente in rilievo nella teologia degli ultimi decenni⁴⁷, e ha un'importanza speciale nei rapporti ecumenici con le Chiese ortodosse. Le Chiese ortodosse infatti "sono riconosciute dalla Chiesa Cattolica come 'Chiese particolari'⁴⁸, perché in ogni valida celebrazione dell'Eucaristia la Chiesa Una, Santa, Cattolica e Apostolica, si fa veramente presente"⁴⁹. Per questo la teologia recente mette di nuovo in rilievo il legame tra la comunione eucaristica e la comunione ecclesiale. "Tali legami sono assolutamente fondamentali e del tutto tradizionali nella fede cattolica. Sono legami che anche la Chiesa ortodossa ha conservato tanto quanto noi, se non ancora più fermamente"⁵⁰.

L'ordine episcopale e anche presbiterale, ma in senso più largo il sacramento dell'ordine, appartiene pure alle forze istituzionalizzanti della Chiesa. Nelle Chiese locali, o con la terminologia canonica attuale in quelle particolari deve aversi sempre, in modo necessario ed autonomo, la possibilità della presenza dell'Eucaristia. Questa possibilità viene garantita dalla persona del vescovo ordinato che è il pastore della comunità. Così nell'ambito dell'interrelazionalità dei sacramenti, l'Eucaristia e il sacramento dell'ordine realizzano il proprio ruolo costitutivo nella Chiesa in strettissimo rapporto uno con l'altro. L'ordine inoltre è connesso in modo specifico con la missione ricevuta da Cristo. Come

⁴⁴ Cfr. IGN., *Smyrn.* VIII, 1.

⁴⁵ EUSEB., *Hist. eccl.* VII, 11, 4-7.

⁴⁶ CONC. VAT. II, Decr. *Christus Dominus* 11; cfr. H. de LUBAC, *Meditation sur l'Eglise*, Paris 1953, pp. 135-136. Tale visione trova la sua espressione anche nel *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Città del Vaticano 1997, n. 1396.

⁴⁷ Cfr. per es. H. LEGRAND, *L'Ecclesiologia eucaristica nel XXI secolo*, in *Pontificio Comitato per i Congressi Eucaristici Internazionali*, Assemblea Plenaria 9-11 novembre 2010, <http://www.congressieucaristici.va/content/dam/congressieucaristici/ARCHIVIO/PLENARIA%202010/LEGRAND.pdf>, (consultato il 19 settembre 2017), pp. 1-21.

⁴⁸ Cfr. CONC. VAT. II, Decr. *Unitatis redintegratio* 14.

⁴⁹ P. GEFAELL, *L'Ecclesiologia eucaristica ...*, cit., p. 136; cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Lettera *Communio in notio* 28 maggio 1992, n. 17, in «AAS» 85 (1993) 838-850: 848.

⁵⁰ H. LEGRAND, *L'Ecclesiologia eucaristica ...*, cit., p. 1.

afferma Angelo Di Berardino, dopo l'era apostolica è ormai chiaro che nella persona del vescovo sono riunite le diverse caratteristiche dell'autorità, essendo lui la guida, il pastore, il maestro, il dirigente della liturgia, il profeta, l'uomo dello Spirito che egli riceve tramite l'ordinazione, per mezzo della Chiesa⁵¹. Già San Clemente Romano alla fine del primo secolo motiva la dovuta obbedienza ai superiori ecclesiali affermando che la loro autorità è fondata sugli apostoli inviati da Cristo. Qui si tratta di un riferimento a una certa idea della successione apostolica⁵². Riguardo le funzioni nella Chiesa primitiva e i loro probabili precedenti nella struttura delle comunità delle sinagoghe sono state pubblicate delle ricerche interessanti. Non appare più convincente l'affermazione secondo cui l'organizzazione della Chiesa locale sarebbe stata carismatica per diversi decenni, nel senso che in essa i protagonisti erano laici carismatici liberi ed ispirati, insegnanti e profeti, i quali cedettero il posto ai ministri ordinati solo molto più tardi. James Tunstead Burtchaell per esempio, riferendosi all'esame attento delle dignità sinagogali e della loro continuazione cristiana, sottolinea che i cristiani sono stati diretti sin da principio da responsabili ufficiali⁵³.

Tale connessione della struttura di molte comunità cristiane delle origini con quella della sinagoga appare in molti dettagli come nel nome e nel contenuto di diverse funzioni. Il *mebaqker* della comunità di Qumran aveva la funzione specifica di sovrintendere alla comunità ossia *episcopoin*⁵⁴. Allo stesso tempo va notato che il serviente della comunità sinagogale, il *hazan ha qeneset* era chiamato in greco anche *diakonos*⁵⁵.

3.3. Vita liturgica e comunitaria

La convinzione di essere il vero popolo di Dio ha richiesto la continuazione di varie forme liturgiche e comunitarie della sinagoga⁵⁶. Una di queste forme

⁵¹ V. GROSSI – A. DI BERARDINO, *La Chiesa antica: Ecclesiologia e istituzioni* (Cultura cristiana antica), Roma 1984, p. 122.

⁵² *Clem.* 44,3. Cfr. P. ERDŐ, *Teologia del diritto canonico ...*, cit., pp. 80-84, nn. 79-82.

⁵³ Cfr. J. T. BURTCHAELL, *From Synagogue to Church ...*, cit., pp. 201-227.

⁵⁴ Cfr. P. ERDŐ, *Teologia del diritto canonico ...*, cit., p. 62, n. 51; J. T. BURTCHAELL, *From Synagogue to Church ...*, cit., pp. 201-227.

⁵⁵ Cfr. E. SCHÜRER, *Storia del popolo giudaico ...*, cit., vol. II, p. 526. Per la funzione del *hazan* nella storia vedi per es. L. DOERING – T. KWASMAN, *Chasan*, in *Neues Lexikon des Judentums*, Hrsg. J. H. SCHOEPS, Gütersloh 2000, p. 162; REDAKTION, *Gemeinde*, in *ibidem*, p. 289. Sul ruolo del *hazan* nella sinagoga all'epoca greco-romana vedi S. FINE, *This Holy Place. On the Sanctity of the Synagogue during the Greco-Roman Period*, Eugene, Oregon 2016 (The University of Notre Dame Press 1997), pp. 45-47, 50, 79, 87.

⁵⁶ La sinagoga come comunità (ma anche edificio) aveva anche funzioni civili; cfr. G. H. TWELF-

era sicuramente la preghiera comune con salmi ed inni che poi ha portato alla prassi della liturgia delle ore⁵⁷. Come abbiamo detto, i primi cristiani pregavano ancora insieme con tutti gli altri nel Tempio di Gerusalemme. Ancora nella liturgia delle ore odierna ci sono sette ore di preghiera come si menzionava già nell'Antico Testamento: "Sette volte al giorno io ti lodo, per i tuoi giusti giudizi" (cfr. Sal 118/119, 164)⁵⁸. Ma i libri del Nuovo Testamento invitano più volte direttamente la comunità cristiana a cantare i salmi (cfr. Ef 5,19; Col 3,16; Gc 5,13). San Paolo stesso, naturalmente, ha anch'egli cantato i salmi (cfr. At 16,25), come pure Gesù Cristo stesso con i suoi discepoli (Mt 26,30; Mc 14,26). Tale prassi specialmente all'inizio era in piena continuità con l'atteggiamento del popolo eletto che, anche come comunità, lodava il suo Signore, il suo grande Alleato. Molti salmi raccontavano la storia della salvezza, la storia dell'aiuto e della provvidenza di Dio, la liberazione del popolo della schiavitù di Egitto. I cristiani, anche come comunità, sentivano questa grande storia come la loro storia, la loro eredità⁵⁹. C'erano tuttavia dei passi nel testo dei Salmi che contenevano, secondo la convinzione gioiosa dei discepoli di Cristo, riferimenti messianici e profezie compiute nella storia di Gesù (cfr. Lc 20,42; 24,44; At 1,20; 13,33). In questo punto è proprio percepibile che i Salmi avevano anche un significato specifico per i cristiani⁶⁰, il quale appare tutt'oggi nei brevi sommari che vengono riportati prima dei singoli salmi nelle nuove edizioni della Liturgia delle ore.

La preghiera comune aveva i suoi tempi e il suo ritmo durante la giornata e attraverso l'anno intero. Soprattutto la celebrazione della Pasqua tra i cristiani mostrava questo doppio aspetto. Da una parte molte comunità celebravano

TREE, *Jesus and the Synagogue*, in *Handbook for the Study of the Historical Jesus ... cit.*, vol. IV, pp. 3105-3134: 3118 («in first-century Palestine, synagogue meetings had a civic or communal as well as prayer function»).

⁵⁷ Cfr. J. A. JUNGSMANN, *Der Gottesdienst der Kirche ...*, cit., p. 14.

⁵⁸ Per il numero e il significato simbolico delle ore di preghiera comune dei cristiani nei primi secoli vedi per es. *ibidem*, pp. 167-171.

⁵⁹ Oltre all'uso liturgico, i salmi avevano un ruolo importante anche nella prassi religiosa dei cristiani. Il Salmo 90/91 era considerato anche dai cristiani (in Egitto sicuramente nei secoli IV-VII/VIII) come mezzo sicuro contro tutte le sofferenze possibili e tutte le macchinazioni diaboliche. Il suo testo era usato in anelli, braccialetti, tavole di legno, papiri ecc. Cfr. TH. J. KRAUS, *Psalm 90/91*, in *Septuaginta Deutsch. Erläuterungen und Kommentare*, hrsg. v. M. KARRER – W. KRAUS, Stuttgart 2011, vol. II, pp. 1760-1761. Tutto ciò era in sintonia con il modo di usare questo salmo nelle comunità di Qumran; cfr. I. FRÖHLICH, *Healing with Psalms*, in *Prayer and Poetry in the Dead Sea Scrolls and Related Literature. Essays in Honor of Eileen Schuller on the Occasion of Her 65th Birthday*, ed. J. PENNER – K. M. PENNER – C. WASSEN, Leiden-Boston 2012, pp. 197-215: 203-207.

⁶⁰ Cfr. CONC. LAODIC. (s. IV/2) cann. 16-18. Lo stesso concilio proibisce però che i cristiani seguano le usanze degli ebrei (can. 29).

la Pasqua di Cristo nello stesso giorno della Pasqua degli ebrei⁶¹. L'usanza della celebrazione notturna, la veglia, era naturalmente parte della celebrazione giudaica (*erev pesach*)⁶². Ma specialmente il *praeconium paschale* cioè il canto solenne dell'*Exsultet* – di cui la prima testimonianza risale tuttavia al secolo IV⁶³ – dimostra l'influsso dell'*aggada di seder*⁶⁴.

Naturalmente anche nella struttura fondamentale della celebrazione dell'Eucaristia è palese l'intimo rapporto con i precedenti ebraici⁶⁵.

Un altro livello della vita della comunità è la *giurisdizione* ossia il funzionamento dei tribunali. Nell'ebraismo dell'epoca di Gesù gli anziani delle comunità locali, o più precisamente un gruppo più ristretto di loro, almeno tre persone, potevano giudicare nelle cause tra i membri della comunità⁶⁶. Questa prassi sembra essere accolta da San Paolo (1Cor 6,5) che invita i cristiani di Corinto a non portare le loro discussioni interne davanti al giudice pagano. Va osservato che le comunità ebraiche della diaspora avevano – fino all'anno 70 d.C. – un autogoverno etnico riconosciuto⁶⁷.

3.4. *La scomunica: separazione dal popolo santo*

L'espulsione dalla sinagoga ossia la scomunica, poteva essere pronunciata probabilmente dal gruppo degli anziani della comunità. Nella comunità di Qumran e nella Chiesa cristiana di Corinto (cfr. 1Cor 5) sembra che fosse la stessa assemblea plenaria della comunità (cfr. Mt 18,15-20) a poter deliberare direttamente sui singoli casi disciplinari⁶⁸. "Un'applicazione rigorosa di questa pena era assolutamente vitale per il giudaismo postesilico: in contatto con-

⁶¹ Il tempo della celebrazione della Pasqua sarà oggetto di grandi discussioni nel III-IV secolo. Cfr. CYPR., *Ep.* 75 (Firmilianus), VI, 1-2; *Didascalìa* V, 17, 1-2; FUNK vol. I, p. 286; *Traditio Apostolica* 33; BOTTE p. 78-81; CONC. ARELAT. (a. 314) can.1 (prescrive di non celebrare la Pasqua contemporaneamente con gli ebrei); CONC. NIC. (testi collegati con il concilio contengono un simile divieto, cfr. *Conciliorum Oecumenicorum Decreta* ..., cit., pp. 2 e 9); CONC. ANT. (a. 331?) can. 1. Cfr. V. LOI – B. AMATA, *Pasqua. III. Controversia pasquale*, in *Nuovo Dizionario Patristico* ..., cit., vol. III, coll. 3941-3944.

⁶² Le concezioni giudaiche sono presenti nella Pasqua cristiana; cfr. W. RORDORF, *Pasqua. I-II*, in *Nuovo Dizionario Patristico* ..., cit., vol. III, coll. 3938-3941: 3938.

⁶³ Cfr. G. FUX, *Exsultet I. liturgisch*, in *Lexikon für Theologie und Kirche*³ ..., cit., vol., III, col. 1134.

⁶⁴ Cfr. L. KUNZ, *Exsultet iam angelica turba*, in *Lexikon für Theologie und Kirche*, Hrsg. J. HÖFER – K. RAHNER, vol. III, Freiburg im Breisgau² 1959, col. 1018.

⁶⁵ Cfr. J. DANIELOU, *Judéo-Christianisme* ..., cit., pp. 387-393.

⁶⁶ Cfr. Lc 7,3; E. SCHÜRER, *Storia del popolo giudaico* ..., cit., vol. II, pp. 33-37 ecc.

⁶⁷ Cfr. REDAKTION, *Gemeinde*, in *Neues Lexikon des Judentums* ..., cit., p. 289; vedi sopra nota 54.

⁶⁸ Cfr. E. SCHÜRER, *Storia del popolo giudaico* ..., cit., vol. II, p. 518. Per la grande somiglianza della procedura seguita nella Chiesa a quella adottata nelle comunità di Qumran (anche rispetto alla

tinuo con un ambiente pagano, le comunità giudaiche potevano conservarsi soltanto eliminando costantemente e accuratamente ogni elemento estraneo⁶⁹. La stessa situazione valeva anche per i cristiani dei primi secoli che vivevano generalmente in posizione di minoranza. Per quanto riguarda i gradi della scomunica, non è certo se nel giudaismo dell'epoca di Gesù e nella Chiesa nascente vi siano state più forme di scomunica distinte secondo la loro rigidità. Risulta invece chiaro che nel giudaismo esisteva il concetto di scomunica o maledizione irrevocabile. Tale atto comportava sicuramente la separazione dal popolo delle promesse e la consegna dello scomunicato alle forze del male⁷⁰. Quando San Paolo parla di dover consegnare il colpevole a Satana (1Cor 5,5) sembra che stia seguendo un simile modello riguardo agli effetti di questa pena fondamentale⁷¹.

4. CONCLUSIONE

Come si vede dal breve percorso degli elementi fondamentali dell'auto-comprensione e del rispettivo funzionamento della comunità cristiana dei primi tempi, risulta chiaro che la stessa esistenza e gli elementi principali della vita istituzionale della loro comunità avevano un profondo significato teologico.

Il concetto centrale era la convinzione che la Chiesa è il vero popolo di Dio. L'appartenenza al quale aveva un effetto decisivo per il loro rapporto personale con Dio e per la loro sorte eterna. Già in questa idea fondamentale era nascosta la profonda continuità con il popolo eletto, con la sua religione, la sua liturgia, i suoi libri sacri e la sua vita comunitaria. Ma era presente anche la coscienza elementare di una novità che consisteva nell'opera salvifica di Cristo. Questa dinamica ha contrassegnato poi anche il modo di risolvere le questioni pratiche della vita delle comunità e il valore teologico che si attribuiva a tali soluzioni.

Tale dinamica è tuttora presente nella vita istituzionale della Chiesa. Niente quindi nel diritto della Chiesa è puramente profano e niente funziona veramente senza la fede personale e condivisa con gli altri membri della Chiesa. Il rapporto di continuità con tutta la tradizione cristiana, e in fine dei conti con lo stesso popolo d'Israele, dev'essere rievocato. La novità di Gesù Cristo, essendo

previa monizione) vedi W. DOSKOCIL, *Der Bann in der Urkirche. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung* (Münchener Theologische Studien. III. Kanonistische Abteilung 11), München 1958, pp. 21-25.

⁶⁹ E. SCHÜRER, *Storia del popolo giudaico . . .*, cit., vol. II, p. 519; cfr. Lc 6,22; Gv 9,22; 12,42; 16,24.

⁷⁰ Cfr. E. SCHÜRER, *Storia del popolo giudaico . . .* cit., vol. II, p. 519.

⁷¹ Per la storia successiva della convinzione sull'effetto della scomunica cfr. per es. *Didascalia II*, 21, 8; FUNK vol. I, p. 80 (se il vescovo esclude un uomo dalla Chiesa e non lo riammette, lo destina alla morte perenne e così opera un'azione indegna).

veramente apprezzabile solo percorrendo le vie della documentazione storica e della tradizione⁷² ecclesiale, può dare anche oggi una nuova vitalità e una chiara identità alla vita istituzionale e giuridica della Chiesa.

Il popolo di Dio, infatti, risulta, sin dall'inizio segno e strumento efficace cioè sacramento di salvezza. Guardare la realtà della Chiesa e operare nella sua vita istituzionale in base a questo fatto fondamentale vuol dire coltivare il diritto canonico nel contesto del mistero della Chiesa⁷³. E questo significa vivere la realtà teologica della Chiesa anche nella concretezza istituzionale e promuovere la sua vita istituzionale con consapevolezza teologica.

⁷² Cfr. P. GHERRI, *Lezioni di Teologia* ... cit., p. 309.

⁷³ Cfr. CONC. VAT. II, Decr. *Optatum totius* 16; J.-P. SCHOUPPE, *Dal Ius publicum Ecclesiasticum alla disciplina postconciliare dei rapporti tra Chiesa e comunità politica*, in «Ephemerides Iuris Canonici» 57 (2017) 315-343: 337.

LA CODIFICAZIONE PER LA CHIESA LATINA: ATTESE E REALIZZAZIONI. DOBBIAMO TORNARE ALLE DECRETALI?

Giorgio Feliciani*

SOMMARIO: 1. Il disegno riformatore di Giovanni XXIII e le direttive per la revisione del Codice approvate dal Sinodo dei vescovi del 1967. – 2. Un nuovo statuto per i fedeli. – 3. Il principio di sussidiarietà. – 4. Codice e Concilio. – 5. Un cantiere aperto. – 6. Un punto di non ritorno.

1. IL DISEGNO RIFORMATORE DI GIOVANNI XXIII E LE DIRETTIVE PER LA REVISIONE DEL CODICE APPROVATE DAL SINODO DEI VESCOVI DEL 1967

Il titolo assegnato alla presente relazione è di tale vastità e complessità che avrebbe meritato costituire oggetto di un intero congresso della *Consociatio*, analogo a quello celebrato a Ottawa nel 1984, dedicato, appunto, al neo promulgato Codice postconciliare¹. È quindi evidente che nel breve spazio di questo intervento non è possibile offrire un quadro esauriente delle molteplici aspettative e dei numerosi risultati relativi al Codice, ma solo proporre, sulla base di opzioni di carattere personale e quindi del tutto discrezionali e opinabili, alcune riflessioni che possano favorire itinerari di ulteriori ricerche e approfondimenti. In tale prospettiva si prenderanno in esame solo questioni riguardanti la codificazione nel suo complesso, e non aspirazioni e valutazioni concernenti singole e specifiche materie, sia pure di grande rilevanza. Una diversa soluzione comporterebbe un esame analitico della letteratura canonistica degli ultimi cinquant'anni e rischierebbe di risolversi in una arida e prolissa elencazione delle opinioni dei diversi autori.

Poste queste premesse di carattere metodologico, per affrontare la tematica riguardante le attese nei confronti del Codice occorre preliminarmente identificare gli autori. E, sotto questo profilo, viene innanzitutto in considerazione lo

* Facoltà di Diritto canonico San Pio X, Venezia.

¹ *Le nouveau Code de Droit Canonique, Actes du Ve Congrès international de Droit Canonique (Ottawa, 15-25 août 1984)*, a cura di M. THÉRIAULT, J. THORN, Université Saint-Paul, Ottawa 1986.

stesso Giovanni XXIII. Non solo perché è tra i primi, se non il primo, a occuparsi della questione, ma anche e soprattutto perché è colui che nutre le maggiori aspettative nei confronti del futuro Codice. Infatti, nella ben nota allocuzione tenuta in San Paolo fuori le mura il 25 gennaio 1959, papa Roncalli manifesta la convinzione che la «duplice celebrazione» del Sinodo Romano e del Concilio Ecumenico «condurranno felicemente all'auspicato e atteso aggiornamento del Codice di Diritto Canonico, che dovrebbe accompagnare e coronare questi due saggi di pratica applicazione dei provvedimenti di ecclesiastica disciplina che lo Spirito del Signore Ci verrà suggerendo lungo la via»². Sinodo e Concilio vengono così presentati in funzione del futuro Codice, a cui è comunque assegnato il compito di «accompagnare» e «coronare» i due eventi. Esso, quindi, non solo fa parte del disegno riformatore di papa Giovanni, ma ne costituisce un elemento essenziale e per così dire conclusivo³.

Curiosamente il Concilio, mentre con i suoi insegnamenti determina e condiziona in larghissima misura i contenuti del futuro Codice⁴, dedica allo stesso specifica attenzione in misura tanto ridotta da menzionarlo espressamente soltanto due volte e su problemi specifici. Il riferimento più significativo è costituito dalla prescrizione del decreto «Christus Dominus» (n. 44, a) che «nella revisione del Codice di diritto canonico siano definite adeguate leggi a norma dei principi stabiliti in questo decreto, tenendo presenti anche le osservazioni avanzate dalle commissioni o dai padri conciliari». Viene così offerta ai codificatori una indicazione di carattere metodologico di tale importanza da potersi considerare come dotata di valore generale. Si avverte, infatti, che il loro compito non si riduce ad attenersi a quanto enunciato nei testi conciliari, ma esige anche attenzione al processo della loro formazione. Una richiesta che tende senz'altro ad assicurarne una corretta interpretazione, ma che sembra anche indicare i punti di riferimento da tenere presenti nel formulare le specificazioni

² Allocuzione con la quale il Sommo Pontefice annuncia il Sinodo Romano, il Concilio Ecumenico e l'aggiornamento del Codice di Diritto Canonico (25 gennaio 1959), consultabile come tutti i testi pontifici menzionati nel presente studio sul sito della Santa Sede www.vatican.va. Auspici e attese che, peraltro, secondo J.L. GUTIÉRREZ, *La formazione dei principi per la riforma del «Codex Iuris Canonici»*, in *I principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico*, a cura di J. CANOSA, Milano 2000, p. 7, non trovano «riscontro nella canonistica del tempo, sicura dei propri mezzi».

³ A tale proposito appare significativo che in una intervista rilasciata nel 1960 il Cardinale Segretario di Stato TARDINI ebbe a dichiarare: «Scopo principale del Concilio vuole essere specialmente la disciplina della chiesa, l'insieme dei provvedimenti del Codice di diritto canonico che possono essere cambiati, e poi tutto il campo della vita cattolica», come ricorda J. PROVOST, *Il Codice di diritto canonico rivisto: attese e risultati*, in «Concilium» 17 (1981) fasc. 7, p. 23.

⁴ In questo senso si può anche ritenere che il Vaticano II «nei suoi lavori non dimenticò mai l'impegno di revisione anche della disciplina della Chiesa, offrendo anche indicazioni, direttive, suggerimenti dei quali il futuro Codice avrebbe dovuto tenere conto», così V. DE PAOLIS, *Il Codice del 1983, ultimo documento del Vaticano II*, in «Periodica de re canonica» 102 (2013), p. 519.

che si rendessero necessarie ai fini di una sistemazione giuridica completa ed organica della materia interessata.

L'altro esplicito riferimento è offerto dal decreto «Ad gentes» (n. 14, e) che assegna al «nuovo Codice» il compito di definire «più esattamente» «lo stato giuridico dei catecumeni». Un compito a cui il Codice si è poi sottratto attribuendo alle conferenze episcopali la responsabilità di determinare «quali siano gli obblighi dei catecumeni e quali prerogative si debbano loro riconoscere» (can. 788 § 3).

Per completezza va anche menzionata la disposizione del decreto «Apostolicam actuositatem» (n. 1, d) che si riferisce, genericamente, alla «revisione del diritto canonico», esigendo che venga realizzata alla luce dei propri insegnamenti. E si può pure ricordare l'esplicita richiesta del decreto «Presbyterorum ordinis» (n. 10, b) di una revisione delle norme riguardanti l'incardinazione e l'escardinazione, e l'analoga previsione della costituzione «Sacrosanctum Concilium» (n. 128, a) circa «i canoni e le disposizioni ecclesiastiche che riguardano il complesso delle cose esterne attinenti al culto sacro»⁵.

Non si può dunque affermare che il Vaticano II abbia dedicato adeguata e molto specifica attenzione al problema della revisione del Codice. In particolare è da rilevare l'assoluta mancanza di aspettative di carattere per così dire generale, riguardanti cioè la fisionomia del Codice, i suoi principi ispiratori, la sua importanza e il suo ruolo per l'attuazione degli insegnamenti conciliari⁶. Una carenza che, in una certa misura, si riscontra anche nella canonistica⁷. Persino nelle riviste, poche, che seguono con attenzione i lavori della Commissione codificatrice, avanzando proposte e valutando criticamente gli schemi elaborati

⁵ Per più ampie notizie, vedi E. SZTAFROWSKI, *Inspiracje soborowe w zakresie prawa kanonicznego*, in «Prawo kanoniczne» 14 (1971), nn. 1-2, pp. 3-27. Va ricordato che alcuni schemi preparatori vennero scartati con l'indicazione che «la loro materia sarebbe stata oggetto di studio da parte della Commissione per la riforma del Codice», J.L. GUTIÉRREZ, *La formazione dei principi...*, cit., p. 12. Al riguardo vedi anche J. PROVOST, *Il Codice di diritto canonico...*, cit., p. 25.

⁶ Infatti il Concilio «non ha prodotto alcun documento davvero specifico sulla riforma del diritto canonico, ma ha fatto numerose allusioni alla necessità di riformare la legislazione in vigore. Per cui nulla ha determinato nemmeno sul piano dell'ordinamento del nuovo Codice», così J. HORTAL, *Dal Concilio al Codice di diritto canonico del 1983*, in «Concilium» 52 (2016) fasc. 5, p. 41. Una omissione che non sorprende se si considera che «la costituzione sulla Chiesa ignora quasi totalmente il diritto canonico», L. BOUYER, *La chiesa di Dio*, Assisi 1971, p. 198. Sul punto vedi anche A. LONGHITANO, *Introduzione. Significato della complementarietà codice-concilio*, in J. BEYER, *Dal Concilio al Codice*, Bologna 1984, p. 7.

⁷ Vanno però specificamente ricordati alcuni studi sulla questione della sistematica, a cui si accennerà in seguito, e qualche scritto contrario al permanere della opzione per la codificazione. Per una rassegna e una valutazione critica delle posizioni in tal senso vedi R. CASTILLO LARA, *Le maintien de la codification pour le Code latin de 1983*, in «Année canonique» 38 (1996), pp. 39-52, in particolare pp. 45 e ss.

dalla stessa, sono molto rari i contributi di così ampio respiro. Di più: nei quattro congressi internazionali di diritto canonico celebrati tra il 1970 e il 1983, oltre i sintetici resoconti sull'andamento dei lavori proposti dai responsabili della Commissione codificatrice, è dato trovare solo una comunicazione dedicata alla problematica riguardante la futura codificazione nel suo complesso⁸.

Questa scarsa attenzione da parte della canonistica può anche sorprendere, ma non è priva di giustificazioni. È, infatti, del tutto comprensibile che gli studiosi del tempo preferissero concentrare le loro indagini sulle grandi questioni ecclesiologiche dotate di rilevanti implicazioni di carattere giuridico suscitate dagli insegnamenti conciliari. Si veda ad esempio il Congresso della *Consociatio* celebrato a Friburgo nel 1980 integralmente dedicato ai diritti del fedele⁹. Si aggiunga l'interesse suscitato dal progetto di *Lex Ecclesiae fundamentalis*, nonché l'impegno necessario allo studio delle significative innovazioni introdotte dai diversi provvedimenti della legislazione postconciliare che venivano via succedendosi.

Peraltro si può ritenere che abbia soprattutto pesato l'insufficiente conoscenza delle problematiche riguardanti i processi codificatori, scarsamente approfondite in quel periodo da parte dei cultori delle nostre discipline. Un episodio può considerarsi emblematico a tale riguardo. Nella riunione del 3-7 aprile 1967 del *Coetus centralis consultorum* della Commissione codificatrice la decisione di rinviare la definizione della sistematica del futuro Codice a quando i lavori fossero sufficientemente progrediti viene così motivata: «Aliunde haec docet historia cuiuslibet opera novae codificationis»¹⁰. Una affermazione apodittica priva di riscontro nella storia delle codificazioni e per di più radicalmente contraddetta da quanto avvenuto nel processo di elaborazione del Codice pio-benedettino, dove la Commissione decise di determinare analiticamente l'ordine delle materie da trattare fin dall'inizio dei propri lavori¹¹.

Nella situazione descritta sembra potersi affermare che l'unica organica espressione di aspettative è dovuta all'episcopato mondiale e, più precisamente,

⁸ F. FINOCCHIARO, *La codificazione del diritto canonico e l'ora presente*, in *La Chiesa dopo il Concilio, Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico, La Chiesa dopo il Concilio (Roma, 14-19 gennaio 1970)*, Milano 1972, vol. II, pp. 647-667.

⁹ *I diritti fondamentali del Cristiano nella Chiesa e nella Società, Atti del IV Congresso internazionale di Diritto Canonico (Fribourg, 6-11.X.1980)*, Milano 1981.

¹⁰ Vedi «Communicaciones» 1 (1969), p. 102. Per una critica a tale decisione vedi J. MANZANARES, *El largo camino de la nueva codificación canónica*, in «Salmanticensis» 29 (1982) 230.

¹¹ A tale proposito si veda *Indice delle materie del Codice di Diritto can. col Nome ed Indirizzo dei Sig. Consultori ed il termine per la consegna del lavoro*, in Archivio Segreto Vaticano, Archivio della Codificazione canonica, scatola 1, busta senza numero, ora riprodotto in G. FELICIANI, *Mario Falco e la codificazione del diritto canonico*, in M. FALCO, *Introduzione allo studio del «Codex iuris canonici»*, Bologna 1992, pp. 36-49.

ai suoi rappresentanti riuniti nella prima assemblea generale del Sinodo dei vescovi, celebrata a Roma nel 1967. Infatti in tale occasione, come noto, vengono approvati a larga maggioranza i *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant*¹². Si tratta di dieci enunciazioni che, oltre a riguardare alcune questioni di carattere generale, concernono le più svariate materie: dalla distinzione tra foro interno e foro esterno alla tutela dei diritti soggettivi, dall'ordinamento territoriale alla materia penale. Nel presente intervento, a titolo esemplificativo, si prenderanno in esame alcuni tra quelli più rilevanti ai fini della definizione della fisionomia del futuro Codice, per poi verificare quale effettiva attuazione abbiano ottenuto.

2. UN NUOVO STATUTO PER I FEDELI

L'enunciazione del sesto principio, riguardante la «tutela iurium personarum», segnalata come «quaestio eaque gravis in futuro Codice condenda», è preceduta da sintetiche motivazioni di grande rilevanza sotto il profilo ecclesiologico e più specificamente canonistico. Si avverte, infatti, che il potere di cui legittimamente godono pontefici e vescovi diocesani, non può mai essere esercitato in modo arbitrario. Occorre, invece, che siano riconosciuti e tutelati i diritti dei fedeli sanciti dal diritto divino, naturale e positivo, e derivanti dallo *status* loro spettante nell'ambito della comunità ecclesiale. In concreto si propone che nel futuro Codice, in ossequio alla radicale eguaglianza che vige tra tutti i fedeli in forza della comune dignità umana e del battesimo ricevuto, si definisca lo «statutum iuridicum omnibus commune», prima di trattare degli «iura et officia» riguardanti le diverse funzioni ecclesiastiche¹³.

Da rilevare che in questa esposizione l'accento è posto sui diritti dei fedeli al punto che i doveri vengono espressamente evocati solo a proposito delle diverse funzioni. Una impostazione immediatamente corretta dalla relazione del Presidente della Commissione codificatrice dove si precisa che nell'auspicato statuto «iura atque correlativae obligationes modo explicito recensendas esse»¹⁴. Si passa così dal modello di una sorta di *Carte des droits* a un elenco di obblighi e diritti secondo la formulazione che sarà poi effettivamente adottata dal Codice.

¹² Vedi, sul sito del PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant a Pontificia Commissione proposita et primi generalis coetus «Synodi Episcoporum» examini subiecta*, (sub secreto), Typis Polyglottis Vaticanis, 1967; vedi anche G. CAPRILE, *Il Sinodo dei Vescovi, Prima assemblea generale, 29 settembre-29 ottobre 1967*, Roma s.d., pp. 83-139.

¹³ Vedi *Principia...*, cit., p. 13.

¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

In ogni caso la proposta della Commissione codificatrice è accolta dai padri sinodali all'unanimità con un limitato numero di *modi* riguardanti più che altro le modalità di formulazione dell'elenco e alcune avvertenze di cui tener conto¹⁵.

A prima vista potrebbe sembrare che la questione dello *statutum iuridicum commune* abbia natura tanto specifica da non meritare di rientrare tra quei temi riguardanti il Codice nel suo complesso che ci si era proposto di prendere in esame nel presente intervento. In realtà si tratta di una delle questioni più rilevanti, se non addirittura la più rilevante, per la definizione della fisionomia della codificazione postconciliare.

Come noto, il Codice pio-benedettino nel libro *de personis* trattava ampiamente dei chierici e dei religiosi, dedicava poche norme ai laici, e non si occupava in alcun modo della condizione giuridica comune a tutti i battezzati. Una opzione derivante dalla concezione ecclesiologica allora dominante che sottolineava la diversità esistente tra i diversi livelli "gerarchici" presenti nella Chiesa al punto da considerarla composta da soggetti essenzialmente ineguali tra loro. La codificazione conciliare, ponendo in piena luce sulle orme del Concilio la condizione comune a tutti i battezzati, realizza, rispetto a quella precedente, «il cambiamento di identità del soggetto protagonista» sostituendo al clero il fedele. Un mutamento tanto radicale da investire tutto l'ordinamento canonico poiché la figura teologica e giuridica del fedele trascende quelle del laico, del ministro ordinato, del consacrato a Dio, senza mai identificarsi con nessuna di queste. Si impedisce così che uno di questi stati specifici possa essere eretto «a soggetto egemone di tutto il sistema»¹⁶.

In ogni caso occorre constatare che il compito così affidato alla Commissione codificatrice si è subito rilevato tutt'altro che agevole. Da un lato, dovendosi formulare una normativa del tutto nuova come lo statuto giuridico dei fedeli, non era possibile avvalersi delle indicazioni emergenti dalle precedenti esperienze legislative. Dall'altro, il Concilio, mentre riconosce l'esistenza di diritti e doveri comuni a tutti i battezzati, non ne offre una esposizione organica ed esauriente, ma si limita ad alcune esemplificazioni, non sempre dotate di appropriata veste giuridica. Si aggiunga che la materia implicava una serie di complesse questioni ampiamente e animatamente discusse dai teologi e dai canonisti del tempo e tuttora oggetto di riflessione.

Non sorprende quindi che contro i progetti dei canoni in questione si siano appuntate diverse critiche. In particolare si è rilevato che le evidenti deficienze di carattere sistematico non consentivano di cogliere i criteri seguiti

¹⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹⁶ E. CORECCO, *I laici nel nuovo Codice di diritto canonico*, in IDEM, *Ius et communio*, Casale Monferrato 1997, vol. II, pp. 288-290.

nella formulazione e si è pure osservato che gli obblighi morali risultavano talvolta confusi con quelli giuridici, mentre i diritti dei battezzati non venivano sempre distinti da quelli umani. Una carenza quest'ultima favorita dalla stessa formulazione del principio approvato dal Sinodo.

Tali inconvenienti si riscontrano in una certa misura anche nel testo promulgato che può dare luogo a rilievi soprattutto per il tentativo del legislatore di conciliare nelle stesse norme l'affermazione dei diritti dei singoli con la rivendicazione delle prerogative della autorità, quasi temesse che queste disposizioni potessero essere male interpretate e consentire inaccettabili abusi.

Peraltro va positivamente rilevato che il legislatore, di norma, si è attenuto strettamente ai testi conciliari, e in alcuni casi è persino giunto a migliorarli e integrarli¹⁷. L'esempio più significativo è offerto da quanto avvenuto in materia associativa. L'insegnamento conciliare al riguardo più rilevante è offerto dal decreto «*Apostolicam actuositatem*», n. 19, d, dove si afferma che «salvo il dovuto legame con l'autorità ecclesiastica, i laici hanno il diritto di creare associazioni e guidarle, e di aderire a quelle già esistenti». Un riconoscimento che, curiosamente, viene motivato con considerazioni di natura antropologica ed ecclesiologicala che non riguardano solo i laici, ma indistintamente tutti i battezzati. Su queste basi, correttamente e logicamente, il Codice perviene nel can. 215 a un riconoscimento esauriente e totalmente esplicito di questo diritto, affermando: «I fedeli sono liberi di fondare e di dirigere associazioni che si propongono un fine di carità e di pietà, oppure associazioni che si propongono l'incremento della vocazione cristiana nel mondo».

Analogamente è da considerare un originale contributo della Commissione codificatrice alla definizione dello statuto del fedele la formulazione del can. 216, che riconosce a tutti i battezzati, in quanto partecipi della missione della Chiesa, «il diritto di promuovere o di sostenere l'attività apostolica anche con proprie iniziative, secondo lo stato e la condizione di ciascuno». Una enunciazione del tutto coerente con gli insegnamenti conciliari, ma che presenta il pregio di sintetizzarli efficacemente, chiarendone ed esplicitandone la portata.

Questi apporti della Commissione codificatrice meritano particolare attenzione in quanto riguardano materie di grande importanza. Il fenomeno associativo, come noto, può costituire l'esito di uno speciale dono dello Spirito divino. E, sotto il profilo propriamente giuridico, può integrare una modalità di partecipazione al *munus regendi* quando si traduca in forme di organizzazione spontanea della vita sociale del popolo di Dio. E le iniziative apostoliche dei

¹⁷ Ad esempio nel definire lo statuto del fedele «il CIC è andato addirittura oltre i dati materiali reperibili nel Concilio», così E. CORECCO, *Aspetti della ricezione del Vaticano II nel Codice di diritto canonico*, in IDEM, *Ius et communio*, cit., p. 665.

fedeli non sono altro che forme di effettiva corresponsabilità nella realizzazione della missione della Chiesa. Merita anche sottolineare che il riconoscimento dei diritti di associazione e di iniziativa apostolica apre le porte a una maggior attuazione del principio di sussidiarietà nella comunità ecclesiale, comunque lo si voglia intendere.

Per converso è decisamente criticabile la decisione della Commissione di passare sotto silenzio una importante prerogativa del fedele espressamente e formalmente sancita dal Concilio. Si tratta specificamente dell'insegnamento del decreto «*Apostolicam actuositatem*» n. 3, e, dove si avverte che dall'aver ricevuto dei «carismi, anche i più semplici, sorge per ogni credente il diritto e il dovere di esercitarli per il bene degli uomini e la edificazione della Chiesa». Una vera e propria censura, singolare e sorprendente, che trae origine dalla decisione del codificatore di omettere qualunque riferimento ai carismi, che, di conseguenza, non vengono mai menzionati. Un orientamento probabilmente imputabile alle incertezze della ricerca teologica e alla preoccupazione di non dare spazio a quelle tendenze che, esaltando l'elemento carismatico, finiscono col relegare in secondo piano la funzione dei sacramenti e dei ministeri. Tutto questo ha fatto sì che, come è stato rilevato, la codificazione postconciliare «manca di una vera e propria pneumatologia, dimensione di cui anche l'ecclesiologia di impronta istituzionale non può più prescindere»¹⁸.

3. IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

Il quinto principio riguarda l'applicazione del principio di sussidiarietà. Al riguardo si precisa preliminarmente che esso, senza minimamente porre in discussione la necessaria unità legislativa «*in fundamentis et maioribus enunciationibus iuris*», evidenzia «*convenientiam vel necessitatem providendi utilitati praesertim institutionum singularium tum per iura particularia ab iisdem condita tum per sanam autonomiam regiminis potestatis executivae illis recognitam*». Da un lato, quindi, si afferma con vigore che il «*systema iuris canonici*» deve necessariamente essere «*unum pro tota Ecclesia in summis principiis, quoad institutiones fundamentales, quoad mediorum Ecclesiae priorum ad finem suum obtinendum descriptionem, sive denique quoad technicam legislativam*». Ma dall'altro si prevede l'applicazione della sussidiarietà in diverse

¹⁸ E. CORECCO, *I presupposti culturali ed ecclesiologici del nuovo «Codex»*, in IDEM, *Ius et communio*, cit., vol. II, p. 642. Il mancato riconoscimento del diritto all'esercizio del carisma, già presente nei progetti di *Lex Ecclesiae fundamentalis*, è criticato anche da J. KOMONCHAK, *Lo statuto dei fedeli nel Codice di diritto canonico rivisto*, in «*Concilium*» 17 (1981) fasc. 7, pp. 85-86.

materie per profili essenzialmente attinenti il rapporto tra l'autorità suprema e le autorità periferiche. Si tratta di indicazioni prive di organicità e non del tutto lineari e tra loro coerenti, riguardanti il potere dei vescovi diocesani quanto a facoltà e cause riservate, il riconoscimento della disciplina propria delle Chiese orientali, l'esclusione di normative che possano servire da modello a legislazioni di Chiese nazionali, questioni di diritto processuale. In ogni caso si desidera «in legislationibus particularibus maiorem amplitudinem et autonomiam, praesertim in iure a Conciliis nationalibus, regionalibus condendo»¹⁹.

Questo appello alla sussidiarietà pone non pochi problemi e alcuni interrogativi. Come noto il principio viene per la prima volta proposto dall'enciclica di Pio XI «Quadragesimo anno» del 15 maggio 1931 (nn. 80-81) con una formulazione, che, pur necessitando di una rivisitazione, viene ancor oggi considerata pienamente valida. Papa Ratti, in sintesi, avverte che deve comunque «restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale» secondo il quale «siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare». Di conseguenza «oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva (*'subsidiium afferre'*) le membra del corpo sociale, non già distruggerle ed assorbirle». È dunque «necessario che l'autorità suprema dello Stato rimetta ad associazioni minori e inferiori il disbrigo degli affari e delle cure di minor momento».

Il principio costituisce senz'altro un caposaldo della dottrina sociale della Chiesa²⁰ ma la sua applicabilità alla Chiesa stessa è quanto mai problematica e discussa²¹. I pontefici si rivelano molto cauti al riguardo con pronunciamenti non del tutto univoci. Pio XII ritiene che gli insegnamenti del suo predecessore «valgano per la vita sociale in tutti i suoi gradi, ed anche per la vita della Chiesa, senza pregiudizio della sua struttura gerarchica»²². E, a proposito dell'apostolato dei laici, auspica «que l'autorité ecclésiastique applique ici aussi le principe général de l'aide subsidiaire et complémentaire»²³. Paolo VI si dichiara aperto

¹⁹ *Principia...*, cit., pp. 11-13.

²⁰ Vedi G. FELICIANI, *Il principio di sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa*, in *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale*, a cura di G. CIMBALO, J.I. ALONSO PÉREZ, Torino 2005, pp. 307-318.

²¹ Vedi per tutti C. CARDIA, *Subsidiariedad (Principio de)*, in *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO, vol. VII, Cizur Menor (Navarra) 2012, pp. 429-434, con copiosa bibliografia.

²² Discorso di sua Santità Pio XII ai nuovi cardinali, Mercoledì, 20 febbraio 1946.

²³ *Discours du Pape Pie XII aux participants au II^o Congrès mondial de l'apostolat des laïcs*, Samedi, 5 octobre 1957.

a una ben intesa applicazione del principio di sussidiarietà: principio che «in sua praecipua significatione prorsus admittimus»²⁴. Decisamente più prudente Giovanni Paolo II, che, nella esortazione apostolica postsinodale «Pastores gregis» (n.56) del 16 ottobre 2003, ha cura di ricordare, a proposito della relazione tra suprema autorità e vescovo, che il termine “sussidiarietà” non è mai stato utilizzato dal Concilio e, per quanto riguarda l’esercizio dell’autorità episcopale, è stato considerato “ambiguo” dagli stessi padri sinodali²⁵. Da ultimo papa Francesco ha indicato nella sussidiarietà uno dei criteri guida per la riforma della Curia Romana²⁶.

Può dunque apparire sorprendente che la Commissione codificatrice lo abbia ritenuto applicabile alla Chiesa, sia pure con varie puntualizzazioni, e avvertendo che, per il momento, essa si limitava a proporre alcuni profili fondamentali, in attesa di procedere a studi ulteriori e più particolareggiati²⁷.

In ogni caso gli autori dei *Principia* dimostrano ben poca consapevolezza della rilevanza del principio di sussidiarietà dal momento che ne fanno derivare solo alcune conseguenze specifiche²⁸, senza evidentemente rendersi conto che esso è del tutto pertinente anche ad altri loro auspici come quelli riguardanti lo stesso statuto giuridico comune dei fedeli, come si è già avuto modo di osservare.

Una tale riduzione del campo di applicabilità di questo principio non manca di suscitare le critiche dei padri sinodali che, tra l’altro propongono che esso valga «in omni gradu regiminis populi Dei (...) ita ut valeat pro relationibus inter auctoritates et laicos»²⁹. Una richiesta che appare coerente

²⁴ Assemblea straordinaria del Sinodo dei Vescovi, Allocuzione conclusiva di PAOLO VI, Mercoledì, 27 ottobre 1969.

²⁵ Merita anche ricordare che nella *Praefatio* al Codice del 1983, a proposito delle facoltà dei vescovi, si avverte che il principio di sussidiarietà «in Ecclesia eo vel magis applicandum, quod officium episcoporum cum potestatibus adnexis est iuris divini». Un’altra applicazione del principio è messa in luce nella *Praefatio* al CCEO là dove si precisa che esso si è proposto di contenere solo le leggi comuni a tutte le Chiese orientali cattoliche, demandando tutte le altre al diritto particolare delle singole Chiese.

²⁶ Presentazione degli auguri natalizi della Curia Romana, Discorso del Santo Padre FRANCESCO, Giovedì, 22 dicembre 2016.

²⁷ Vedi *Principia...*, cit., p. 23.

²⁸ Su questa limitazione vedi J.L. GUTIÉRREZ, *La formazione dei principi...*, cit., p. 27 in nota. Va peraltro rilevato che la relazione tra autorità suprema e autorità episcopale è il profilo della sussidiarietà che più ha polarizzato l’attenzione della dottrina, vedi, ad esempio, A. CATTANEO, *L’esercizio dell’autorità episcopale in rapporto a quella suprema: dalla sussidiarietà alla comunione*, e J. I. ARRIETA, *Considerazioni attorno alla traduzione tecnica del principio di sussidiarietà nel rapporto gerarchico tra Autorità suprema e autorità diocesana*, in *L’esercizio dell’autorità nella Chiesa*, a cura di A. CATTANEO, Venezia 2005, pp. 63-80 e pp. 99-108.

²⁹ *Principia...*, cit., p. 34.

con la direttiva formulata da Paolo VI nella allocuzione del 4 dicembre 1963 a chiusura del secondo periodo conciliare, dove affermò l'esigenza che lo sviluppo della legge canonica si evolvesse anche nel senso di «riconoscere al massimo ai singoli membri della Chiesa ed alle singole cariche la dignità di responsabile e nell'attribuire una più ampia facoltà di agire»³⁰.

Da parte sua il cardinal Felici, presidente della Commissione codificatrice, nella replica alle osservazioni dei padri sinodali, si dimostra molto prudente, facendo presente che «oportet caute agere, ut spiritus Concilii revera servetur»³¹.

In ogni caso va rilevato che, a giudizio di monsignor Castillo Lara, succeduto al cardinal Felici dopo la sua scomparsa, l'auspicio circa la valorizzazione delle legislazioni particolari ha trovato adeguata realizzazione³². Infatti, nel discorso di presentazione del nuovo Codice, il propresidente della commissione codificatrice ha testualmente affermato che esso riconosce «ampio spazio di legittima autonomia (...) alle Chiese particolari, alle quali è stato demandato di legiferare su molte materie che prima erano riservate alla Sede Apostolica, in applicazione del cosiddetto principio di sussidiarietà, ma più esattamente per la loro stessa consistenza teologica»³³. In particolare alle conferenze episcopali è stata affidata una rilevante responsabilità in quanto, oltre a promuovere l'osservanza della disciplina comune a tutta la Chiesa, sono chiamate a integrarla e specificarla in funzione delle diverse esigenze dei tempi e dei luoghi, secondo le competenze loro attribuite da numerosi canoni sparsi nei diversi libri del Codice.

Peraltro si deve osservare che tali attribuzioni non risultano particolarmente rilevanti, poiché in molti casi il compito delle conferenze si riduce alla disciplina di materie quanto mai specifiche e delimitate³⁴. Risultano, quindi, decisamente inferiori non solo a quanto auspicato da larga parte della dottrina, ma anche alle previsioni del progetto originario della Commissione codificatrice. Infatti, con il progredire dei lavori, scompaiono molte delle competenze

³⁰ Solenne chiusura della seconda sessione del Concilio, Allocuzione del Santo Padre PAOLO VI, Mercoledì, 4 dicembre 1963, n.6.

³¹ *Principia...*, p. 34.

³² Una positiva valutazione condivisa da E. CORECCO, *Aspetti della ricezione del Vaticano II...*, cit., p. 688: «il rinvio alla legislazione particolare non assume più nel CIC il carattere di contingenza [...] ma è diventato un principio strutturale del nuovo ordinamento canonico». Nello stesso senso J. MANZANARES, *El largo camino de la nueva codificación canónica*, in «Salmaticensis», 29 (1982), p. 218.

³³ «Communicationes» 15 (1983), p. 33.

³⁴ Vedi J. MANZANARES, *Las conferencias episcopales en el nuevo código de derecho canónico*, in *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, a cura di G. BARBERINI, vol. I, Perugia 1984, p. 530. Una restrizione essenzialmente dovuta a una «desconfianza hacia las Conferencias Episcopales, velada pero real», IDEM, *El largo camino...*, cit., p. 232.

contemplate dagli schemi inviati agli organi di consultazione tra il 1972 e il 1977 nel quadro di un ridimensionamento che incide sulla stessa fisionomia dell'istituto, privandolo degli ampi poteri di vigilanza originariamente previsti. Questo radicale mutamento dei progetti iniziali appare essenzialmente dovuto alla preoccupazione di tutelare l'autonomia delle singole chiese particolari³⁵. È infatti significativo che esso si verifichi soprattutto nello schema del 1980, elaborato sulla base delle osservazioni formulate dall'episcopato mondiale, e che in molte delle materie non più attribuite alle conferenze la competenza non venga riservata alla Santa Sede ma riconosciuta ai vescovi diocesani³⁶.

D'altro canto c'è da chiedersi se le conferenze episcopali sarebbero state effettivamente in grado di far fronte a un maggior numero di responsabilità³⁷. Non si può, infatti, trascurare un dato di fatto: come risulta dalla lettera della Segreteria di Stato dell'8 novembre 1983³⁸, non pochi episcopati hanno incontrato notevoli difficoltà ad emanare la legislazione complementare loro richiesta dalla nuova codificazione³⁹. Ed anche nei decenni successivi, soprattutto nei territori dipendenti dalla Congregazione per l'evangelizzazione dei popoli, varie conferenze hanno adempiuto a quanto loro richiesto con notevole ritardo e solo parzialmente⁴⁰. Mancanze che non meritano di essere giudicate severamente e che, comunque, non devono sorprendere. Varie conferenze sono composte da

³⁵ In realtà il potere legislativo delle conferenze «non ha incontrato il favore dei vescovi», J. BEYER, *Dal Concilio al Codice*, cit., p.134.

³⁶ Vedi A. PAGAN, *Conferenze episcopali. I lavori del coetus «de sacra hierarchia» (1966-1983)*, Venezia 2012, *passim*, in particolare pp. 257 ss.

³⁷ Come sembra desiderare papa FRANCESCO, rilevando criticamente come l'auspicio del Concilio circa «il molteplice e fecondo contributo» alla concretizzazione del «senso di collegialità» che le conferenze dovrebbero offrire, non si sia «pienamente realizzato». Un inconveniente dovuto al fatto che «non si è esplicitato sufficientemente uno statuto delle Conferenze episcopali che le concepisca come soggetti di attribuzioni concrete, includendo anche qualche autentica autorità dottrinale», esortazione apostolica «*Evangelii gaudium*», 24 novembre 2013, n. 32.

³⁸ Lettera «*Certaines conférences*» ai presidenti delle conferenze episcopali, in «*Communicationes*» 15 (1983), pp. 135-136.

³⁹ Come aveva lucidamente previsto J. BEYER, *Dal Concilio al Codice*, cit., p. 134.

⁴⁰ In proposito è stato rilevato che «l'esperienza concreta del riscontro avuto» dal «rimando alla legislazione particolare [...] nazionale o diocesana, non è stato né uniforme né esaltante [...] A distanza di trentacinque anni, alcune Conferenze di territori di missione non sono riuscite nemmeno a redigere i Decreti generali che il Codice obbligava loro a promulgare, il che dà un'idea abbastanza realistica del luogo occupato da questo incarico nell'ordine effettivo delle loro priorità pastorali che l'episcopato era in grado di sostenere», J. I. ARRIETA, *La codificazione canonica in un mondo globale*, relazione presentata al Convegno di studio «Sistematica e tecnica nelle codificazioni canoniche del XX secolo», Venezia, Facoltà di diritto canonico San Pio X, 5-6 maggio 2017, dattiloscritto, pp. 8-9 (in corso di stampa). Vedi anche G. FELICIANI, *Il diritto complementare delle conferenze episcopali nei territori di missione*, in *La Chiesa è missionaria. La ricezione del Codice di diritto canonico*, a cura di L. SABBARESE, Città del Vaticano 2009, pp. 133-144, in particolare pp. 143-144.

un numero quanto mai ridotto di vescovi che non necessariamente dispongono di tutte le competenze e di tutta la collaborazione indispensabile per la formulazione di una adeguata legislazione particolare. È poi del tutto evidente che, nelle situazioni di violazione dei più elementari diritti umani, di guerra, di sanguinosi conflitti interni, di carestia, di intolleranza religiosa che si riscontrano in diversi Paesi, l'esercizio della funzione legislativa non si colloca certo tra le principali preoccupazioni di episcopati che si trovano in circostanze tanto drammatiche.

A tutto questo si aggiunga che, nonostante gli auspici del decreto conciliare «Christus Dominus» (n. 36) e, più recentemente, della già citata esortazione apostolica «Pastores gregis» (n. 62), le celebrazioni dei concili particolari, provinciali e plenari, sono divenute talmente rare da far pensare che questi istituti ormai versino in una crisi irreversibile. Un imponente sviluppo hanno, invece, avuto dopo il Concilio, i sinodi diocesani che, peraltro, in molti casi hanno posto più attenzione alle esigenze di carattere pastorale che alle responsabilità propriamente legislative che, in ogni caso, risultano alquanto limitate.

Tutto questo fa sì che, nonostante gli auspici dei padri sinodali e i propositi degli stessi codificatori, il diritto universale della Chiesa sia tuttora tanto ampio e articolato da non lasciare adeguato spazio di autodeterminazione ai legislatori periferici. Una situazione dovuta, al di là di tutti gli specifici fattori sopra ricordati, alla conferma della opzione per la codificazione, una forma di legislazione che per sua stessa natura tende a fornire una definizione integrale di tutte le materie di una certa rilevanza.

4. CODICE E CONCILIO

Prima e al di là delle dieci direttive formulate nei *Principia* per la revisione del Codice, l'aula sinodale fu però dominata da una aspettativa ben più rilevante e senz'altro condivisa da tutti gli interessati alla prospettiva della codificazione. Essa è stata così efficacemente rilevata da un attento osservatore: i padri non si limitarono a chiedere un adeguamento della legislazione alle "novità" introdotte dal Vaticano II, mediante l'introduzione di nuove disposizioni, accompagnata dalla modifica e dall'abrogazione di quelle esistenti. Chiesero, invece, che nel nuovo Codice fosse trasfusa «l'anima del Concilio sì da farne, agli occhi dei fedeli e degli increduli, un 'segno' genuino, fulgente, attraente»⁴¹.

Per una valutazione di quale realizzazione abbia concretamente trovato questo impegnativa richiesta occorre prendere le mosse da quanto ebbe a dichiarare in proposito lo stesso Giovanni Paolo II che si è più volte impegnato

⁴¹ G. CAPRILE, *Il Sinodo dei Vescovi...*, cit., p. 122.

a mettere in piena luce lo specifico e stretto rapporto tra il Codice e il Vaticano II. A suo giudizio «i postulati conciliari, come le direttive pratiche tracciate al ministero della Chiesa, trovano nel nuovo Codice esatti e puntuali riscontri, a volte persino verbali», come dimostra «la collazione esegetica e critica dei rispettivi paragrafi e canoni» della costituzione «Lumen gentium» e del libro «De populo Dei»⁴². Di più: tutto il Codice «potrebbe intendersi come un grande sforzo di tradurre in linguaggio canonistico (...) la ecclesiologia conciliare»⁴³. Peraltro, sempre secondo il pontefice, il Codice, pur essendo il «Codice del Concilio»⁴⁴ non si riduce a una mera ripetizione dei suoi insegnamenti, ma gode, per così dire, di una propria autonomia. Si propone, infatti, come testo «complementare»⁴⁵ ai decreti del Vaticano II al punto da potersi considerare l'«ultimo documento conciliare». Una definizione sorprendente motivata dalla osservazione che il Codice affonda le proprie radici non solo nella «dottrina del Concilio» ma anche nella «esperienza che ne è seguita» e, dunque, consente «di apprezzare meglio certe norme conciliari e di evitare gli abusi causati a volte da loro apparizioni azzardate o da false interpretazioni»⁴⁶. A tale proposito merita ricordare che nella nota immagine del triangolo adottata da Giovanni Paolo II «il nuovo codice non è posto in rapporto diretto con il Vaticano II, ma sullo stesso piano, in un simile cammino verso la fonte comune che è la Scrittura, in continuità con la tradizione dogmatica nel caso del Concilio, e con quella disciplinare per il Codice»⁴⁷. Non sorprende quindi che la relazione tra gli insegnamenti conciliari e il Codice non sia di carattere unidirezionale in quanto possono darsi casi in cui la legislazione chiarisce e approfondisce quanto detto dal Vaticano II⁴⁸. E, al limite, corregge, modificando enunciazioni imprecise sotto il profilo tecnico giuridico o foriere di conseguenze incongrue. Si veda, a titolo di esempio, la definizione di ufficio o la partecipazione *pleno iure* dei presuli orientali alle conferenze episcopali⁴⁹.

⁴² Discorso di GIOVANNI PAOLO II per la presentazione ufficiale del nuovo Codice di diritto canonico, Giovedì, 3 febbraio 1983, n. 8.

⁴³ Costituzione apostolica «Sacrae disciplinae leges», 25 gennaio 1983.

⁴⁴ Discorso di GIOVANNI PAOLO II ai partecipanti al corso sul nuovo Codice di diritto canonico, Lunedì, 21 novembre 1983.

⁴⁵ Costituzione apostolica «Sacrae disciplinae leges», cit.

⁴⁶ Discorso di GIOVANNI PAOLO II ai partecipanti. . . , cit.

⁴⁷ N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Il Codice di diritto canonico del 1983: sua storia e nella storia*, in «Folia theologica et canonica» 4 (2015), p. 247.

⁴⁸ N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *La dottrina ecclesiologica del Vaticano II e la codificazione*, in *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, a cura di E. BAURA, N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, T. SOL, Milano 2017, p. 218.

⁴⁹ Vedi rispettivamente decreto «Presbyterorum ordinis», n. 20, c; cfr. can. 145 § 1; decreto «Christus Dominus», n. 38.2; cfr. can. 450 § 1.

Decisamente meno positiva la valutazione del rapporto tra Codice e Concilio prospettata da una parte significativa della canonistica. Le critiche, peraltro, non intendono contestare le ricordate proposizioni di Giovanni Paolo II, ma mettere in luce tutte le carenze della traduzione in linguaggio giuridico della ecclesiologia conciliare. Alcune osservazioni giungono a porre in discussione l'idoneità dello stesso strumento della codificazione, denunciando le implicazioni epistemologiche della sua adozione. E, più generale, lamentano che il Codice non è stato in grado di recepire il "dato conciliare" della ecclesiologia di comunione "con tutta la sua forza espansiva", restando in una certa misura tributario della concezione della Chiesa come *societas iuridice perfecta*⁵⁰.

Non è ovviamente questa la sede per addentrarsi in problematiche di così vasto respiro, ma si può proporre un specifico esempio di inadeguatezza della normativa codiciale rispetto allo spirito conciliare, riguardante la disciplina delle associazioni. Alla pur limpida enunciazione del diritto del fedele da parte del can. 215 – che, come ricordato, adotta una formulazione decisamente preferibile a quella conciliare – fanno seguito disposizioni che rinunciano a sviluppare tutte le potenzialità, rimanendo inquadrato nel «modello corporativistico tradizionale, senza tener conto della peculiarità delle forme comunitarie di apostolato che pullulano nella Chiesa contemporanea». Finiscono, così, col risultare regressive rispetto alla enunciazioni del decreto «Apostolicam actuositatem»⁵¹.

Una questione di più ampia rilevanza concerne la sistematica che, almeno per certi profili, coinvolge il ricordato problema della compresenza di due ecclesiologie. All'inizio del processo di codificazione furono avanzate autorevoli proposte che suggerivano l'adozione di una struttura ispirata ai sacramenti, ma non ottennero alcun seguito⁵². I codificatori rinunciarono a introdurre «una nuova struttura, più audace»⁵³ e così il nuovo Codice dà l'«impressione di percorso

⁵⁰ La più diffusa e organica formulazione di queste critiche è dovuta a E. CORECCO, *Fondamenti ecclesiologici del nuovo Codice di diritto canonico*, in IDEM, *Ius et communio*, cit., vol. II, pp. 706 ss.

⁵¹ Vedi E. CORECCO, *Aspetti della ricezione del Vaticano II...*, cit., p. 670. Analogamente J. BEYER, *Dal Concilio al Codice*, cit., p. 95 rileva che la distinzione delle associazioni in pubbliche e private «ripresa dal diritto civile europeo, non si giustifica affatto nel diritto ecclesiale». Meno negativo il giudizio di J. HORTAL, *Dal Concilio al Codice...*, cit., p. 47. A suo avviso la disciplina sancita dal Codice «sembra aprire una nuova prospettiva» all'esercizio del diritto di associazione, «ma oggi si avverte la necessità di un passo ulteriore» soprattutto riguardo ai «movimenti apostolici complessi». Del tutto positiva la valutazione di J. MANZANARES, *El largo camino...*, cit., p. 229: «el hecho asociativo es tratado con tacto y realismo».

⁵² Per una loro sintetica rassegna e valutazione critica vedi J. BEYER, *Dal Concilio al Codice*, cit., pp. 102-107. Vedi anche P. VALDRINI, *La sistematica dei due Codici (1917-1983)*, relazione presentata al Convegno di studio «Sistematica e tecnica nelle codificazioni canoniche del XX secolo», cit., pp. 5-6.

⁵³ Nella sessione plenaria della Commissione del 20 ottobre 1981 il cardinal FELICI riferì che, dopo aver esaminato attentamente e «cum sensu realistico» le diverse proposte di una nuova sistematica, si giunse alla seguente conclusione: «optimam viam esse quae substantialiter retineret

incompiuto» in quanto adotta una sistematica che «trae la propria sostanza dall'ultimo Concilio», ma la presenta secondo l'«indice generale del vecchio Codice»⁵⁴. Uno squilibrio che ha indotto taluno a ritenere che si tratti di un «Codice di transizione»⁵⁵. In effetti, si possono avanzare le più ampie riserve circa la durata del nuovo Codice se si considerano le numerose e incidenti modifiche che ha già dovuto subire. E non manca nemmeno chi ritiene che sia già giunto il tempo di una revisione dell'intero Codice in cui il Sinodo dei vescovi dovrebbe svolgere un ruolo determinante⁵⁶. Da rilevare che analoga proposta era già stata avanzata quasi nell'imminenza della promulgazione, chiedendo il rinvio della stessa e un esame dell'intero schema da parte di tutto l'episcopato⁵⁷.

5. UN CANTIERE APERTO

La vicenda delle modifiche apportate al Codice vigente può, a prima vista, apparire del tutto paradossale qualora venga confrontata con quella riguardante la precedente codificazione. Come noto, il *motu proprio* «Cum iuris canonici

structuram Codicis Pio-Benedictini, introducendo simul necessarias modificationes, locupletando conceptus ecclesiológicos et adiugendo novas normas institucionales», in «Communicationes» 13 (1981), pp. 265-266. Analogamente monsignor CASTILLO LARA, nel già citato discorso di presentazione del nuovo Codice, ha rilevato «l'ordinamento sistematico, benché ispirato a un criterio pragmatico [...] pur non abbandonando radicalmente la sistematica fin qui usata, presenta delle interessanti novità, che traggono ispirazione dal Concilio Vaticano II», in «Communicationes» 15 (1983), p. 32.

⁵⁴ P. VALDRINI, *La sistematica dei due Codici...*, cit., p. 9. Ancor più critica la valutazione di J. MANZANARES, *El largo camino...*, cit., p. 212 e 229: «se han desoido soluciones enteramente innovadoras propuestas par la doctrina y se ha mantenido *sustancialmente* la sistemática del Código vigente» limitandosi a un «mero retoque». Da parte sua R. METZ, *La nouvelle codification du droit de l'Eglise*, in «Revue de droit canonique» 33 (1983), pp. 139-140 dà notizia di una lettera ai cardinali della commissione codificatrice indirizzata nel periodo della Pasqua 1981 da EUGENIO CORECCO, GIUSEPPE ALBERIGO, JEAN-MARIE TILLARD, e sottoscritta da varie personalità, in cui, tra l'altro, si rileva che la sistematica manca di unità, essendo «dictée par deux critères qui, de fait, se révèlent hétérogènes – un critère juridique et un critère ecclésiologique – et elle ne réussit pas a les intégrer». Di avviso nettamente diverso J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *La sistemática del nuevo Código de derecho canónico*, in «Ius canonicum» 25 (1985), pp. 19 e 24, che mostra di apprezzare la sistemática «eclectica» adottata dal codificatore. In proposito merita ricordare che, a giudizio di P. LOMBARDÍA, *La sistemática del Codex y su posible adaptación*, in «Estudios de Deusto» gennaio-giugno 1961, p. 213, la sistematica «tiene un valor puramente instrumental» e dunque «no es conveniente exagerar» la sua importanza.

⁵⁵ Vedi P. VALDRINI, *La sistematica dei due Codici...*, cit., p. 9. Va peraltro rilevato che, in riferimento al nuovo Codice, il termine «transizione» è utilizzato in dottrina in diverse accezioni e con differenti motivazioni, Ad esempio J. BEYER, *Dal Concilio al Codice*, cit., p. 93 considera il Codice del 1983 «un codice di transizione, un vero codice di rinnovamento» che «prepara un nuovo ordine, un nuovo piano per un codice futuro».

⁵⁶ Vedi J. HORTAL, *Dal Concilio al Codice...*, cit., p. 49.

⁵⁷ Si veda in tal senso la già citata lettera indirizzata nel 1981 da alcuni teologi e canonisti ai cardinali della Commissione codificatrice in R. METZ, *La nouvelle codification...*, cit., p. 139.

Codicem» del 15 settembre 1917 – che compare in tutte le edizioni del Codice pio-benedettino subito dopo la costituzione di promulgazione – definiva le procedure da adottare per l’inserimento di eventuali future modifiche. Una previsione che non ha mai trovato pratica attuazione⁵⁸, sì che, nonostante tutti i provvedimenti che nei decenni successivi hanno innovato la sua normativa, il Codice pio-benedettino è rimasto immutato fino alla abrogazione, dopo l’abbandono del tentativo di «emendare» «leges et causas matrimoniales» intrapreso nel 1938 per volere di Pio XI⁵⁹.

Invece per il Codice vigente nulla è previsto a tale riguardo, ma questo non ha impedito che esso sia già stato oggetto di numerose e significative innovazioni, come meglio si mostrerà in seguito.

Questa differenza di impostazione del problema risulta comprensibile solo se si considerano le diverse concezioni soggiacenti ai due Codici. Il legislatore pio-benedettino, aderendo alla ideologia giuridica del cardinal Gasparri, riteneva possibile arrestare l’evoluzione della legislazione o almeno disciplinarla in modo che anche per il futuro essa rimanesse integralmente raccolta nel Codice. Di conseguenza consentiva modifiche solo quando richieste dall’«Ecclesiae universae bonum» e secondo modalità rigorosamente definite.

Al contrario il codificatore postconciliare non considera il Codice come un testo tendenzialmente fisso e immutabile, ma come una legislazione programmaticamente aperta al continuo rinnovamento della vita ecclesiale. In questo senso si pronuncia espressamente lo stesso Giovanni Paolo II, affermando che «il legittimo posto spettante al diritto nella Chiesa, si conferma e si giustifica nella misura in cui esso si adegua e rispecchia la nuova temperie spirituale e pastorale» e si ispira «sempre più e sempre meglio (...) alla legge-comandamento della carità»⁶⁰. E, da parte sua, la prefazione al Codice ha cura di avvertire che «se, per le accelerate trasformazioni dell’odierna società umana, alcune norme già nel periodo della codificazione risultarono meno perfette e avranno in seguito bisogno di revisione, la Chiesa gode di tanta ricchezza di forze che, non diversamente dai tempi passati, è in grado di riprendere la via del rinnovamento delle leggi della sua vita». Dunque, come è stato rilevato, «nous avons affaire à un Code dynamique et non statique comme l’était le Code de 1917»⁶¹.

⁵⁸ Vedi J.L. GUTIÉRREZ, *La formazione dei principi...*, cit., p. 8.

⁵⁹ Su tale tentativo vedi V. BARTOCETTI, *Codicis I.C. emendatio a S. Pio XI circa leges et causas matrimoniales disposita anno 1938*, in «Revue de droit canonique» 10 (1960), nn. 3-4 e 11 (1961) n. 1, pp. 9-23.

⁶⁰ Discorso di GIOVANNI PAOLO II per la presentazione, cit., n. 8.

⁶¹ R. METZ, *Les deux codifications du droit de l’Eglise au XXe siècle, 1917 et 1983*, in *Vitam impendere vero. Studi in onore di Pio Ciprotti*, a cura di W. SCHULZ, G. FELICIANI, Città del Vaticano 1986, p. 199.

Peraltro nel 1983 nessuno poteva prevedere che tale via sarebbe stata intrapresa e percorsa così rapidamente. Già quindici anni dopo lo stesso autore del Codice Giovanni Paolo II, al fine di contrastare «gli errori che insorgono da parte di alcuni fedeli, soprattutto di quelli che si dedicano di proposito alle discipline della sacra teologia», ritiene necessario aggiungere al Codice latino e a quello orientale «norme con le quali espressamente sia imposto il dovere di osservare le verità proposte in modo definitivo dal Magistero della Chiesa, facendo anche menzione delle sanzioni canoniche riguardanti la stessa materia». Di conseguenza, con il *motu proprio* «Ad tuendam fidem» del 18 maggio 1998, dispone di integrare il can. 750 del Codice latino con un nuovo paragrafo e di inserire la fattispecie in esso prevista tra quelle menzionate nel can. 1371.

Undici anni dopo Benedetto XVI, con il *motu proprio* «Omnium in mentem» del 26 ottobre 2009, ricorda che, al fine di garantire più efficacemente sia la «necessaria unità dottrinale, sia la finalità pastorale, talvolta la suprema autorità della Chiesa (...) decide gli opportuni mutamenti delle norme canoniche, oppure introduce in esse qualche integrazione». In tale prospettiva, per quanto concerne il sacramento dell'ordine, modifica il can. 1008 e aggiunge un terzo paragrafo al canone immediatamente successivo. Inoltre, nella materia matrimoniale, innova i canoni 1086 § 1, 1117, 1124.

Pochi anni dopo Papa Francesco, in considerazione dell'«enorme numero di fedeli che, pur desiderando provvedere alla propria coscienza, troppo spesso sono distolti dalle strutture giuridiche della Chiesa a causa della distanza fisica o morale», con il *motu proprio* «Mitis iudex dominus Iesus» del 15 agosto 2015, riforma il processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità matrimoniale, sostituendo i canoni da 1671 a 1691 con nuove disposizioni.

E già l'anno successivo lo stesso Papa Francesco interviene nuovamente con il *motu proprio* «De concordia inter Codices» del 15 settembre 2016, disponendo che siano modificati, integrati o completamente sostituiti i canoni 111, 112, 535, 868 riguardanti l'ascrizione al rito ed il battesimo, ed i canoni 1108, 1109, 1111, 1112, 1116 e 1127 concernenti la forma di celebrazione del matrimonio. Innovazioni tutte dettate dalla necessità che anche nelle norme peculiari a ciascuno dei due Codici, latino e orientale, vi sia «sufficiente concordanza» per evitare «discrepanze» che «inciderebbero negativamente sulla prassi pastorale, specialmente nei casi in cui devono essere regolati rapporti tra soggetti appartenenti rispettivamente alla Chiesa latina e a una Chiesa orientale». Una situazione particolarmente presente ai nostri giorni, in quanto «la mobilità della popolazione ha determinato la presenza di un notevole numero di fedeli orientali in territori latini».

Da ultimo ancora Papa Francesco, lo scorso 3 settembre, con il *motu proprio* «Magnum principium» ha modificato il can. 838 al fine di mettere meglio in luce «la competenza della Sede Apostolica circa le traduzioni dei libri liturgici e gli adattamenti più profondi, tra i quali possono annoverarsi anche eventuali nuovi testi da inserire in essi, stabiliti e approvati dalle Conferenze Episcopali».

Si aggiunga che in questi decenni non sono mancate disposizioni che, pur non essendo state inserite nel Codice, ne hanno significativamente integrata la disciplina⁶². Si vedano, in particolare, le «Norme complementari sulle conferenze episcopali», promulgate con il *motu proprio* «Apostolos suos» del 21 maggio 1998, nonché il *motu proprio* «Intima Ecclesiae natura», dell'11 novembre 2012 che ha provveduto a colmare la «lacuna» del Codice consistente nella mancanza di una espressa trattazione della carità quale «specifico ambito dell'attività episcopale».

In ogni caso si può rilevare che in meno di vent'anni sono stati modificati, integrati o del tutto sostituiti quasi quaranta canoni riguardanti le più svariate materie, dalla fede ai processi matrimoniali, con motivazioni che, pur appellandosi a circostanze di carattere contingente, coinvolgono questioni teoriche e dottrinali di grande rilevanza. Merita anche osservare che, con il passare del tempo, i relativi interventi sono divenuti più frequenti e più incisivi. Basti ricordare che, se Giovanni Paolo II e Benedetto XVI si sono pronunciati una sola volta, innovando complessivamente solo sette canoni, papa Francesco in poco più di due anni ha promulgato tre *motu proprio* che hanno riguardato ben trentadue canoni.

Un processo di revisione che appare destinato a svilupparsi ulteriormente. Infatti dal sito del Pontificio consiglio per i testi legislativi si apprende che, a distanza di quattro anni dall'inizio dei lavori, si è giunti alle prime conclusioni circa la riforma dell'intero libro VI del Codice. Esse riguardano «il superamento della distinzione tra pene medicinali e pene espiatorie», «una nuova catalogazione delle pene canoniche», «la revisione della pena della scomunica»⁶³. Nessuna specifica motivazione viene addotta per giustificare la prospettiva di una riforma così profonda da incidere anche su «aspetti storicamente consolidati», tanto più sorprendente in quanto riguardante una materia che, come noto, era stata innovata dalla codificazione postconciliare. Peraltro si può ritenere che essa sia essenzialmente dovuta al desiderio di Benedetto XVI di pervenire a una legislazione più efficace e incisiva nella prevenzione e nella repressione

⁶² Per un quadro completo vedi M. RIVELLA, *Basta un Codice alla Chiesa? Interpretazioni, integrazioni e sviluppi dopo il 1983*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 30 (2017), pp. 184-186.

⁶³ PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, «Riforma del diritto penale: il card. COCCOPALMERIO fa il punto della situazione», in <http://www.delegumtextibus.va/content/testilegislativi/it/notizie/riforma-del-diritto-penale-il-card-coccopalmerio-fa-il-punto-della-situazione.html>.

dei più gravi delitti, in particolare la pedofilia da parte di sacerdoti. Appare, infatti, significativo in tal senso che, in una nota intervista, il pontefice tedesco abbia fatta propria la seguente osservazione: «il Diritto penale canonico sino alla fine degli anni Cinquanta ha funzionato; certo, non era perfetto – in molti punti lo si potrebbe criticare – ma in ogni caso veniva applicato. A partire dalla metà degli anni Sessanta semplicemente non è stato più applicato. Dominava la convinzione che la Chiesa non dovesse essere una Chiesa del diritto, ma una Chiesa dell'amore, che non dovesse punire (. . .) In quell'epoca anche persone molto valide hanno subito uno strano oscuramento del pensiero»⁶⁴.

In ogni caso va rilevato che la realizzazione di questo progetto comporterebbe la sostituzione di ben 88 canoni che, insieme a quelli già attualmente modificati, innoverebbero più del 7 per cento dell'intero Codice. Si può dunque affermare che la codificazione postconciliare è un cantiere tuttora aperto. Una situazione che suggerisce alcune riflessioni. È evidente che il Codice «non si è rivelato come uno strumento del tutto appropriato» al rinnovamento della vita della Chiesa⁶⁵, ma questo non toglie che una molteplicità di interventi innovativi, operati in tempi diversi e suggeriti dalle più svariate preoccupazioni, oltre a generare con il loro annuncio una sorta di precarietà della normativa vigente che certamente non ne favorisce l'osservanza⁶⁶, finisce necessariamente con il nuocere all'unità e alla coerenza del disegno voluto dal codificatore⁶⁷. C'è dunque da chiedersi se l'opzione del legislatore postconciliare per la codificazione sia stata del tutto opportuna, o se, invece, non sarebbe stato preferibile procedere con leggi riguardanti le materie che più necessitavano di riforma. Una soluzione prospettata, ma senza successo, in seno alla stessa commissione codificatrice. Nel 1974 al Sinodo dei vescovi sulla evangelizzazione il suo stesso presidente, il cardinale Pericle Felici, approvò espressamente l'ipotesi che, in attesa della promulgazione del Codice, considerata tutt'altro che prossima, si tornasse temporaneamente all'epoca delle Decretali⁶⁸. Con questa singolare espressione non intendeva

⁶⁴ BENEDETTO XVI, *Luce del Mondo, Il Papa, la Chiesa e i segni dei tempi. Una conversazione con Peter Seewald*, Città del Vaticano 2010, p. 47.

⁶⁵ ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *La dottrina ecclesiologica. . .*, cit., pp. 238-239.

⁶⁶ Per prevenire o almeno limitare tale inconveniente occorre che «le riforme siano destinate ad essere permanenti e stabili» e che «vengano approvate in conformità con le formalità necessarie per essere conoscibili con certezza nella loro piena portata», così ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *La dottrina ecclesiologica. . .*, cit., p. 243.

⁶⁷ Come osserva ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *La dottrina ecclesiologica. . .*, cit., p. 243, «il sistema codiciale tollera meno le continue correzioni, rispetto al *case law*».

⁶⁸ Vedi «Communicationes» 6 (1974), pp. 156-157. In merito vedi A. DE LA HERA, *Los primeros pasos de la ordenación sistemática del nuevo Código de Derecho Canónico*, in *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al professor Maldonado*, Universidad Complutense, Madrid 1983, pp. 229-230, e, più recentemente, C. LARA, *Le maintien de la codification. . .*, cit., pp. 44-45.

proporre una alternativa alla codificazione, ma solo suggerire di provvedere senza indugio a colmare le lacune esistenti con leggi di carattere per così dire provvisorio, emanate come *ad experimentum*. Analogamente, due anni dopo, nel *coetus centralis* della Commissione si valutò l'opportunità di procedere alla promulgazione delle parti del futuro Codice già elaborate, come era avvenuto per il Codice orientale ad opera di Pio XII, anche allo scopo di testarne la ricezione, ma l'ipotesi venne scartata all'unanimità⁶⁹. Posizioni che, sia pure in altri termini, trovavano riscontro nella dottrina dove ci si chiedeva se «non sarebbe meglio, invece di un nuovo codice, insufficiente già alla sua apparizione (cosa riconosciuta ufficialmente), procedere a un aggiornamento continuo del Codice»⁷⁰.

6. UN PUNTO DI NON RITORNO

In ogni caso, alla luce di tutte le riflessioni fin qui esposte, sembra lecito concludere che, al di là di tutte le possibili critiche, il Codice postconciliare risponde comunque e in larga misura alle attese in esso riposte⁷¹. Non si può infatti negare che abbia recepito, spesso testualmente, gli aspetti salienti della ecclesiologia conciliare in sintetiche formulazioni che, in più di una occasione, ne hanno approfondito il contenuto ed evidenziato le implicazioni. In questo modo hanno notevolmente favorito la diffusione e la conoscenza degli insegnamenti del Vaticano II, ma, soprattutto ne hanno messo in piena luce gli effetti propriamente giuridici, offrendo al popolo di Dio e ai suoi pastori concrete direttive di comportamento e di azione. Il Codice, dunque, pur restando per certi aspetti ancora tributario di una concezione della Chiesa come *societas iuridice perfecta*, ne ha drasticamente delimitato l'ambito di effettività, ponendo le premesse per un suo totale e definitivo superamento. Conclusioni queste in ultima analisi condivise anche dai più severi critici al punto che un loro autorevole esponente ha espressamente riconosciuto che il nuovo Codice «segna una tappa di transizione di grande importanza per la vita della Chiesa», producendo «effetti irreversibili, sia sull'immagine istituzionale della Chiesa, sia sulla metodologia della scienza canonistica»⁷².

⁶⁹ Si veda la testimonianza del segretario della Commissione in R. METZ, *Le maintien de la codification...*, cit., p. 45.

⁷⁰ Così H. M. LEGRAND citato da P. HUIZING - K. WALF, *Editoriale. La revisione del Codice di diritto canonico: un'occasione perduta?*, in «Concilium» 17 (1981) fasc. 7, p. 12.

⁷¹ E si può comunque ritenere che «tutto considerato (...) il Codice del 1983 ha retto la sfida del tempo più di quanto ci si poteva attendere negli anni tumultuosi e contestati della sua preparazione», così M. RIVELLA, *Basta un Codice...*, cit., p. 186.

⁷² E. CORECCO, *Aspetti della ricezione del Vaticano II...*, cit., p. 704.

LA CODIFICAZIONE PER LE CHIESE ORIENTALI: ATTESE E REALIZZAZIONI

Cyrl Vasil*

SOMMARIO: 1. Percorso storico dell'attuale Codice orientale. – 2. Significato ecclesiale del Codice Orientale. – 3. Attese e realizzazioni del processo legislativo orientale. 3.1. Codice Unico per le Chiese Orientali cattoliche. 3.2. Carattere ecumenico del Codice. 3.3. Natura giuridica del Codice. 3.4. Carattere pastorale del Codice. 3.5. Il principio di sussidiarietà. 3.6. Nozione del Rito e della Chiesa particolare. 3.7. Laici. 3.8. Canonici *De processibus*. 3.9. Canonici *De delictis*. – 4. Applicazione delle norme del CCEO: alcuni ambiti specifici. – 5. Fenomeno delle migrazioni. – 6. Ecumenismo, dialogo interreligioso e sfide della modernità e della post-modernità. – 7. Invito alla formazione del diritto particolare.

Il 31 gennaio 2004 si è spento, nel campo scout, in seno alla rigogliosa natura dei Monti Cimini, il padre Ivan Žužek SJ – per lunghi anni Segretario della Pontificia Commissione per la Revisione del Codice di Diritto Canonico Orientale e, in un certo senso, lo *spiritus movens* dell'intero processo di codificazione canonica che ha portato nel 1990 alla promulgazione del primo Codice completo di diritto canonico orientale, il *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* – Codice dei Canonici delle Chiese Orientali.

Padre Žužek, pochi giorni prima della sua morte, ha concluso le lezioni del suo ultimo corso di Storia della codificazione orientale. I suoi appunti preparati per questo corso costituiscono un materiale prezioso e precisissimo che documenta la storia della codificazione orientale.¹ Questi appunti, da tempo a disposizione degli studenti del PIO e degli studiosi interessati, ci esimono dal dovere di ricostruire o documentare singole tappe e fasi del processo della codificazione, per non ripetere le cose già conosciute. Infatti la materia del corso del PIO corrisponde in molti aspetti al tema di questo odierno contributo. Di conseguenza, anche in questa presentazione ci si appoggia in gran parte al materiale raccolto da padre Žužek che voglio in questo modo commemorare, come maestro di molti, come amico dei fortunati che hanno avuto il privilegio della sua familiarità, come esempio di vita religiosa e accademica per tutti. Unica, non irrilevante, differenza dal corso di Žužek è che a disposizione non

* Segretario della Congregazione per le Chiese Orientali.

¹ I. ŽUŽEK, *Appunti sulla storia della Codificazione Canonica Orientale*, Roma 2004.

abbiamo un intero semestre ma solo il tempo indicato dagli organizzatori della conferenza. Ciò nonostante svolgeremo il nostro compito indicando i punti più importanti del processo della codificazione orientale e i risultati ottenuti o da ottenere con una retta applicazione delle norme codiciali.

1. PERCORSO STORICO DELL'ATTUALE CODICE ORIENTALE

Se inizialmente abbiamo detto che il *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* promulgato da Giovanni Paolo II è il primo codice orientale, va sottolineato che è il primo Codice comune a tutte le Chiese orientali promulgato da un Romano Pontefice. Infatti, come nota Žužek, in Oriente si percepiva sempre l'esistenza di un insieme di norme vincolanti, a partire dai canoni dei primi concili, come il concilio Niceno II (325) e successivi sinodi locali, che il concilio Calcedonese (451) rielaborò in un primo Codice comune² e che in seguito viene allargato a 786 canoni, attraverso la normativa del Concilio Trullano (691) e Niceno II (787) e con l'aggiunta dei canoni di alcuni Padri della Chiesa. In questo modo è stato formato un insieme di *sacri canoni* del primo millennio, che costituiscono il patrimonio giuridico comune delle Chiese ortodosse e cattoliche orientali. Dopo la progressiva costituzione delle Chiese orientali cattoliche, avvenuta nel corso della seconda metà del secondo millennio, queste cominciano ad elaborare la disciplina propria attraverso una serie di provvedimenti normativi, spesso sollecitati, suggeriti o approvati dalla Sede Apostolica. Così, alla vigilia del Concilio Vaticano I^o, la "*Commissio super missionibus et Ecclesiis ritus orientalis*", preparatoria al Concilio, il 21 settembre 1867, formula la dichiarazione circa la necessità di un Codice di diritto canonico comune a tutte le Chiese orientali. Passano altri 60 anni finché questi desiderata cominciano a concretizzarsi e ulteriori 63 anni finché arrivano al pieno adempimento attraverso la promulgazione del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*.

2. SIGNIFICATO ECCLESIALE DEL CODICE ORIENTALE

Per quanto riguarda l'aspetto storico, è ben nota l'assoluta rilevanza della promulgazione del CCEO che vide giungere ad un felice approdo ricerche e discussioni approfondite, iniziate nel 1927 sotto il Pontificato di Pio XI e durate lunghi anni.

² Il canone del Concilio: «*Canones sanctorum patrum per singula nunc usque concilia constitutos proprium robur obtinere decrevimus*».

Oggi, all'inizio del nuovo Millennio, siamo sempre più in grado di valutare l'incidenza sul tessuto ecclesiale di questo fondamentale *corpus* normativo, fare emergere la sua ricchezza disciplinare, spirituale e di dialogo, e studiarne ulteriori potenzialità applicative.

Secondo la classica definizione di San Tommaso, ogni legge è "*ordinatio rationis ad bonum commune et ab eo, qui curam communitatis habet, promulgata*" (I.a-II.ae,Q.CX, art. 4, ad 1). Questa definizione comune vale ovviamente anche per i canoni che regolano la disciplina ecclesiastica, ma possiamo aggiungere che questi canoni non sono solo il risultato della *ordinatio rationis*, ma anche quello della incessante preghiera della Chiesa, espressione della sua lunga tradizione spirituale, disciplinare e della saggezza di quei sacri pastori che rivestiti del potere conferito loro da Cristo per il bene delle anime, *illuminati da uno solo e medesimo Spirito*, avevano stabilito *le cose che sono vantaggiose*. Perciò ed a ragione possono chiamarsi *sacri*.

Sulla base dei *sacri canoni* che costituiscono il fondamento comune dell'ordinamento canonico di tutte le Chiese che hanno la loro origine nelle venerabili tradizioni alessandrina, antiochena, armena, caldea e costantinopolitana, dopo una lunga e qualificata preparazione, 29 anni fa, colui, *qui curam communitatis habet*, cioè colui che "presiede alla carità" ha promulgato un Codice che regola la disciplina ecclesiastica comune a tutte le Chiese orientali cattoliche. In questo modo è stato ristabilito un *codex communis* per tutte le Chiese orientali cattoliche, attuando in questa maniera un sostanziale ritorno alla situazione canonica del primo millennio, nel quale le Chiese d'Oriente rispettavano un ordine canonico basato sui sacri canoni che costituivano un Codice per tutte le Chiese orientali.

Da una parte perciò parliamo del ristabilimento del codice comune, mentre d'altra parte si può affermare l'assoluta novità dell'evento, non solo in quanto si tratta di un primo codice canonico comune a tutte le Chiese cattoliche orientali, promulgato dal Romano Pontefice, ma anche per altri motivi che incidono fortemente nella vita della Chiesa. Ci riferiamo soprattutto ai larghi orizzonti e alle dimensioni veramente universali che dovrebbero caratterizzare il cuore e la mente di ogni cattolico, anzi, di ogni battezzato.

Ne accenniamo ad alcuni, auspicando che si promuova ulteriormente, oltre il progresso della scienza canonica ed umana, anche la crescita in questa nuova mentalità di comunione tra i diversi, nel reciproco rispetto, che è la sola via per raggiungere il vero scopo della disciplina ecclesiastica – *salus animarum*.

In primo luogo si rileva che con il CCEO ha avuto compimento l'iter iniziato da Leone XIII con il raggiungimento della piena uguaglianza di tutte le Chiese d'Oriente e d'Occidente che "*aequali pollent dignitate*" e "*aequali concreduntur pastoralis gubernio Romani Pontificis*".

In secondo luogo con il CCEO si è realizzato pienamente quanto stava a cuore ai Romani Pontefici fin dal 1917 quando è stato promulgato il CIC. I Pontefici sentirono come una dolorosa lacuna nella disciplina ecclesiastica il fatto che con il CIC si era provveduto alla *tranquillitas ordinis* della Chiesa latina, mentre per la *tranquillitas* delle Chiese orientali non esisteva un adeguato Codice. Questa preoccupazione ha segnato l'istituzione della Congregazione per la Chiesa Orientale, del Pontificio Istituto Orientale e tutto il lungo iter della codificazione canonica orientale, fino all'attuale Codice.

In terzo luogo va sottolineato che con il CCEO non solo si disdice ogni mentalità ristretta del concetto della Chiesa, ma si mette in piena luce che la Chiesa di Cristo abbraccia tutta la diversità delle Chiese *sui iuris* unite in una mirabile comunione sotto lo stesso pastore.

In questa prospettiva vediamo come il medesimo supremo legislatore, Giovanni Paolo II, nell'atto della presentazione solenne del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* alla XXVIII Congregazione generale del Sinodo dei vescovi il 25 ottobre 1990, ha sottolineato il suo ardente desiderio, che il CCEO, – in quanto completamento del magistero proposto dal concilio Vaticano II, mediante il quale si porta a compimento l'ordinamento canonico della Chiesa universale –, venga bene accolto da tutta la Chiesa cattolica, sia dalle Chiese orientali per le quali ha valore di legge e sia da tutto l'episcopato della Chiesa latina nel mondo intero e venga considerato come appartenente al patrimonio disciplinare della Chiesa universale.

È ancora in questa prospettiva che si colloca un unico *Corpus iuris* costituito da CIC, CCEO e Pastor Bonus, di cui Giovanni Paolo II auspicava un appropriato studio comparativo. Il Papa loda in anticipo tutte le iniziative che favoriscono una maggiore conoscenza di tutto ciò che costituisce una legittima "*in unum conspirans varietas*".

Infine va sottolineata la dimensione ecumenica del CCEO, in armonia, per usare le parole del Papa, con quanto "la Chiesa cattolica proclama nel nome del Redentore dell'uomo, circa i diritti fondamentali di ogni persona umana e di ogni battezzato ed i diritti di ogni Chiesa non solo all'esistenza, ma anche al progresso, allo sviluppo e alla fioritura".

3. ATTESE E REALIZZAZIONI DEL PROCESSO LEGISLATIVO ORIENTALE

Per poter valutare meglio il contributo del CCEO nella vita della Chiesa, proprio nella dimensione del rapporto fra le attese e le loro realizzazioni,

ricordiamo quali erano le premesse e i desideri iniziali e come sono stati realizzati nel Codice stesso.

I lavori della Pontificia Commissione per la Revisione del Codice di Diritto Canonico Orientale sono cominciati con la costituzione della medesima Commissione con la lettera del 10 giugno 1972 del Segretario di Stato, il Card. Giovanni Villot, al Card. Giuseppe Parecattil. In questa lettera vediamo già tracciato il primo quadro prospettato dei lavori: *Preparare, alla luce soprattutto dei decreti del Concilio Ecumenico Vaticano II, la riforma del "Codex Juris Canonici Orientalis" sia nelle parti già pubblicate con quattro Motu Proprio ("Crebrae allatae sunt", "Sollicitudinem nostram", Postquam Apostolicis Litteris" e "Cleri Sancitati") sia nelle restanti parti già ultimate, ma non ancora pubblicate.*

Sulla scia di questo iniziale desiderio di ispirazione e sull'invito della neoletta Commissione, sono stati elaborati dai membri della Facoltà di Diritto Canonico Orientale del Pontificio Istituto Orientale *Principia que Codicis Orientalis Recognitionem dirigit.*

La prima bozza è stata presentata alla Commissione nell'aprile del 1973.³ Questo progetto fu inviato ai Membri della Commissione⁴ e le risposte furono raccolte dalla Segretaria in un fascicolo di 68 pagine.

Il "*coetus centralis*", sulla base del materiale raccolto, formulò il proprio schema dei "Principi" in due riunioni: 3-8 dicembre 1973 e 14-19 gennaio 1974,⁵ con il desiderio di proporli alla Plenaria. Il formale "benestare" per la convocazione della Plenaria porta la data del 17 febbraio 1974. In esso si determina la data ed il luogo della "*Solemnis inauguratio laborum*" e dell'Assemblea Plenaria, si approva il programma di lavoro e si accoglie il suggerimento di invitare, oltre ai Membri (i soli ad avere il voto deliberativo) anche i Consultori della commissione ed alcuni Osservatori ortodossi.⁶ La prima Assemblea Plenaria della Commissione si è svolta dal 18 al 23 marzo 1974 ed aveva come scopo principale la determinazione dei "Principi Direttivi per la revisione del CICO". I "Principi direttivi" approvati nell'Assemblea sono stati poi pubblicati in tre lingue,⁷ con una "Avvertenza" che ne specifica la natura. Questi Principi direttivi definiti come norme "sotto la sola responsabilità della commissione", vincolavano i lavori dei "*Coetus studiorum*" della Commissione, ma non quelli dell'Assemblea Plenaria dei membri che li hanno formulati.

³ *Nuntia* 26, 100-113.

⁴ *Nuntia* 30, 3-4

⁵ *Nuntia* 30, 5-6.

⁶ *Nuntia* 30, 4-5, 9-13

⁷ Cf. *Nuntia* 3.

Facciamo in seguito un breve riassunto di questi Principi che esprimono le attese nei confronti del Codice orientale e cerchiamo almeno sommariamente di indicare in che modo sono state realizzate.⁸

3.1. *Codice Unico per le Chiese Orientali cattoliche*

Con il processo della Ricognizione o revisione del Diritto Canonico Orientale si desiderava preparare un unico Codice che contenesse le leggi conformi alle tradizioni orientali (OE 6) e allo stesso tempo conformi alle necessità correnti, attuando tutto questo secondo le norme e lo spirito del Concilio Vaticano II. Non si doveva trattare perciò solo di una mera revisione di quanto si era già fatto nel passato ma di una profonda ricognizione di tutto il diritto orientale in modo che il nuovo Codice corrispondesse alle condizioni sopra indicate. Tale ricognizione avrebbe dovuto abbracciare il diritto e le tradizioni di tutte le Chiese Orientali e avrebbe dovuto costituire un lavoro preliminare per la redazione del Codice.

Possiamo dire che questo compito è stato assolto in maniera egregia. A differenza dei 4 Motu Proprio della prima legislazione la Commissione ha preparato un unico e comune Codice. Con questo provvedimento si può considerare definitivamente chiusa la discussione circa la possibilità o opportunità di elaborare un Codice unico per tutte le Chiese Orientali, o piuttosto un insieme di Codici delle singole tradizioni e delle rispettive Chiese *sui iuris* – discussione che era molto viva agli inizi della prima codificazione orientale fra le due guerre.⁹ Inoltre, dopo l'abbandono dell'idea della preparazione di una *Lex Ecclesiae Fundamentalis*,¹⁰ nella Chiesa cattolica si è arrivati ad un sostanziale equilibrio con due Codici, uno per la Chiesa latina, che perciò potremmo chiamare, in un certo senso, il Codice di diritto particolare di una delle Chiese *sui iuris* e un Codice comune per tutte le altre Chiese *sui iuris* che sono di tradizione e rito orientali. Il Codice si apre a tutte le tradizioni disciplinari di varie Chiese come dimostra la varietà dei rimandi alle fonti di diritto particolare delle Chiese

⁸ Su questo tema vedi S. KOKKARAVAYIL, *The Guidelines for the Revision of the Eastern Code; Their Impact on CCEO*, Roma 2009 (Kanonika 15).

⁹ Cf. I. ZUŽEK "L'idée de Gasparri d'un *Codex Ecclesiae Universae* comme point de départ de la codification canonique orientale", in «Trasversalités. Revue de l'Institut Catholique de Paris» 58 (Avril-Juin 1996) 215-244; «L'année canonique» 38 (1995-1996) 53-74 [in *Understanding the Eastern Code*, Roma 1997 (Kanonika 8), 429-458].

¹⁰ Cf. I. ZUŽEK "La *Lex Ecclesiae fundamentalis* et les deux Codes", in «L'année canonique» 40 (1998) 19-48.

orientali cattoliche che vengono citate e allo stesso tempo rimanda, in molteplici canoni, alle norme del diritto particolare che ogni Chiesa deve elaborare.

3.2. *Carattere ecumenico del Codice*

Il Concilio Ecumenico Vaticano II ha espresso il desiderio che le Chiese Orientali “*fioriscano e assolvano con rinnovato vigore apostolico la missione loro affidata [...] di promuovere l’unità di tutti i cristiani, specialmente orientali, secondo il decreto sull’ecumenismo [...], in primo luogo con la preghiera, l’esempio della vita, la scrupolosa fedeltà alle antiche tradizioni orientali, la mutua e più profonda conoscenza, la collaborazione e la fraterna stima delle cose e degli animi*” adempiendo il loro “*speciale ufficio di promuovere l’unità di tutti i cristiani*”.¹¹ Inoltre si raccomandava di tenere in debita considerazione l’aggiornamento del diritto a cui tendono le Chiese ortodosse. Considerate *chiese sorelle in quasi piena comunione*, per usare l’espressione di Paolo VI.

La dimensione ecclesiale ecumenica del nuovo Codice è fra altro caratterizzata dal rispetto delle norme conciliari e postconciliari, contenute nel *Direttorio per l’applicazione dei principi e delle norme sull’ecumenismo*, emanato dal Segretariato per l’unità dei cristiani (1967 e 1970), in modo particolare quelle che riguardano la *communicatio in sacris*, ma non solo. In molteplici altri luoghi del Codice si percepisce il rispetto sia verso quelle venerate tradizioni delle Chiese ortodosse, che costituiscono il fondamento e patrimonio comune con molte Chiese orientali cattoliche, sia verso la loro attuale situazione ecclesiale. La possibilità di collaborazione con le Chiese ortodosse è prevista in diverse occasioni della vita ecclesiale, specialmente nelle varie assemblee e in quei momenti della vita della Chiesa che riguardano il bene comune dei cristiani.¹² Infatti il santo Papa Giovanni Paolo II nell’atto della presentazione del CCEO durante la XXVIII Congregazione generale del Sinodo dei Vescovi, il 25 ottobre 1990 si esprime nel modo seguente: “... non posso fare a meno di rivolgere il mio pensiero rispettoso a tutte le Chiese Ortodosse. Anche ad esse vorrei ‘presentare’ il nuovo Codice, che fin dall’inizio è stato concepito ed elaborato su principi di vero ecumenismo e prima di tutto nella grande stima che la Chiesa cattolica ha di esse ... e dei loro Pastori come coloro a cui è stata affidata una porzione del gregge di Cristo.”¹³

¹¹ *Orientalium Ecclesiarum*, 1 e 24.

¹² D. CECCARELLI MOROLLI, *Le tematiche ecumeniche nel “Codex canonum ecclesiarum orientalium”*, Roma 1996.

¹³ *Nuntia* 30,22.

3.3. *Natura giuridica del Codice*

Dal nuovo Codice ci si aspettava che fosse un documento fondato sì sul Dogma ma di carattere giuridico, e non un insieme di esortazioni riguardanti fede e costumi. Il compito della norma canonica è di stabilire e definire i diritti ed i doveri dei singoli fra di loro e verso l'intera società.

Nella formulazione dei canoni si è cercato di andare nella maggiore misura possibile all'incontro di questo principio, anche se alcune formulazioni prettamente dottrinali hanno trovato la propria collocazione pure nel testo del Codice. Questo si è reso in una certa misura necessario per dare una giusta motivazione alle prescrizioni strettamente giuridiche.

3.4. *Carattere pastorale del Codice*

Il Codice doveva adempiere il *Mandato Generale* del Concilio Vaticano II espresso in *Christus Dominus*: "*Questo santo Sinodo dispone che nella revisione del Codice di diritto canonico siano definite adeguate leggi a norma dei principi stabiliti in questo decreto, tenendo presenti anche le osservazioni avanzate dalle commissioni o dai padri conciliari. Questo santo Sinodo inoltre prescrive che siano redatti dei direttori generali circa la cura delle anime, ad uso sia dei vescovi sia dei parroci, nell'intento di fornire loro norme e metodi per esercitare più adeguatamente e più facilmente il loro ministero pastorale*".¹⁴

L'applicazione di tale principio prevedeva la creazione di norme codiciali chiare, utilizzabili senza creare doveri ed obblighi non necessari, talvolta anche gravosi o difficili da adempiere. Alle norme e prescrizioni si sarebbe dovuto privilegiare le istruzioni, le esortazioni ed altri mezzi con i quali favorire la comunione tra i fedeli. Le norme del Codice non avrebbero dovuto essere troppo rigide e si sarebbe dovuto evitare, possibilmente, le leggi che invalidano gli atti giuridici o ne rendono inabili le persone.

Il CCEO in più di un quarto di secolo dalla sua promulgazione si è dimostrato un valido strumento per la vita della Chiesa, specialmente per i vescovi ed i loro primi collaboratori, parroci e altri presbiteri. Il CCEO offre un compendio concreto e preciso delle norme tese a migliorare il servizio pastorale al Popolo di Dio.

¹⁴ *Christus Dominus*, 44.

3.5. *Il principio di sussidiarietà*

L'elemento principale del principio di sussidiarietà era il desiderio che il Codice si limitasse alla codificazione della disciplina comune a tutte le Chiese orientali lasciando ai vari organismi la facoltà di regolare con un proprio diritto particolare un ampio numero di materie.

In questo principio sono stati inclusi anche i rapporti fra i capi delle singole Chiese orientali ed il rispettivo episcopato, fra i patriarchi ed i loro sinodi. *“Il principio di sussidiarietà, che presuppone una certa decentralizzazione, è stato applicato da molti secoli in Oriente senza un richiamo esplicito. Tale applicazione si ha nel riconoscimento delle potestà patriarcali e sinodali; non è il caso oggi di tornare indietro ma piuttosto di evolverlo maggiormente. (...) Questo principio ha valore anche nelle relazioni fra i Capi delle singole Chiese e i Vescovi che nelle loro eparchie sono e devono essere veri vescovi. Bisogna aggiornare sia le potestà dei Patriarchi e degli altri Capi delle Chiese sia le relazioni che esistono fra loro ed i vescovi.”*¹⁵

Se nei Principi direttivi si auspicava la giusta salvaguardia dei diritti dei Vescovi, d'altra parte si richiedeva ai Vescovi di non fare ordinariamente ciò che altri nella propria eparchia possono espletare. Il Codice ha elaborato, come è stato richiesto, le norme circa il consiglio presbiterale ed i consigli pastorali.

3.6. *Nozione del Rito e della Chiesa particolare*

I principi direttivi richiedevano un riesame della nozione di Rito e l'introduzione di una nuova terminologia per designare varie Chiese orientali cattoliche. In questo contesto si richiedeva anche l'applicazione del principio di uguaglianza di tutte le Chiese dell'Oriente e dell'Occidente.

Quando nel 1975 apparve l'articolo di Žužek: *“Che cosa è una Chiesa, un rito orientale?”*, l'ecclesiologia e la terminologia ecclesiologica delle Chiese orientali stavano entrando in una nuova, importante fase. Praticamente fino alla promulgazione del CCEO, *ritus* rimaneva un termine di vasta ampiezza semantica il cui preciso significato doveva essere stabilito dall'esame del contesto in cui si trovava.

Già prima del concilio di Firenze gli autori riscontrano nei documenti pontifici più di trenta significati di *ritus*. Nei testi del concilio di Firenze *ritus* è

¹⁵ *Nuntia, fasciculus praeuius*, 27; *Nuntia* 26, 107-108. Nei *Principes directeurs pour la révision du Code de Droit Canon Oriental*, elaborati sulla base delle *Norme*, è riconfermato il principio di sussidiarietà, ma senza un esplicito riferimento verbale ai patriarchi e ai loro sinodi.

spesso sostituito con alcuni sinonimi come *mos*, *consuetudo*, e con l'espressione *natio* utilizzata per indicare una Chiesa orientale.¹⁶

Una certa polivalenza terminologica possiamo riscontrarla nella legislazione orientale pre-conciliare e nei testi del Vaticano II, per esempio nel Decreto *Orientalium Ecclesiarum* (OE).

- Nei canoni di *Postquam Apostolicis Litteris e Cleri Sanctitati* la parola *ritus* viene utilizzata sia per indicare il modo di vivere la fede sotto tutti gli aspetti – liturgia, disciplina ecclesiastica, patrimonio spirituale – sia per indicare determinate comunità ecclesiastiche riconosciute come persone giuridiche, cioè concrete Chiese orientali che si caratterizzano attraverso la loro appartenenza ad un determinato rito liturgico.
- La Commissione preparatoria per il Decreto *Orientalium Ecclesiarum* intendeva applicare il termine *ritus* “*sensu stricto ... ad res liturgicas*”.¹⁷
- *Ritus* – secondo OE 3 – è il modo di vivere la fede sotto tutti gli aspetti: liturgia, disciplina ecclesiastica, patrimonio spirituale.

Ritus – secondo OE 2 – indica la Chiesa particolare orientale a cui una persona appartiene. Il termine “Chiesa particolare” va qui inteso non nel senso di *Christus Dominus* 2, dove viene così intitolata la diocesi, ma nel senso di *Lumen Gentium* 23, dove viene così indicato un gruppo di diocesi, cioè una Chiesa orientale.

Possiamo dire che in questo campo il CCEO ha riportato una certa chiarezza terminologica, delineando chiaramente le quattro tipologie delle Chiese orientali cattoliche, cioè le Chiese patriarcali, le Chiese arcivescovili maggiori, le Chiese metropolitane e lasciando alla categoria “altre Chiese *sui iuris*” tutte le realtà ecclesiali, che non arrivano ad una organizzazione metropolitana. In ogni caso, il concetto della Chiesa *sui iuris* è entrato – grazie al CCEO – nell'uso comune, sia in ambiente orientale che latino ed oggi viene preferito in comparazione con l'antico termine “*ritus*”.

3.7. Laici

Circa il ruolo dei laici, uno dei principi direttivi doveva ispirarsi alla ‘*vera uguaglianza*’ dei regenerati nel Battesimo, secondo la *mens* del Vaticano II

¹⁶ Cf. I. ŽUŽEK, “Che cosa è una Chiesa, un rito orientale?”, in «*Seminarium*» 27/2 (1975) 263.

¹⁷ *Ibid.*, 271 (citando da W. BASSET, *The Determination of Rite*, Roma 1967, 12).

espressa in *Lumen Gentium* (n. 32) “*riguardo la dignità ed azione comune a tutti i fedeli nell’edificare il Corpo di Cristo*”. Infatti i laici devono essere chiamati in diversi modi a collaborare più direttamente con l’apostolato della gerarchia. Le norme richiedevano che i Vescovi avessero ampie potestà per ammettere i laici ad esercitare uffici ecclesiastici a loro consoni. Il Codice avrebbe dovuto prevedere un sufficiente ambito di libertà, riconoscendo e proteggendo il diritto dei fedeli alla spontaneità apostolica, tutelando ed incoraggiando immemorabili consuetudini orientali sulla partecipazione dei laici all’amministrazione ecclesiastica e all’apostolato.

La realizzazione dei desiderata sui laici della commissione è stata adempiuta e si può verificare in molti canoni del CCEO. Quello che probabilmente ancora è da realizzare è la retta applicazione del ruolo dei laici nelle singole Chiese orientali. Infatti, in questo, si notano differenze fra le singole Chiese e le singole zone geografiche che rispecchiano le diverse situazioni culturali e sociologiche.

3.8. *Canon De processibus*

Il perfezionamento dei canoni processuali contenuti nel Motu proprio *Sollicitudinem nostram* avrebbe dovuto essere messo in atto in modo tale da rispecchiare maggiormente la struttura particolare delle rispettive categorie delle Chiese orientali cattoliche e portare inoltre alla semplificazione delle procedure canoniche.

Mentre nei principi direttivi si auspicava che ogni Chiesa orientale avesse la facoltà di organizzare i suoi tribunali in modo da poter trattare le cause non riservate alla S. Sede in tutte le istanze, nel testo finale del CCEO tale capacità è stata conferita solo alle Chiese patriarcali e arcivescovili maggiori.

3.9. *Canon De delictis*

Una delle proposte principali riguardanti i canoni *de delictis* verteva verso l’abolizione delle *poenae latae sententiae*. L’altra proposta era quella di dare maggiore rilievo alla *monitio canonica*, da porre in atto prima della punizione ed infine si suggeriva di dare alle pene più il carattere medicinale che punitivo e perciò far passare la nozione di pena non tanto come una *privatio alicuius boni*, ma piuttosto come *impositio actus positivi*.

Le proposte riguardanti l'abolizione delle *poenae latae sententiae* sono state pienamente realizzate – in questo punto si trova anche la maggiore differenza con il CIC. Per quanto riguarda la possibilità di maggiore scelta fra le pene privative e le pene medicinali, il Codice lascia all'autorità che commina la pena la facoltà di scegliere il tipo di pena a propria discrezione, stabilendo le pene privative solo in un determinato numero dei casi ben precisi.

4. APPLICAZIONE DELLE NORME DEL CCEO: ALCUNI AMBITI SPECIFICI

Nella vita quotidiana, l'applicazione di molte norme del CCEO nei confronti delle Chiese orientali è effettuata attraverso l'operato della Congregazione per le Chiese orientali. Il Pontefice emerito, Benedetto XVI, nella storica visita alla sede della Congregazione per le Chiese orientali, il 9 giugno 2007, mentre annunciava la nomina del nuovo Prefetto Sua Eminenza Reverendissima Cardinale Sandri, fra altro diceva:

“... la Congregazione si porrà accanto alle Chiese Orientali per promuoverne il cammino nel rispetto delle loro prerogative e responsabilità.”

Partendo dal citato discorso del Pontefice, in vista di un ulteriore approfondimento, mi permetto di concentrare la nostra attenzione nelle seguenti parole:

“il cammino nel rispetto delle loro prerogative e responsabilità.”

Il *cammino* inteso come sviluppo istituzionale e amministrativo.

– Negli ultimi 29 anni diverse Chiese orientali cattoliche hanno cambiato il loro *status* giuridico, avanzando di grado, verso la struttura più consona alla tradizione orientale e alla loro vocazione ecclesiale: la Chiesa malabarese, la Chiesa malankarese e la Chiesa romana sono diventate le Chiese arcivescovili maggiori, la Chiesa Slovacca, la Chiesa Ungherese e la Chiesa di Eritrea sono diventate le Chiese metropolitane *sui iuris*.

Per le altre Chiese non è stato fino ad ora possibile arrivare ad un avanzamento richiesto e oggettivamente consono con la loro situazione reale.

Il Santo Padre Benedetto XVI nel suo discorso già menzionato ha detto: “Elogio la più corretta applicazione della collegialità sinodale...”.

Possiamo accogliere queste sue parole come un invito alla sempre più responsabile applicazione del *principio di sinodalità*, specialmente nelle Chiese patriarcali e arcivescovili maggiori. L'esperienza ci insegna che con i diritti è connesso anche il dovere dell'uso responsabile del proprio diritto.

Guardando il mosaico delle Chiese orientali cattoliche, specialmente in Europa, vediamo che le singole Chiese camminano a velocità differenti. Spesso si tratta anche di Chiese che hanno una comune tradizione e storia. Specialmente nell'Est Europeo, dopo il cambio dell'assetto geopolitico, siamo stati testimoni della nascita di alcune nuove Chiese o dello sbriciolamento delle strutture ecclesiali in nuove circoscrizioni ecclesiastiche senza una univoca collocazione giuridico-amministrativa. Il futuro ci indicherà la strada da percorrere per un ulteriore sviluppo di queste comunità e quale deve essere il loro cammino.

Non dobbiamo dimenticare anche il fatto che ci sono alcune comunità di orientali cattolici che dal punto di vista organizzativo devono ancora cominciare il loro cammino. Si tratta di comunità con sede vacante da decenni e senza una gerarchia vera e propria, o anche quelle che purtroppo finora non hanno una formale struttura gerarchica.

In questo contesto, specialmente per quanto riguarda la situazione in Europa, va notato un contributo positivo degli incontri dei gerarchi di tutte le Chiese e circoscrizioni orientali in Europa, che si svolgono con cadenza annuale per trattare in maniera fraterna, rispettevole e costruttiva diversi aspetti di vita pastorale, di aggiornamento teologico, liturgico e giuridico. Pur non trattandosi per il momento di quell'*Assemblea dei Gerarchi di diverse Chiese sui iuris* di cui si parla nel c. 322 del CCEO, il cammino intrapreso in questi incontri comincia a portare i frutti di una reciproca conoscenza, di condivisione delle problematiche di interesse comune, di crescita del senso di solidarietà fra le nostre Chiese. Credo che per questo tipo di incontri vale l'elogio pronunciato da Benedetto XVI: "Elogio... la *verifica puntuale dello sviluppo ecclesiale* suscitato dalla ritrovata libertà religiosa".

5. FENOMENO DELLE MIGRAZIONI

Benedetto XVI in visita alla Congregazione per le Chiese Orientali dice che: "Uno sforzo intelligente è, infine, richiesto anche per affrontare il serio *fenomeno delle migrazioni*, che talora priva le comunità tanto provate delle migliori risorse. Occorre garantire ai migranti *adeguata accoglienza nel nuovo contesto e l'indispensabile legame con la propria tradizione religiosa.*"

Le Chiese orientali cattoliche sono oggi fortemente colpite da una ondata migratoria dei propri fedeli verso le terre del più ricco Occidente. I motivi delle migrazioni sono differenti: le guerre civili, la povertà, il miraggio del miracolo economico occidentale. Alle soglie del III millennio il fenomeno

della migrazione rappresenta probabilmente la maggiore sfida pastorale ed ecclesiologica delle Chiese orientali cattoliche.

Con gioia vediamo la crescita delle strutture amministrative per le singole Chiese orientali fuori dai loro territori tradizionali.

Una attenzione particolare meritano i fedeli che si trasferiscono dal Vicino e Medio Oriente in Europa e nelle Americhe. In questo contesto è lecito, anzi doveroso, chiedersi se oggi vengano efficacemente sfruttati tutti gli strumenti e meccanismi previsti già dall'attuale normativa e dalla legislazione canonica per la cura pastorale di questi fedeli (CCEO, *Erga migrante caritas Christi*, ecc.). In genere possiamo dire che i pastori della Chiesa latina in Occidente sono oggi molto comprensivi e generosi nell'aiutare nascenti comunità orientali – spetta ai presuli orientali il compito di conoscere bene la situazione degli orientali emigrati attraverso i visitatori e presentare le loro esigenze alle istanze ecclesiali competenti, per trovare tutti insieme i mezzi più adeguati e le strutture più consone per garantire la cura pastorale di questi fedeli.

6. ECUMENISMO, DIALOGO INTERRELIGIOSO E SFIDE DELLA MODERNITÀ E DELLA POST-MODERNITÀ

“Favorite da una plurisecolare consuetudine di vita, le Chiese Orientali cattoliche dovranno farsi carico della *sfida interreligiosa*, in spirito di verità, rispetto e reciprocità, affinché *culture e tradizioni diverse* trovino vicendevole ospitalità nel nome dell'unico Dio (cfr *At 2,9-11*).” (Benedetto XVI, il 9.06.2007 alla CCO).

Il Concilio Vaticano II ricorda agli orientali una specifica *missione loro affidata* [...] *di promuovere l'unità di tutti i cristiani, specialmente orientali ... con ... la scrupolosa fedeltà alle antiche tradizioni orientali*. Per quanto riguarda la fedeltà o rinnovata fedeltà alle tradizioni orientali, per quello che riguarda il campo liturgico, il 6 gennaio 1996 è stata emanata dalla Congregazione per le Chiese Orientali l'*Istruzione per l'applicazione delle prescrizioni liturgiche del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali*. Un modo relativamente semplice, anche se solo parziale, sarebbe quello di verificare in quale misura le nostre Chiese orientali cattoliche hanno adempiuto gli inviti normativi di questa *Istruzione*.

La fedeltà alla Chiesa, all'invito del Concilio ecumenico, alla normativa canonica e alle istruzioni della Congregazione per le Chiese Orientali, si verifica non tanto attraverso i vaghi sentimenti ed i proclami teoretici, quanto attraverso i fatti concreti, portati avanti con coerenza e fedeltà in primo luogo dai pastori delle singole Chiese orientali.

7. INVITO ALLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PARTICOLARE

Giovanni Paolo II nella Costituzione Apostolica *Sacri canones*, con la quale è stato promulgato il *Codice dei canoni delle Chiese orientali (CCEO)* afferma:

“... il presente codice affidi al diritto particolare delle Chiese *sui iuris* tutto ciò che non è considerato necessario per il bene comune di tutte le Chiese orientali. A questo riguardo è nostra intenzione che quanti hanno potestà legislativa nelle singole Chiese *sui iuris* vi provvedano al più presto con norme particolari, tenendo presente le tradizioni del proprio rito, come pure le disposizioni del concilio Vaticano II.”¹⁸

La promulgazione del *CCEO*, accompagnata da queste parole del Pontefice, ha messo in rilievo per ogni Chiesa *sui iuris* l'urgente necessità della stabilizzazione del diritto particolare, conforme alle proprie tradizioni e adatto alle necessità dei tempi. I molteplici riferimenti dello stesso *CCEO* allo diritto particolare, rappresentano sia un segno di stima e rispetto da parte del supremo legislatore per le singole Chiese, che un invito all'approfondimento e ad una nuova valorizzazione della propria tradizione canonica.

Ovviamente la ricerca e lo studio delle fonti e delle norme del diritto particolare nella loro prospettiva storica e nel loro rapporto con il *CCEO*, costituiscono una condizione *sine qua non* del tanto desiderato lavoro legislativo che dovranno svolgere le autorità competenti “al più presto”¹⁹.

¹⁸ IOANNES PAULUS PP. II, “Constitutio apostolica *Sacri canones* qua Codex canonum ecclesiarum orientalium promulgatur, 18 octobris 1990”, in «AAS» 82 (1990) 1033-1044. Testo italiano citato dall'*Enchiridion Vaticanum (EV)*, vol. 12, Bologna 1992, 415.

¹⁹ Ivi.

Problematiche giuridiche di speciale
rilievo nella vita ecclesiale

IGUALDAD Y DIVERSIDAD, UNIDAD Y PLURALISMO, UNIVERSAL Y PARTICULAR. EL DERECHO CANÓNICO SOMETIDO A PRUEBA

Javier Otaduy*

SUMARIO: I. Igualdad y diversidad. 1. La capacidad jurídica del sujeto en el ordenamiento canónico. 2. Los estatutos jurídicos de igualdad y de diversidad. – II. Unidad y pluralismo. 1. La diferencia entre el pluralismo sociopolítico y la pluralidad eclesial. 2. La inculcación como condición del pluralismo. 3. Las materias propias del pluralismo eclesial. 4. El pluralismo de los fieles laicos en asuntos temporales. 5. El pluralismo carismático. 5.1. Los binomios carismáticos alternativos. 5.2. Historia doctrinal de los carismas. 5.3. La dimensión jurídica del carisma. 5.3.1. El derecho a la libertad de ejercicio del carisma. 5.3.2. La positivación normativa del carisma. 5.3.3. El discernimiento de los carismas. – III. Universal y particular. 1. El derecho universal. 2. El derecho particular. 3. Actitudes del derecho universal ante el derecho particular. 4. Actitudes del derecho particular ante el derecho universal.

El derecho canónico diferencial puede tener procedencias muy variadas. En este trabajo se analizarán tres grandes matrices de diversidad canónica, que son el sacerdocio, el carisma y el lugar. No estoy seguro de que sean las más importantes en sentido absoluto, pero puedo decir que son muy importantes, imprescindibles para hacer el mapa de las diferencias.

I. IGUALDAD Y DIVERSIDAD

La igualdad y la diversidad canónicas originarias tienen sus raíces en los sacramentos del bautismo y del orden. La igualdad y la diversidad canónica primarias tienen dependencia sacramental. Constituyen una igualdad y una diversidad estructurantes, porque organizan la Iglesia desde dentro. No solo desde el punto de vista teológico, sino jurídico. En realidad, los sacramentos no son realidades *teológicas*, son realidades de gracia. Evidentemente tienen una

* Universidad de Navarra.

lectura y un rendimiento teológico primario, como tienen también un uso y un aprovechamiento canónico.

1. *La capacidad jurídica del sujeto en el ordenamiento canónico*

El Pueblo de Dios sacerdotal se organiza de acuerdo con el sacerdocio común de los fieles y el sacerdocio ministerial o jerárquico propio de los ministros. Esto funda y ordena la macroestructura, es decir, la comunión institucional jerárquica del Pueblo de Dios. Pero afecta igualmente a la microestructura, es decir a la capacidad jurídica del sujeto. La capacidad jurídica de la persona en el ordenamiento canónico está modalizada por vía sacramental. No es sujeto de derecho simplemente el hombre, sin más atributos. Sabemos que sobre esto las posiciones doctrinales están muy divididas. Pero según mi modo de ver, además de la condición humana, los caracteres sacramentales influyen y modalizan sustancialmente el ser del sujeto, y se inscriben en el orden de la capacidad jurídica. Comprendo que esta afirmación arrastra algunas dificultades para ser bien entendida.

La noción de capacidad jurídica nació como una conquista civil. Pretendía que la subjetividad en el derecho no se atribuyera solo a algunos; y además, que no se atribuyera de modo escalonado o estratificado. Hasta bien entrada la edad moderna la capacidad jurídica no se entendía como un parámetro atribuible por igual a todos. Cada cual era persona en su *status*. Las posiciones jurídicas eran muy variadas y respondían a razones de nacionalidad, de sangre o de estado canónico. Cada uno gozaba de las situaciones jurídicas propias de su estado y condición. No se concebía una capacidad jurídica igualitaria.

La caída del antiguo régimen, las nuevas constituciones de los Estados y las codificaciones civiles subsiguientes dieron ocasión a que naciera un concepto igualitario de capacidad jurídica. Todo hombre es sujeto de derecho, y le son atribuibles sin restricciones todas las situaciones jurídicas que ofrece el ordenamiento jurídico. Con palabras de Angelo Falzea, «ningún campo de derechos y de obligaciones se le precluye anticipadamente»¹. José Luis Lacruz Berdejo lo expresa con una fórmula equivalente: «a cada uno se le brinda en el momento de nacer un elenco exactamente igual de posibilidades abstractas de actuar, cuyo ejercicio será accesible a todos cumpliendo unas mismas condiciones»².

¹ A. FALZEA, «Capacità (teoría generale)», en *Enciclopedia del Diritto*, VI, Varese 1960, 12.

² J. L. LACRUZ BERDEJO et AL., *Elementos de derecho civil, I. II. Parte general. Personas* (revisada por J. DELGADO ECHEVERRÍA), Madrid: Dykinson 2008, 3.

Estos dos valores (la radicación en la condición humana y la igualdad de acceso a los bienes jurídicos) están connotando el concepto de capacidad tal como se usa en el derecho civil moderno. Sobre estos fundamentos, la teoría del derecho de los dos últimos siglos ha levantado un concepto de capacidad «entendida como cualidad “general”, “abstracta”, “preliminar”, que no queda afectada por lo que acaezca sucesivamente en cada uno de los distintos campos normativos»³. No tiene nada que ver con la titularidad efectiva de los derechos y obligaciones. El sujeto sería simplemente una conexión potencial, un punto de referencia para el sistema jurídico. Completamente abierto y completamente vacío. Se hicieron famosas las palabras de Giuseppe Forchielli al respecto: «en un determinado momento se dijo que la “persona” para los juristas no era el “hombre”, sino el “sujeto del derecho”, es decir el sujeto en el mundo jurídico, el punto abstracto de referencia de los derechos y de los deberes en el sistema de las leyes. Por lo tanto, en esta concepción el hombre se desvanecía y quedaba únicamente el envoltorio del hombre, es decir su vestido jurídico. Si dentro de ese vestido había un fante o un hombre de carne y hueso, eso era, o debía ser, indiferente para el jurista. El jurista debía razonar en torno al derecho teniendo delante de sí este maniquí. Ya se ocuparían después, por su cuenta, los políticos y los filósofos de rellenar con un contenido más o menos humano, pero en cualquier caso extrajurídico, aquel ropaje vacío de cuerpo y de alma»⁴.

En la caricatura de Forchielli se hace presente el sistema de la dogmática jurídica pura. Desde el iusnaturalismo, con presupuestos contrarios, se llega curiosamente a conclusiones parecidas en algunos puntos. El sujeto de derecho es el ser humano, es decir, todo ser humano, cualquier ser humano. Por tanto, para ser sujeto de derecho no hay necesidad de que sobrevenga ningún atributo nuevo que perfeccione o modalice sustancialmente la estructura humana natural. De modo que, tanto la perspectiva de la dogmática pura como la perspectiva iusnaturalista coinciden en los puntos fuertes de la subjetividad jurídica tal como la entiende el derecho civil moderno: todos los hombres tienen un acceso idéntico, libre y pleno a los bienes jurídicos. Cada uno de los sujetos llegará donde llegue, establecerá las relaciones jurídicas que establezca, pero todos inician su carrera desde el mismo lugar. Es una carrera sincrónica y simétrica:

³ A. GÓMEZ DE AYALA, *Il “soggetto” nella nuova codificazione canonica*, in IDEM, «Il “soggetto” nella nuova codificazione canonica/Qualificazione dell'accordo fra Stato e Santa Sede. Spunti e suggerimenti», Milano: Giuffrè, 1985, 24. Cfr. también A. GÓMEZ DE AYALA, *Gli infedeli e la personalità nell'ordinamento canonico*, Milano: Giuffrè editore, 1971, 7-16.

⁴ G. FORCHIELLI, *Precisazioni sul concetto di “persona” nel diritto canonico*, in VVAA, «Acta Congressus Internationalis Iuris Canonici [Romae, in aedibus Pont. Universitatis Gregorianae 25-30 Septembris 1950]», Romae: Officium Libri Catholici, 1953, 127-128 [traducción propia].

todos comienzan en el mismo momento (cuando nacen), y corren guardando una perfecta equidistancia de cada uno de los bienes jurídicos.

¿Se puede aplicar a la Iglesia este mismo modelo? El ordenamiento canónico debe respetar escrupulosamente la ley de la creación. Pero evidentemente puede añadir los factores que estime necesarios por las exigencias sacramentales de la ley de la salvación. En este sentido habría que advertir que el derecho canónico no puede aceptar los dos presupuestos originarios y típicos de la capacidad jurídica tal como ha sido presentada. La capacidad canónica no radica sólo en la personalidad natural, ni tiene tampoco la misión de expresar un plano de estricta igualdad, sino que está modalizada. La capacidad jurídica en el ordenamiento canónico viene connotada por vía sacramental. Los sacramentos del bautismo y del orden configuran al sujeto canónico de derecho. De tal modo que sería erróneo atribuir a los no bautizados una capacidad homologable con la de los bautizados, ni se puede decir con verdad que todos los bautizados gozan de idéntica capacidad jurídica⁵.

Me refiero a la capacidad jurídica originaria, no a la capacidad de obrar en el derecho. Estoy hablando por tanto de la ontología de la persona. No del obrar, sino del ser. Los efectos sacramentales del bautismo y del orden sagrado configuran la ontología espiritual de la persona. Es verdad que uno y otro (bautismo y orden) operan efectos muy distintos, pero se trata en ambos casos de efectos que consagran, signan y capacitan. Son rasgos personales que deben situarse en la línea de la capacidad jurídica. No se trata en ningún caso de meros requisitos complementarios de capacidad, de exigencias de habilitación, de legitimación o de competencia; ni tampoco del estatuto personal con todas las situaciones jurídicas pertinentes que acompañan a la condición canónica de las personas. El sacerdocio común y el sacerdocio ministerial implican y exigen también, claro está, una diversificación de condiciones de vida y de acción, y por tanto diversos estatutos jurídicos personales, pero todo eso es consecuencia de algo previo que tiene que ver con un *sigillum*, un sello, un modelado sacramental de la persona. También se llama carácter indeleble⁶.

Es frecuente, como ya hemos advertido, que en la ciencia del derecho la capacidad jurídica se atribuya a un punto vacío que remite a todas las situaciones jurídicas. Una mera aptitud sin contenido alguno, según explicaba Forchielli.

⁵ Cfr. J. OTADUY, *Quién es persona en el derecho canónico*, en IDEM, «Fuentes, interpretación, personas. Estudios de derecho canónico», Pamplona: Navarra Gráfica Ediciones, 2002, 408-412; ID., «Persona física», en J. OTADUY-A. VIANA-J. SEDANO, *Diccionario General de Derecho Canónico*, VI, Cizur Menor (Pamplona): Thomson/Reuters/Aranzadi, 2012, 176-177; ID., *Los elementos del estatuto canónico de la persona*, en C. PEÑA (ed.), «Personalismo jurídico y Derecho canónico. Estudios jurídicos en homenaje a P. Luis Vela, S.J.», Madrid 2009, 70-72.

⁶ Cfr. *Catecismo de la Iglesia católica*, n. 1582.

Favorece este planteamiento concebir el derecho como sistema normativo. En un sistema que se precie puede haber vacíos pero no puede haber contradicciones. Un punto no contradice nada, no tiene contenido, puede dirigirse en cualquier dirección, no estropea el sistema. Por eso, una visión positivista del ordenamiento jurídico aprecia mucho los puntos sin contenido. No engendran problemas éticos ni axiológicos, y en cambio favorecen la sistematicidad. Pues bien, el sujeto de derecho entendido como mera aptitud responde a esta perspectiva jurídica. Ahora bien, la aptitud y la capacidad no son concebibles sin dignidad, o si se prefiere sin un origen entitativo. Un sujeto tiene capacidad pero no es mera capacidad. Tiene capacidad porque tiene ser. Por eso, el sujeto de derecho precisa la dignidad del ser humano, y en el caso del derecho canónico, la dignidad sacramental entitativa, es decir, la que procede de los sacramentos que imprimen carácter, que modalizan la personalidad cristiana haciendo participar del sacerdocio del Señor.

Son la ontología natural y la ontología sobrenatural (la dignidad humana y cristiana) las que dan origen a la capacidad jurídica. La personalidad en el derecho deriva de la dignidad en el ser. Ninguna capacidad puede tener origen sin esa dignidad. El modo de ser que se recibe no es efecto de la capacidad jurídica, sino causa y fundamento de la capacidad. Los fieles obran como fieles porque son fieles. Los ministros obran como ministros porque son ministros. Y este modo de ser se recibe gratuitamente por vía sacramental.

2. *Los estatutos jurídicos de igualdad y de diversidad*

Así pues, si conectamos con nuestro tema, tendremos que decir que el mismo diseño originario de la personalidad *in Ecclesia*, convoca y diversifica a la vez. Otorga a todos la dignidad bautismal, a algunos la dignidad ministerial. La diversidad funcional no es simplemente diversidad de función, sino diversidad de consagración, y en consecuencia diversidad de configuración⁷. Dicho de otra manera, los ministros ordenados son ministros *para* el cumplimiento de su ministerio, pero no *por* el cumplimiento de su ministerio. El orden sagrado y el ministerio se involucran indisolublemente desde el punto de vista descriptivo, porque el orden es el sacramento para el ejercicio del ministerio. Pero orden y ministerio son cosas distinguibles desde el punto de vista de la recepción y del despliegue temporal.

Se habla así de un estatuto de igualdad, el estatuto común del fiel; y de un estatuto de diversidad funcional, el estatuto de los ministros, o tal vez mejor

⁷ Cfr. *Catecismo de la Iglesia católica*, n. 1581.

el estatuto del ministerio ordenado⁸. Veamos algunos rasgos descriptivos del modo como se engarzan ambos estatutos en la estructura eclesial:

(1) El estatuto común afecta a todos los fieles y por tanto las situaciones jurídicas procedentes del estatuto común de los fieles no quedan neutralizadas ni suplidas por efecto del estatuto de diversidad. Dicho de otro modo, todos los pastores son también ovejas, todos los maestros son discípulos y todos los que dispensan los medios de la gracia necesitan recibirlos.

(2) El estatuto de diversidad está al servicio del estatuto común. No constituye un *status* de privilegio o dominante sino que es precisamente ministerial y funcional, es decir, dedicado al servicio y finalizado al cumplimiento de una función⁹. Así pues, la diversidad no es en sentido propio desigualdad, al menos en sentido fuerte. Fue muy frecuente en la eclesiología anterior al Concilio, y en el derecho público eclesiástico, hablar de *societas inaequalis*, para subrayar no solo la distinción entre ordenados y no ordenados, sino también para poner de relieve el carácter no democrático de la sociedad eclesiástica. Pero hoy la *inaequalitas* se entiende fácilmente como una desigualdad no equitativa, aunque no haya ninguna razón objetiva para entenderla así. En cualquier caso, el estatuto de diversidad funcional sirve al estatuto común de los fieles, y si hubiera que establecer una gradación de superioridad, el estatuto del ministerio quedaría en el segundo escalón; *servus, non dominus*.

(3) El modo en que mejor queda descrita la unión de los dos estatutos personales de unidad y de diversidad es el de la *communio organice exstructa*. Una comunión orgánicamente estructurada del sacerdocio bautismal y del sacerdocio ministerial. *Lumen Gentium* destaca precisamente la *indoles sacra et organice exstructa communitatis sacerdotalis* (LG 11). Es importante destacar por tanto que la relación entre ambos estatutos no solo es armónica y coherente, sino que se integra en la causa formal del ser de la Iglesia.

(4) Las expresiones “estatuto común del fiel” y “estatuto de diversidad funcional” son perfectamente correctas, pero hay que tener presente que los estatutos jurídicos personales se emplean ordinariamente para establecer el conjunto de situaciones activas o pasivas que se atribuyen establemente a un sujeto, y que derivan de la libertad de opción que ese sujeto tiene de vivir la vocación cristiana, porque en la Iglesia está presente el principio constitucional

⁸ Es bien sabido que desde el Concilio Vaticano II existen también funciones ministeriales estables e instituidas que pueden ser ejercitadas por fieles no ordenados.

⁹ Precisamente por eso, se han expresado la necesidad de distinguir, dentro del estatuto del clérigo, las situaciones jurídicas disponibles y las que tienen que ver con su ministerio, cfr. P. LOMBARDÍA, *El estatuto personal en el ordenamiento canónico. Fundamentos doctrinales*, en ID., «Escritos de Derecho canónico», II, Pamplona: Eunsa, 1973, 49.

de variedad¹⁰. Conviene advertir que esto, siendo cierto por lo general, no puede aplicarse de modo absoluto a los dos estatutos originarios. Los dos estatutos originarios traen su origen, no del ejercicio de la libertad de opción del sujeto, sino de la recepción de dos sacramentos. Esto no quiere decir, como es obvio, que en la recepción de los sacramentos no intervenga la voluntad del fiel que los recibe, pero no es la voluntad la que genera la condición jurídica propia del sacerdocio bautismal y del sacerdocio ministerial.

Este último punto tal vez deba ser brevemente desarrollado. «En el ordenamiento canónico no sirve, a mi parecer, la idea de que todo sujeto tiene a su disposición un elenco idéntico de posibilidades, en el que ningún área de relaciones jurídicas queda precluida de antemano a su actividad como sujeto»¹¹. Esa es habitualmente la opinión de los civilistas o de los constitucionalistas cuando esbozan la noción de capacidad jurídica o de sujeto de derecho. Pero los no bautizados no son sujetos *in iure canonico*. Y los que no han recibido el sacramento del orden no tienen capacidad alguna para aquellos ministerios que exigen el ejercicio de la potestad sagrada y la cura de almas.

Por otra parte, «la recepción del sacramento del orden no es en ningún caso una oferta disponible a la elección del sujeto. Es decir, no es una prerrogativa contenida en la condición general de bautizado, de la que el fiel puede hacer uso en libertad. El ministerio se recibe por vocación divina y contando con la llamada eclesial. Es inconsecuente pensar que cada uno de los fieles cuenta con un elenco idéntico de posibilidades abstractas de actuar, cuyo ejercicio es accesible a todos en las mismas condiciones. No todos pueden ser llamados ni todos pueden ser elegidos»¹². La diferencia penetra y modela por tanto el mismo ser de los fieles. No afecta simplemente a sus capacidades, habilitaciones o competencias. Afecta a su condición de sujeto.

II. UNIDAD Y PLURALISMO

El pluralismo, en realidad, tiene un número ilimitado de rostros. Depende de la variable sobre la que queramos establecer la perspectiva de pluralidad. Si empleamos por ejemplo las dimensiones espaciales como modelo, podríamos hablar de un pluralismo que deriva de la anchura, de la extensión propia del espacio, y tendríamos entonces la pluralidad geográfica y étnica. La largura, o sea, el plano de la profundidad longitudinal, nos ofrecería el pluralismo del

¹⁰ Cfr. J. ROSSELL, «Estatutos personales», DGDC, III, 759-760.

¹¹ J. OTADUY, *Los elementos del estatuto canónico de la persona*, cit., 76.

¹² *Ibid.*, 76-77.

tiempo, de los resultados de la historia. Podríamos servirnos en tercer lugar del plano vertical ascendente, la altura, que nos ofrecería el pluralismo de «las densidades o valores»¹³ propios de la racionalidad y de la conciencia. Por último estaría el plano vertical descendente que pondría en evidencia el pluralismo de la genética o de los temperamentos. Pluralismo significa demasiadas cosas, y por eso es necesario precisamente delimitar muy bien la perspectiva que se adopta.

1. *La diferencia entre el pluralismo sociopolítico y la pluralidad eclesial*

Cuando nos enfrentamos al pluralismo eclesiológico, es conveniente adoptar dos cautelas, una formal y otra material. La cautela material es determinar el objeto, porque se puede ser plural respecto a muchas cosas, como decíamos. Pero antes hay que afrontar la cautela formal, que consiste en comprender el cariz específico que tiene el pluralismo eclesiológico.

El concepto y el término pluralismo nació y se afirmó en el ámbito sociopolítico. Pretendía dos cosas: en primer lugar, combatir el monismo, es decir, echar por tierra una concepción del poder político totalitario; y en segundo lugar, establecer un área respetuosa de comunicación y convivencia para las diversas ideologías. No son exactamente lo mismo las dos cosas pero ambas se afirman cuando se habla de pluralismo. Lo cierto es que el vocablo se impuso y se extendió rápidamente. Su amplia acogida ha tenido sus problemas. En el lejano 1977, *La Civiltà cattolica* escribió un editorial sobre el pluralismo. La ocasión la ofrecía el partido comunista italiano declarándose pluralista. «Precisamente el hecho de que este término sea empleado hoy por todos ha convertido su significado en vago y ambiguo»¹⁴.

Decíamos que había dos modelos del pluralismo sociopolítico. Si preferimos describirlo desde el punto de vista de la lucha ideológica contra el poder totalitario podría establecerse una definición parecida a la de Norberto Bobbio: «Se llama pluralismo a aquella concepción que propone como modelo una sociedad compuesta por diversos grupos o centros de poder, aunque estén en conflicto entre ellos, a los cuales viene asignada la función de limitar, controlar, y eventualmente eliminar, el centro de poder dominante identificado

¹³ L. VELA SÁNCHEZ, *Pluralismo pastoral y criterios canónicos*, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CANONISTAS (ed.), «El matrimonio: cuestiones de derecho administrativo-canónico», Salamanca: Univ. Pontificia, 1990, 25.

¹⁴ «In realtà, proprio il fatto che questo termine oggi è usato da tutti ha reso il suo significato vago ed ambiguo» (*La Civiltà cattolica* 128 [1977] 314).

históricamente con el Estado»¹⁵. Desde una perspectiva menos belicosa y más participativa, es decir, según la versión que descubre en el pluralismo un área de encuentro y de respeto mutuo, valdría la caracterización de Jacques Maritain. El pluralismo sería aquel espíritu social en el que «hombres opuestos entre sí por sus concepciones teóricas pueden llegar a alcanzar un acuerdo puramente práctico sobre la base del listado de los derechos del hombre»; «cada uno, aunque proclame su propio credo filosófico, renuncia a imponerlo a los demás; y todos, sobre una base de libertad, cooperan a la realización de los objetivos inmediatos y de la obra temporal que los une en una proyecto mutuo y en una acción común»¹⁶. Por tanto, el pluralismo sociopolítico contemporáneo promueve una unidad «minimalista y práctica»¹⁷. Se trata de poner las bases para sobrevivir en el contraste. Es verdad que eso exige compartir algunos valores, pero son valores instrumentales: para respetarse, no para amarse; para convivir, no para participar de las propias convicciones.

Por todo eso es claro que no se puede situar el pluralismo eclesiológico en esa perspectiva. Al término “pluralismo” se le han hecho en la Iglesia notables reservas¹⁸. El Concilio no usa ni una sola vez la palabra. Pablo VI afirmó explícitamente en algún caso su desacuerdo con el término¹⁹. Se ha puesto de relieve que no cabe en el concepto eclesiológico de pluralismo ni la contraposición antagónica ni el mero respeto de las posiciones contrarias. Como ha dicho Giovanni Barberini es importante distinguir entre el pluralismo y la pluralidad. «Mientras el pluralismo comporta por su propia naturaleza la diversificación de los intereses y la contraposición entre centros de poder, la pluralidad presente en la Iglesia no puede poner en peligro la unidad indispensable de fe y de disciplina, ni la centralidad del gobierno episcopal. Además, las instituciones eclesiásticas no pueden ser concebidas como centros de poder sino más bien como estructuras de servicio»²⁰.

¹⁵ N. BOBBIO, «Pluralismo», en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Torino: Utet, 1976, 717 [traducción propia].

¹⁶ J. MARITAIN, *Socialistes et chrétiens*, in J. e R. MARITAIN, *Oeuvres complètes*, vol. VIII (1944-1946), Fribourg-Paris, Éditions Universitaires-Éditions Saint-Paul, 1989, 500, cit. por D. LORENZINI, *Jacques Maritain e i diritti umani. Fra totalitarismo, antisemitismo e democrazia (1936-1951)*, Brescia, Morcelliana, 2012, 160, 159 [traducción propia].

¹⁷ V. TURCHI, *Convivenza delle diversità, pluralismo religioso e universalità dei diritti. Modelli di approccio. Indicazioni metodologiche*, Rivista telematica (www.statoecliese.it), n. 16/2017, 17.

¹⁸ Cfr. por ejemplo, C. AMATO, *Il pluralismo*, «Sacra doctrina» 33 (1988) 206-223; G. BARBERINI, *Diritto canonico e pluralismo. Mezzo secolo dopo il Vaticano II*, «Daimon: Annuario di Diritto Comparato delle Religioni» 10 (2010-2011) 123-137; C. DOTOLO, *Il dilemma della relazione verità-autorità tra soggettività e pluralismo*, «Credere oggi: Verità e autorità nella Chiesa» 122 (2001) 9-24.

¹⁹ Cfr. PABLO VI, *Discurso a los padres sinodales*, 27.10.1969 («AAS» 61 [1969] 728-729).

²⁰ G. BARBERINI, *Diritto canonico e pluralismo*, cit., 137.

La pluralidad (*diversitas, varietas, multiplicitas*) es una condición de existencia de la unidad. Solo las sustancias simples e indivisibles (las mónadas) presentan una unidad que no es conjunción de lo múltiple. Pero la unidad en la Iglesia no es la unidad de la mónada sino la organicidad del cuerpo. Lo que destaca en ella es la pluralidad más que el pluralismo. Y por eso mismo el modo de entender la multiplicidad en la Iglesia ha sido siempre la unidad orgánica de lo diverso, es decir, la unidad de un cuerpo, no la confrontación o el antagonismo entre los miembros distintos. En este escenario tiene poco relieve el pluralismo tal y como nació en el ámbito sociopolítico. Así pues, el pluralismo no representa valores propios de la Iglesia, ni por lo que se refiere a la contraposición ideológica, ni por lo que se refiere al mero ajuste de un área de neutralidad o de no agresión entre los contendientes.

No obstante, es un hecho que el término se emplea en las ciencias sagradas y en ámbitos propios de la eclesiología. Y no hay ningún reparo en hacerlo, siempre que se respete la naturaleza de la Iglesia, de la teología, de la pastoral, de la liturgia y del derecho canónico. En definitiva, un pluralismo eclesiológico razonable debe apoyarse en la diversidad más que en la confrontación.

2. *La inculturación como condición del pluralismo*

Ahora bien, ¿qué diversidad? Se ha hablado mucho, y con acierto, de la inculturación²¹, también en orden a explicar el pluralismo²². Pero la cultura es una condición de existencia del pluralismo, no su causa. Dicho de otra manera, la cultura puede dar lugar al pluralismo y dar también lugar a la uniformidad. Tan cultural es la Iglesia del Vaticano I como la del Vaticano II. Tan cultural es la particularización etnográfica y lingüística como la globalización. Por eso es muy problemático (y a mi juicio erróneo) hablar de la inculturación como causa del pluralismo. El pluralismo tiene como causa final, e incluso en ocasiones como causa eficiente, no tanto la cultura en sí misma, sino la voluntad de mostrar la diferencia.

El paradigma de la inculturación eclesial es evidentemente la encarnación del Verbo. Como explica *Lumen Gentium*: «La sociedad provista de sus órganos jerárquicos y el Cuerpo místico de Cristo, la asamblea visible y la comunidad espiritual, la Iglesia terrestre y la Iglesia enriquecida con los bienes celestia-

²¹ Cfr. COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, *Fe e inculturación*, 3-8.10.1988, [goo.gl/RopVYL]; L. MARTÍNEZ FERRER, «Inculturación», en J. OTADUY-A. VIANA-J. SEDANO, *Diccionario General de Derecho Canónico* [DGDC], IV, Cizur Menor (Pamplona): Thomson/Reuters/Aranzadi, 2012, 533-539;

²² P. A. BONNET, «Pluralismo», en DGDC, VI, 236.

les, no deben ser consideradas como dos cosas distintas, sino que más bien forman una realidad compleja que está integrada de un elemento humano y otro divino. Por eso se la compara, por una notable analogía, al misterio del Verbo encarnado» (LG 8). Aunque es evidente que toda realidad humana está inculturada y que por tanto no existe evangelio sin cultura, lo más característico de la inculturación eclesial es que la cultura es cauce de la gracia, por una notable analogía con la encarnación del Verbo.

Pero es importante afirmar que no es la modalidad cultural concreta la que salva. Ni siquiera se puede decir eso de modo absoluto acerca de la singularidad santísima del Señor encarnado. «Por muy particular que sea la condición del Verbo hecho carne –y, por tanto, de la cultura que lo acoge, lo forma y lo prolonga–, el Hijo de Dios no se ha unido primariamente a esta particularidad»²³. Dicho con las palabras de *Gaudium et Spes*, «el mismo Hijo de Dios, por su encarnación, de alguna manera, se unió con todo hombre»²⁴. No es la cultura quien salva, y todas ellas tienen un alto índice de relatividad (GS 58). Ninguna cultura puede arrogarse la condición de vehículo exclusivo de la revelación, lo cual supondría, en palabras de Piero Antonio Bonnet, una «camisa de fuerza»²⁵ para la revelación cristiana.

Por tanto, la inculturación de la fe constituye una exigencia de vida, un *necessarium*. Es el desarrollo natural de un cuerpo que, frecuentemente sin especial conciencia de ello, crece e incorpora en su crecimiento los elementos propios de una determinada cultura. A esta inculturación no se le suele otorgar el nombre de pluralismo. El pluralismo es un recurso diseñado para oponerse al monismo o al uniformismo. Es un aprecio positivo y querido de la diferencia, que se considera digna de ser ponderada, estimulada y enfatizada.

Pensemos, por contraste, en la uniformidad (o uniformismo). La uniformidad hoy por hoy es comprendida por muchos como un contravalor porque se asume que toda uniformidad es impuesta desde fuera. Se supone por ejemplo que quien viste un uniforme lo hace por obligación. Pero tampoco podemos conceder que esto sea así. Para quien viste la chaqueta de su club o la camiseta de su equipo, aquello no es una imposición que se soporta sino un signo que se ama. La uniformidad puede ser también (y en ocasiones lo es de modo muy especial) transparencia del corazón, es decir, una pretensión activa y muy voluntaria de unidad o de comunión con determinados valores.

En resumen, hay múltiples variedades naturales que confeccionan el ser de la Iglesia. Dichas variedades proceden de factores innumerables, aunque al

²³ COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, *Fe e inculturación*, cit., 18-19 [goo.gl/RopVYL].

²⁴ GS 22.

²⁵ P. A. BONNET, «Pluralismo», cit., 237.

que se apela con más frecuencia es la cultura. Pero la inculturación no sirve a efectos de establecer el pluralismo en el ámbito eclesial. Es necesario recurrir a una causa voluntaria que haga de la cultura un distintivo específico para consolidar la diferencia.

3. *La materias propias del pluralismo eclesial*

Hay muchos hipotéticos pluralismos con proyección jurídica, que pueden tener relieve en el ámbito de la Iglesia²⁶. Por ejemplo, el pluralismo doctrinal o teológico, el pluralismo litúrgico, el pluralismo pastoral, los pluralismos derivados del seguimiento de carismas específicos, del diálogo ecuménico e interreligioso, y de la libertad de los fieles en las cuestiones temporales. Estos serían los ámbitos más comunes en los que se emplea el término. De entre ellos tienen una vida autónoma, y una bibliografía sólida y establecida, los llamados pluralismo teológico²⁷ y pluralismo litúrgico.

El pluralismo teológico tuvo algunos estudios de envergadura inmediatamente después del Concilio, como la extensa publicación de la Comisión teológica internacional (1973)²⁸, y la voz de Cipriano Vagaggini (1976) en el *Nuovo Dizionario di Teologia*²⁹. Los dos trabajos, por su profundidad y su ponderación constituyen un punto de referencia. Por supuesto, no son los únicos puntos de vista sobre el pluralismo teológico. En el postconcilio han existido muchos problemas para aceptar no tanto la pluralidad de visiones teológicas cuanto para aceptar una única confesión de fe católica; o, dicho de otra manera, para aceptar «una distinción suficientemente clara, en la teoría y en la práctica, entre fe y teología»³⁰. Según estas visiones problemáticas no se podría trazar un límite real entre la interpretación y expresión teológica de la fe y la confesión o declaración de esa misma fe. Y donde faltase unidad de cultura, como ocurre en nuestro mundo, no tendría sentido la definición de la fe. En este sentido

²⁶ Cfr. G. BARBERINI, *Diritto canonico e pluralismo. Mezzo secolo dopo il Vaticano II*, «Daimon: Anuario di Diritto Comparato delle Religioni» 10 (2010-2011) 127-134; cfr. también, ID., *L'ordinamento della Chiesa e il pluralismo dopo il Vaticano II*, Perugia, 1979, 73-199.

²⁷ Dentro del pluralismo teológico cabe también el pluralismo derivado del diálogo ecuménico e interreligioso.

²⁸ Cfr. COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, *El pluralismo teológico* (trad. M. POZO-V. M. FERNÁNDEZ), Madrid: BAC 1976 (1973), 230 pp.

²⁹ Cfr. C. VAGAGGINI, «Pluralismo teologico», en G. BARBAGLIO, S. DIANICH (a cura di), *Nuovo Dizionario di Teologia*, Roma: Edizioni Paoline, 1988 (1976) 1150-1166. Cfr. también C. VAGAGGINI, *Unità e pluralità nella Chiesa secondo il Concilio Vaticano II*, en FACOLTÀ TEOLOGICA INTERREGIONALE MILANO, «L'ecclesiologia dal Vaticano I al Vaticano II», Brescia: Editrice La Scuola, 1973, 99-197.

³⁰ C. VAGAGGINI, «Pluralismo teologico», cit., 1151.

se expresó desde los comienzos Karl Rahner³¹. «Pero la objeción no obliga»³², explica Vagaggini. La Iglesia debe cumplir la primera de sus misiones, que es proponer con garantías la palabra de Dios sin confundirla con la palabra de los hombres. Y para eso necesita distinguir una de la otra³³.

También la pluralidad litúrgica tiene una vida propia y una amplísima bibliografía, además de un ejercicio real en el ámbito de los ritos católicos y de las *ecclesiae sui iuris*. Pero se habla de pluralismo más bien dentro del rito latino. Para hacerse cargo de los extremos disciplinares del pluralismo litúrgico conviene atender a los dos documentos mayores de los últimos veinticinco años, *Varietates legitimae* (1994)³⁴ y *Liturgiam authenticam* (2001)³⁵, así como al reciente motu proprio *Magnum principium* (2017)³⁶.

4. El pluralismo de los fieles laicos en asuntos temporales

Los “pluralismos” que ofrecen una perspectiva jurídica más representativa son el pluralismo de los carismas y el pluralismo de los fieles laicos en asuntos temporales. Comencemos por el segundo, en el que se puede hablar de pluralismo en sentido pleno. También en este punto disponemos de amplia bibliografía³⁷, y de una doctrina establecida cuidadosamente en el Concilio Vaticano II y en el Código de derecho canónico.

Según el c. 227, «los fieles laicos tienen derecho a que se les reconozca en los asuntos terrenos aquella libertad que compete a todos los ciudadanos; sin embargo, al usar de esa libertad, han de cuidar de que sus acciones estén

³¹ Cfr. K. RAHNER, *El pluralismo en teología y la unidad de confesión en la Iglesia*, «Concilium» 46 (1969) 427-448.

³² C. VAGAGGINI, «Pluralismo teológico», cit., 1151.

³³ Cfr. *ibid.*

³⁴ CONGREGACIÓN PARA EL CULTO DIVINO Y LA DISCIPLINA DE LOS SACRAMENTOS, Instr. *Varietates legitimae, De liturgia romana et inculturatione*, 25.01.1994 («AAS» 87 [1995] 288-314).

³⁵ CONGREGACIÓN PARA EL CULTO DIVINO Y LA DISCIPLINA DE LOS SACRAMENTOS, Instr. *Liturgiam authenticam, De usu linguarum popularium in libris liturgiae romanae edendis*, 28.03.2001 («AAS» 93 [2001] 685-726).

³⁶ FRANCISCO, Litt. Ap. Motu Proprio datae *Magnum Principium, quibus nonnulla in can. 838 Codicis Iuris Canonici immutantur*, 3.09.2017.

³⁷ Cfr. H. PREE, *Libertad y responsabilidad del laico en los asuntos temporales*, «Anuario Argentino de Derecho canónico» 12 (2005) 233-277; S. MAZZOTTI, *La libertà dei fedeli laici nelle realtà temporali (c. 227 C.I.C.)*, Roma: Pontificia Università Gregoriana, 2007; son también de mucho interés, G. LO CASTRO, *I laici e l'ordine temporale*, «Il diritto ecclesiastico» 97/1 (1986) 241-258; J. T. MARTÍN DE AGAR, *El derecho de los laicos a la libertad en lo temporal*, «Ius Canonicum» 26 (1986) 531-562; J. FERRER ORTIZ, *El derecho del laico a la libertad en lo temporal*, en VVAA, «La misión del laico en la Iglesia y en el mundo», Pamplona: EUNSA, 1987, 629-635.

inspiradas por el espíritu evangélico, y han de prestar atención a la doctrina propuesta por el magisterio de la Iglesia, evitando a la vez presentar como doctrina de la Iglesia su propio criterio, en materias opinables». El canon formula, en el seno del ordenamiento canónico, el derecho de los fieles laicos a ser libres de toda coacción e influencia en todas sus decisiones temporales. La potestad canónica no pueda imponerles medidas que impidan su justa autonomía en los asuntos temporales.

A la formulación positiva de este derecho de libertad se une la formulación de tres deberes, morales más que jurídicos: a) de que sus acciones estén inspiradas por el espíritu evangélico; b) de prestar atención a la doctrina propuesta por el magisterio de la Iglesia; c) de evitar presentar como doctrina de la Iglesia su propio criterio, en materias opinables. El c. 227 lleva a cabo un resumen muy aceptable de las fuentes doctrinales sobre la justa autonomía de la acción cristiana en el orden temporal.

El Concilio Vaticano II formuló explícitamente esta doctrina, fundada en las siguientes ideas: (1) Es absolutamente legítima la exigencia de autonomía de las realidades temporales, porque todas ellas están dotadas de consistencia y verdad propias³⁸; (2) Dicha autonomía nada tiene que ver con que esas realidades resulten independientes de Dios creador³⁹; (3) El orden de las realidades temporales no está incólume sino afectado por el pecado, y por tanto debe ser purificado y salvado por la gracia⁴⁰; (4) El orden espiritual [sobrenatural] y el orden temporal [natural] se compenetran en el único designio de Dios, como también la vida de los fieles laicos que trabajan en las realidades del mundo⁴¹; (5) Los fieles deben aprender a distinguir, y a conciliar armónicamente, los derechos y deberes que les conciernen por su pertenencia a la Iglesia y los que les competen en cuanto miembros de la sociedad humana⁴²; (6) La Iglesia tiene derecho a decir su palabra sobre las realidades temporales pero no debe comprometer la libertad de los laicos que trabajan en ellas⁴³; (7) El laico debe manifestar su espíritu cristiano en la gestión del mundo, pero no debe implicar a la Iglesia cuando toma sus decisiones temporales⁴⁴.

Este derecho de libertad significa por tanto que los fieles laicos tienen el derecho a sostener sobre asuntos temporales cualquier posición que sea

³⁸ Cfr. especialmente GS 36 y AA 7.

³⁹ Cfr. GS 36.

⁴⁰ Cfr. AA 7.

⁴¹ Cfr. AA 5 y 7.

⁴² Cfr. LG 36 y GS 76

⁴³ Cfr. AG 12.

⁴⁴ Cfr. GS 43.

compatible con su condición de fieles católicos. Dichas decisiones deben estar todas ellas presididas por la prudencia y por todas las virtudes morales. Por el hecho de que sean opinables no se trata, claro está, de elecciones contingentes y sin sustancia moral. Pero los fieles tienen derecho a que la potestad eclesiástica no les obligue nunca a elegir, ni les sustituya en sus propias decisiones.

Por tanto, entre los fieles laicos católicos existe un verdadero pluralismo en el ámbito decisional que toca a las realidades seculares. No me refiero a un pluralismo de hecho, que existirá siempre. Siempre se podrá encontrar a un fiel que sostenga una posición cualquiera, incluso irracional, o en manifiesta contradicción con la doctrina católica. Me refiero al pluralismo de derecho, es decir, el enfrentamiento entre uno y otro fiel, incluso antagónico, en el orden de las ideas o de los intereses privados o públicos, sin que ello perjudique a la condición cristiana de los afectados. Dicho de otro modo, las elecciones cristianas pueden ser inculcadas y gestionadas en posiciones distintas, incluso contradictorias, con auténtico respeto de la verdad de la fe, del ser de la Iglesia y de la fraternidad cristiana. Y esto sí que constituye una versión verdadera no solo de pluralidad sino de pluralismo.

5. *El pluralismo carismático*

El *locus* más significativo para verificar la pluralidad eclesial es, a mi juicio, el carisma. Dicho con otras palabras, el trato que el derecho dispensa al don de Dios que se encarna en el mundo. Hay que reconocer sin embargo que tampoco es éste un tema cómodo porque se mezclan muchos factores históricos y doctrinales.

5.1. Los binomios carismáticos alternativos

Ante todo debe tenerse en cuenta que cuando presentamos, como estamos haciendo ahora, la realidad eclesial sirviéndonos de binomios alternativos (igualdad y diversidad; pluralismo y unidad; universalidad y particularidad) parecería razonable situar al carisma dentro del clásico binomio carisma/institución (o carisma/ministerio, o incluso carisma/derecho). En realidad ahora esto no tendría mucho sentido porque en nuestro caso hacemos jugar al carisma el papel del pluralismo o la pluralidad. Por tanto, el binomio correcto sería pluralismo carismático/unidad; y no tanto carisma/institución.

No quiero decir que haya que olvidar el binomio clásico, pero no tengo intención de entrar en él. El carisma y el ministerio, o el carisma y la institución, se diferencian entre sí y tienen cada uno de ellos su posición eclesiológica. Esto ha sido explicado muchas veces y muy autorizadamente. Sin embargo, existen buenas razones para no llevar a cabo diferenciaciones drásticas entre carisma e institución. Decía Pablo VI que era importante superar «muchas antinomias que hoy fatigan el pensamiento de los estudiosos de la eclesiología»⁴⁵. Es verdad que la doctrina está fatigada. Y además muchas de esas antinomias no lo son en realidad. No se puede pensar en carisma y ministerio divididos sin fisuras y sin enlaces. Ninguno cabe entero y sin residuos en su propio compartimento. El binomio carisma/institución tiene la virtualidad de suscitar una y otra vez la contraposición dialéctica⁴⁶. Las relaciones que producen vida, sin embargo, nunca son dialécticas; o dicho de otra manera, no son contradictorias ni antagonicas. Una relación antagonica si tiene mucha suerte podría mover la historia. Pero los antagonismos no están diseñados para producir vida, lo que producen es muerte. Lo que produce vida es la diversidad, no el antagonismo. Si lo decimos con la terminología de Johann Adam Möhler, lo que hace vivir es el contraste o la diferencia (*Gegensätze*), no la réplica contradictoria (*Widerspruch*)⁴⁷. Y a mi parecer el gran problema de los dialécticos (no me refiero a la dialéctica como retórica, sino a la dialéctica como interpretación del mundo) ha sido confundir a veces la diversidad con el antagonismo. La institución y el carisma no es que estén llamados a entenderse, es que no pueden existir uno al margen del otro.

La perspectiva del carisma y el ministerio, así como la del carisma y la institución, permiten descubrir que la diversidad nunca es contradictoria ni antagonica, nunca es excluyente o disyuntiva. Son más bien enlaces combinados de bienes en una mezcla que supera las previsiones humanas. Aunque mientras estamos *his in terris*, nadie duda de que las combinaciones pueden no ser perfectas y de que pueden existir mezclas mejores y peores.

5.2. Historia doctrinal de los carismas

Carisma es un término que Pablo emplea dieciséis veces en sus cartas. No se vuelve a usar en el nuevo testamento, excepto en una ocasión (Pt 4,10). Los

⁴⁵ PABLO VI, Enc. *Ecclesiam suam* 13b, 6.08.1964 («AAS» 56 [1964] 625).

⁴⁶ Para una reciente explicación del despliegue histórico Espíritu/Institución, cfr. C. FANTAPPIÈ, *Ecclesiologia e canonistica*, Venezia: Marcianum Press, 2015, 69-115.

⁴⁷ Cfr. J. A. MÖHLER, *La unidad en la Iglesia* § 46 [eds. P. RODRÍGUEZ y J.R. VILLAR; trad. D. RUIZ BUENO], Pamplona: ediciones Eunote/Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 1996, 224-229.

contextos en los que se aplica el término son muy distintos⁴⁸. Pablo no teoriza sino que describe⁴⁹. Aunque en el imaginario eclesial prevaleció la idea del carisma extraordinario, en realidad los sentidos con que el apóstol emplea el vocablo son muy variados y nada específicos. La «diversidad de puntos de vista confirma que *jarisma* no tiene, para Pablo, un sentido técnico preciso y que tampoco existe en estos textos un concepto de carisma»⁵⁰. Pablo empleó un término que no era técnico para situaciones que no eran afines entre ellas. La reciente carta *Iuvenescit Ecclesia* de la Congregación para la doctrina de la fe, lleva a cabo un buen resumen de los datos neotestamentarios sobre el carisma⁵¹.

Después del abundante uso que hace Pablo en sus cartas, puede afirmarse sin ninguna duda que la voz “carisma” «ha experimentado eclipses a lo largo de la historia»⁵². «El término no parece haber tenido un gran éxito en la Iglesia primitiva»⁵³. En la patrística hay numerosos comentarios a los textos paulinos según el modelo del carisma extraordinario, pero no existe un trabajo sistemático⁵⁴. En la escolástica los carismas nunca fueron grandes protagonistas del desarrollo teológico, ni constituyeron temas de vanguardia en la discusión doctrinal. No obstante, la edad media conoció una cierta floración de profecía, y un esfuerzo por distinguir los verdaderos y falsos profetas. En lo relativo a la noción de carisma comienza a emplearse la categoría de *gratia gratis data*: una gracia actual que tiene como finalidad la edificación de la Iglesia. Santo Tomás, que guarda en esta materia cierta dependencia de Alejandro de Hales, dedica a los carismas una cuidadosa atención⁵⁵ como aquellos dones gratuitos de Dios que se distinguen de la *gratia gratum faciens*, la gracia santificante. Esta doble versión de la gracia *gratum faciens* y la gracia *gratis data* se hará común y característica para enmarcar la explicación de los carismas. La división tuvo

⁴⁸ Cfr. D. GRASSO, *Los carismas en la Iglesia. Teología e historia* [trad. A. DE LA FUENTE ADÁNEZ], Madrid: Cristiandad, 1984, 15-18; H. SCHÜRMAN, *Los dones espirituales de la gracia*, en G. BARAÚNA-S. NOGALEDO (eds.), «La Iglesia del Vaticano II. Estudios en torno a la Constitución conciliar sobre la Iglesia», I, Barcelona: Juan Flors, 1966, 559-602.

⁴⁹ Cfr. H. SCHÜRMAN, *Los dones espirituales de la gracia*, cit., 580-584.

⁵⁰ A. VANHOYE, *El problema bíblico de los carismas a partir del concilio Vaticano II*, en R. LATOURELLE (ed.), «Vaticano II: balance y perspectivas. Veinticinco años después (1962-1987)», Salamanca: Ediciones Sígueme, 2º 1990, 308.

⁵¹ CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Carta *Iuvenescit Ecclesia* (15.05.2016), nn. 4-7 [goo.gl/6nFohj].

⁵² R. LAURENTIN, *Los carismas: precisiones terminológicas*, «Concilium» 129 (1977) 283.

⁵³ B. N. WAMBACQ, *Le mot “charisme”*, «Nouvelle Revue Théologique» 97 (1975) 354.

⁵⁴ Un interesante resumen de la historia de los carismas puede verse en D. GRASSO, *Los carismas en la Iglesia. Teología e historia*, cit., 85-179. Para la patrística, con las aportaciones singulares de Basilio, Juan Crisóstomo y Agustín, cfr. *ibid.*, 111-134.

⁵⁵ Cfr. M. GERMINARIO, *Il carisma nella teologia della grazia*, Roma: Editrice Rogate, 1996, 65-90; I. BIFFI, *La teologia medievale dei carismi*, en ID., «Mirabile Medioevo», Milano: Jaca Book, 2009, 43-76.

su utilidad, aunque separó en exceso dos realidades que en la versión paulina no se disocian. Santifican al agraciado y redundan en beneficio del cuerpo, «y ambas cosas con causalidad recíproca»⁵⁶. Santo Tomás destacará siempre que la gracia *gratis data* se orienta a la gracia *gratum faciens*, a la santidad. Después de la escolástica se han mantenido los rasgos generales de la doctrina de los carismas como gracias extraordinarias. Y en no pocos momentos del trayecto histórico de la doctrina, los carismas han sido contemplados con tanta admiración (si se trataba de los carismas de los orígenes) como desconfianza (si se trataba de los carismas del momento).

Pero el estallido doctrinal del carisma es propio del siglo XX. Para el mundo católico, sin ninguna duda, tras el concilio Vaticano II. El concilio prestó a los carismas una atención muy grande. Tal vez pueda decirse, en efecto, que «jamás un término bíblico, largo tiempo olvidado por la reflexión teológica, ha reaparecido de un modo tan invasivo y con tanta actualidad en la literatura contemporánea, religiosa y no religiosa, como el término *carisma*»⁵⁷. Y la realidad es que cuando un término invade la literatura cualquier estudioso debe ponerse en guardia, porque ese término tiende a hacerse menos preciso, pierde adherencia a fórmulas firmes y corre el riesgo del empleo abusivo.

En el concilio es bien conocido el enfrentamiento que tuvo lugar en torno a los carismas entre los cardenales Ruffini y Suenens⁵⁸. Para Ruffini, que seguía la enseñanza tradicional, los carismas eran raros y más valía no fomentar una situación de la que ya Pablo se tuvo que lamentar. Para Suenens los carismas eran ordinarios, y sin ellos el ministerio eclesiástico se empobrecería. Esta segunda posición prevaleció, y el término carisma se alojó generosamente en los documentos conciliares.

El Concilio⁵⁹ afrontó directamente la funcionalidad eclesial de los carismas en *Lumen gentium* 12. Dicho pasaje de la constitución dogmática sobre la Iglesia explica que todo fiel participa de la función profética del Señor en virtud del bautismo. Pero además «el mismo Espíritu Santo [...] distribuye gracias especiales entre los fieles de cualquier condición, otorgando a cada uno según quiere sus dones» para común utilidad. Estos carismas no tienen por qué ser extraordinarios sino que pueden ser «comunes y difundidos», y todos ellos ayudan a la Iglesia. Recuerda la constitución en tercer lugar que «el juicio

⁵⁶ K. RAHNER, *Lo dinámico en la Iglesia* [trad. A. Ros], Barcelona: Herder, 1963, 60.

⁵⁷ M. GERMINARIO, *Il carisma nella teologia della grazia*, cit., 9.

⁵⁸ Cfr. por ejemplo, A. VANHOYE, *El problema bíblico de los carismas a partir del concilio Vaticano II*, cit., 171-175.

⁵⁹ Cfr. para un resumen documentado y auténtico de la doctrina conciliar sobre los carismas, CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Carta Iuvenescit Ecclesia* (15.05.2016), n. 9 [goo.gl/6nFohj].

de su autenticidad y de su ejercicio razonable pertenece a quienes tienen la autoridad en la Iglesia, a los cuales compete ante todo no sofocar el Espíritu, sino probarlo todo y retener lo que es bueno». Se ha dicho que este texto contiene los cinco rasgos que interesaba resaltar de la noción de carisma: «(a) los carismas son “gracias especiales” (*gratias speciales*), (b) dispensadas libremente por el Espíritu “entre los fieles de todo tipo”, (c) con los cuales “los hace aptos y prontos” (*aptos et promptos*) para asumir diversas funciones al servicio de una “mayor edificación de la Iglesia”; (d) estos mismos carismas se distinguen en “extraordinarios” y “más comunes y difundidos”, (e) pero todos indistintamente quedan sometidos al juicio “de quienes tienen autoridad en la Iglesia” por lo que se refiere a su genuinidad y, en la medida en que resulten auténticos, no pueden ser extinguidos»⁶⁰.

El decreto *Apostolicam actuositatem* es también muy explícito sobre la obligación de la autoridad de la Iglesia de juzgar la autenticidad de los carismas. A los pastores «pertenece el juzgar su genuina naturaleza y su debida aplicación». Pero más representativa aún resulta en ese mismo texto la afirmación de la otra vertiente jurídica de los carismas: «el derecho y la obligación de ejercitarlos [por parte de los fieles] para bien de los hombres y edificación de la Iglesia».

La doctrina del Concilio distingue la institución del carisma. Existe «comunidad y ministerio», «dones jerárquicos y carismáticos»⁶¹ (LG 4); «la gracia de los Apóstoles» y los «dones carismáticos» (LG 7); «los sacramentos y los ministerios» y las «gracias especiales» (LG 12). Pero le interesa sobre todo presentar los factores de conjunción entre ambas realidades eclesiológicas: (1) institución y carisma tienen un origen común⁶²; (2) ambos son funcionalmente congruentes y mutuamente adaptados⁶³; y (3) se confía al ministerio el discernimiento y el

⁶⁰ L. GEROSA, *Carisma e diritto nella chiesa: riflessioni canonistiche sul “carisma originario” dei nuovi movimenti ecclesiali*, Milano: Jaca Book, 1989, 50-51 [traducción propia]; cfr. G. RAMBALDI, *Uso e significato di “carisma” nel Vaticano II. Analisi e confronto di due passi conciliari sui carismi*, «Gregorianum» 66 (1975) 141-162.

⁶¹ Un buen desarrollo sobre la distinción y unidad entre dones jerárquicos y carismáticos puede leerse en CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Carta *Iuvenescit Ecclesia* (15.05.2016), nn. 8-15 [goo.gl/6nFohj].

⁶² Cfr. LG 4, 7 y 12.

⁶³ El Espíritu Santo distribuye «a cada uno según quiere (1 Co 12,11) sus dones, con los que les hace aptos y prontos para ejercer las diversas obras y deberes que sean útiles para la renovación y la mayor edificación de la Iglesia, según aquellas palabras: “A cada uno . . . se le otorga la manifestación del Espíritu para común utilidad” (1 Co 12,7)» (LG 12). Comenta el cardenal Vanhoye: «La fórmula “*opera et officia*” es manifiestamente amplia. Se aplica a los múltiples servicios de los laicos en la Iglesia. Pero nada permite afirmar que se aplique solamente a ellos, excluyendo los ministerios ordenados. Las cargas pastorales son también “*officia*” útiles al crecimiento de la Iglesia. Además, ¿cómo se podría negar que algunos sacerdotes y obispos reciben del Espíritu “gracias especiales” para tal o cual aspecto de su ministerio? El concilio establece una distinción

aliento del carisma⁶⁴.

No sería correcto confundir el carisma con la institución o el ministerio, pero sí es posible hablar de una dimensión ministerial del carisma y de una dimensión carismática del ministerio⁶⁵. En definitiva, de una proyección y funcionalidad común de uno y otro en la misión de la Iglesia⁶⁶.

Después del Concilio, «las intervenciones del Magisterio en este sentido se han multiplicado. Para ello ha contribuido la creciente vitalidad de los nuevos movimientos, agrupaciones de fieles y comunidades eclesiales, junto con la necesidad de aclarar la ubicación de la vida consagrada en la Iglesia»⁶⁷.

5.3. La dimensión jurídica del carisma

Los carismas han sido percibidos después del Concilio por algunos canonistas como un ámbito especialmente relevante para el derecho. Y esto ocurría, aunque parezca extraño, frente a la posición contraria, lamentablemente frecuente entonces y ahora, que llevaba a entender que la institución y el derecho sofocan el carisma, y que el derecho sería un sistema meramente disciplinario y receloso de todo aquello que no cupiese en él. Sin embargo, comentaba Pedro Lombardía que «para mí, lo más significativo de la enseñanza del Vaticano II en relación con el derecho canónico es que también los carismas personales [...] tienen una relevancia jurídica»⁶⁸. Tienen sentido para el derecho de la Iglesia porque tienen sentido para la Iglesia. Decía Tullio Citrini que «una correcta acogida y una correcta actividad de los diversos carismas constituyen la trama de derechos y deberes a lo largo de los cuales se diseñan las posibilidades

entre estas gracias especiales y la gracia sacramental propiamente dicha, conferida a todos aquellos que reciben los sacramentos con las debidas disposiciones. Pero sería absurdo considerar la gracia sacramental como un obstáculo que impidiese recibir los carismas» (A. VANHOYE, *El problema bíblico de los carismas a partir del concilio Vaticano II*, cit., 299).

⁶⁴ Cfr. LG 7, 12 y 30.

⁶⁵ Cfr. V. GARCÍA MANZANEDO, *Carisma-Ministerio en el Concilio Vaticano Segundo*, cit., 630-684.

⁶⁶ La descripción pneumatológica de la Iglesia (carismas y acción del Espíritu Santo sobre los ministerios) encuentra una versión cristológica paralela en el conocido pasaje de LG 8.

⁶⁷ CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Carta *Iuvenescit Ecclesia* (15.05.2016), n. 10 [g00.gl/6nFohj]. Los documentos significativos serían: PABLO VI, Exhort. apost. *Evangelii nuntiandi* (8.12.1975), n. 58 [«AAS» 68 (1976) 46-49]; CONGREGACIÓN PARA LOS RELIGIOSOS Y LOS INSTITUTOS SECULARES, CONGREGACIÓN PARA LOS OBISPOS, Notas directivas *Mutuae relationes* (14.05.1978) [«AAS» 70 (1978) 473-506]; JUAN PABLO II, Exhort. apost. *Christifideles laici* (30.12.1988) [«AAS» 81 (1989) 393-521]; Exhort. apost. *Vita consecrata* (25.03.1996) [«AAS» 88 (1996) 377-486].

⁶⁸ P. LOMBARDÍA, *Carismas e Iglesia institucional*, en ID., «Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado» IV, Pamplona: Eunsa, 1991, 62.

fisiológicas de un buen pluralismo eclesial»⁶⁹. Dicho con otras palabras, si los carismas son verdaderos carismas y pueden obrar como tales, el derecho canónico promoverá una Iglesia saludable, es decir, una Iglesia salvadora.

Cuando hablamos de la dimensión jurídica del carisma estamos diciendo fundamentalmente tres cosas⁷⁰: (1) que cada fiel tiene el derecho a la libertad en la fruición de los dones sobrenaturales, siempre que sean compatibles con la fe de la Iglesia; dicho de otra manera, no todo el bien eclesial procede de la institución; (2) que los carismas de vida espiritual corporativa, fundados en un carisma originario, tienden a estabilizarse en estatutos y en *iura propria*; (3) que los oficios de potestad tienen el deber de discernir, aprobando los carismas auténticos y rechazando los ficticios.

5.3.1. El derecho a la libertad de ejercicio del carisma

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, cualquiera percibe el relieve que otorga el n. 3 del decreto sobre el apostolado de los laicos al ejercicio carismático, cuando afirma que «de la recepción de estos carismas, incluso de los más sencillos, deriva a cada uno de los creyentes el derecho y la obligación de ejercitarlos para bien de los hombres y edificación de la Iglesia». Se ha dicho, comentando estas frases del decreto, que «estamos ante un título de actividad en la Iglesia, recibido por los fieles del mismo Señor –y, por tanto, *in iure divino fundato*– distinto del jerárquico, y que, sin embargo, engendra derechos y deberes en la comunidad eclesial. He aquí la fundamentación teológica de la iniciativa privada en la Iglesia»⁷¹.

Es evidente que se siente un cierto rechazo espontáneo cuando alguien vincula el carisma con la titularidad de un derecho y con la iniciativa privada. Y el rechazo es explicable, porque el carisma es un don, no un derecho; y es algo otorgado en beneficio del cuerpo, intensamente comunitario, no algo privado. Por eso, sobre todo si no nos encontráramos en un contexto de especialistas

⁶⁹ T. CITRINI, *Fondamenti teologici e condizioni pastorali di un pluralismo costruttivo nella Chiesa*, en A. CAPRIOLI, L. VACCARO (a cura di), «Pluralismo nella Chiesa», Brescia: Morcelliana, 1982, 43.

⁷⁰ Algunos autores han pretendido, a nuestro juicio sin fundamento, atribuir a los carismas un puesto entre las fuentes del derecho (como generadores de costumbre, como sustentadores de la *aequitas canonica*), cfr. K. RAHNER, *Lo dinámico en la Iglesia*, cit., 77; L. GEROSA, *Carisma e diritto nella chiesa: riflessioni canonistiche sul "carisma originario" dei nuovi movimenti ecclesiali*, cit., 180-183. Otras veces se ha comparado el carisma con la costumbre contra ley para justificar la oposición a la autoridad magisterial por parte de los sedicentes carismáticos que operan *contra auctoritatem*, cfr. K. RAHNER, *Schisma in der katholischen Kirche?*, en Id., «Schriften zur Theologie», IX, Einsiedeln, Zürich, Köln: Benziger Verlag, 1970, 432-452.

⁷¹ P. LOMBARDÍA, *Relevancia de los carismas personales en el ordenamiento canónico* en Id., «Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado» III, Pamplona: Eunsa, 1974, 87.

en derecho es importante explicar qué significan estas palabras. Nadie tiene ningún derecho sobre los carismas como es obvio. La intersubjetividad jurídica no se teje entre el Espíritu Santo y el fiel. Ahí no existen ámbitos de derecho sino de gracia. Pero sí existe un derecho (con condiciones, como todos los derechos) a poder ejercitar el don de Dios. Aquí la intersubjetividad nace entre los fieles, unos con poder institucional, otros con el don carismático. Y el derecho que se tiene no es evidentemente ningún derecho de propiedad, ni siquiera un derecho de uso, sino más bien un derecho de libertad, es decir, un derecho a no ser impedido o inhabilitado para el recto ejercicio del carisma.

Algo similar deberíamos decir de la iniciativa privada. Iniciativa privada no quiere decir provecho propio. Privado, en este ámbito al menos, se contrasta de público, no de social o común. Por tanto, la iniciativa carismática no procede (o no tiene por qué proceder) de la institución pública. Procede habitualmente de un fiel cuyo título no es público ni jerárquico. Pero el inicio privado tiene un final común o de edificación de la Iglesia.

Lumen Gentium 32 reconoce que «existe una auténtica igualdad entre todos en cuanto a la dignidad y a la acción común a todos los fieles en orden a la edificación del Cuerpo de Cristo». Comentaba Pedro Lombardía con respecto a este texto que una responsabilidad tan grande exige también un cupo congruente de libertad. «Esta responsabilidad, común a todos los fieles, y específica de cada uno de ellos, en orden a la edificación de la Iglesia, mediante el ejercicio de las gracias recibidas de Dios, exige coherentemente que en el orden eclesial se respeten los ámbitos de autonomía necesarios para que tenga sentido hablar de responsabilidad»⁷².

5.3.2. *La positivación normativa del carisma*

La segunda materia que es necesario examinar para apreciar el relieve jurídico de los carismas es el carisma de la vida espiritual.

El rostro de la Iglesia de cualquier tiempo es un rostro inexplicable sin los carismas de la vida espiritual asociada. Me refiero con esto a instituciones, movimientos o agrupaciones dependientes de un carisma originario de seguimiento de Cristo, cuya iniciativa parte de un fundador que, con su palabra y con su ejemplo, fue modelo reconocible del Señor⁷³. Juan Pablo II habló

⁷² *Ibid.* Cfr. para todo el planteamiento de Pedro Lombardía el interesante trabajo de J. BERNAL PASCUAL, «*Persona in Ecclesia Christi*». *La dimensión constitucional de la subjetividad canónica en el pensamiento de Pedro Lombardía*, «Cuadernos Doctorales. Excerpta e dissertationibus in iure canonico» 12 (1994) 297-355, especialmente 303-313.

⁷³ Sobre el fundador se expresan así las notas directivas *Mutuae relationes*: «la imagen auténtica de un *Fundador* exige que se trate de hombres y mujeres de probada virtud (cfr. LG 45) que

frecuentemente, para referirse a esto, de la coesencialidad del carisma y la institución⁷⁴ para la vida de la Iglesia. Los carismas de vida espiritual asociada no simplemente vivifican la institución, sino que ayudan a construir el edificio mismo de la institución.

Los carismas de vida espiritual tienen una dinámica articulada, que fundamentalmente se despliega en tres fases: (1) el carisma originario, que es el fenómeno carismático principal, que afecta al fundador o los fundadores del movimiento o de la institución; (2) el carisma instituido, que consiste en el reconocimiento y objetivación del carisma en un modo de vida establecido en unos estatutos, constituciones o *ius proprium* de la agrupación corporativa; (3) el carisma transmitido, que consiste en una verdadera participación espiritual del carisma a través de la vocación personal de quien se incorpora a ese modo de vida espiritual e institucional⁷⁵. El carisma originario, el carisma instituido y el carisma transmitido no tienen la misma consistencia, ni la misma estructura, ni la misma intensidad pneumática, pero están íntimamente vinculados y no son explicables por separado.

La reciente carta de la CDF *Iuvenescit Ecclesia*, que versa precisamente sobre la relación entre los dones jerárquicos y carismáticos en referencia sobre todo a los fenómenos carismáticos de agregación, explica que «los dones carismáticos “se conceden a la persona concreta; pero pueden ser participados también por otros y, de este modo, se continúan en el tiempo como viva y preciosa herencia, que genera una particular afinidad espiritual entre las personas” [JUAN PABLO II, Exhort. apost. *Christifideles laici*, n. 24 (AAS 81 [1989] 434)]. La relación entre el carácter personal del carisma y la posibilidad de participar en él expresa un elemento decisivo de su dinámica, en lo que se refiere a la relación que en la comunión eclesial siempre une a la persona y la comunidad [cfr. *ibid.* n. 29 (AAS 81 [1989] 443-446)]. Los dones carismáticos en su práctica pueden generar afinidad, proximidad y parentescos espirituales a través de los cuales

demuestren una sincera docilidad tanto a la sagrada Jerarquía cuanto al don del Espíritu que existe en ellos» (CONGREGACIÓN PARA LOS RELIGIOSOS Y LOS INSTITUTOS SECULARES, CONGREGACIÓN PARA LOS OBISPOS, Notas directivas *Mutuae relationes* (14.05.1978), n. 51 [«AAS» 70 (1978) 500]). Cfr. sobre el carisma del fundador, T. WITWER, *I carismi nella Chiesa e la grazia della vocazione*, Roma: G&BP, 2012, 120-134.

⁷⁴ Cfr. JUAN PABLO II, *A los participantes en el coloquio internacional de los movimientos eclesiales*, 2.03.1987, n. 3 [«L'Osservatore Romano», ed. española, 15.03.1987, 24]; JUAN PABLO II, *A los movimientos eclesiales reunidos para el II Coloquio Internacional*, «Insegnamenti di Giovanni Paolo II», X/1 [1987] 478.

⁷⁵ La vocación ha sido estudiada desde hace muchos años como una fuente habitual, incluso típica, de participación de los carismas del Espíritu, cfr. P. RODRÍGUEZ, *Carisma e institución en la Iglesia*, «Studium» 6 (1966) 492.

el patrimonio carismático, a partir de la persona del fundador, es participado y profundizado, creando verdaderas familias espirituales»⁷⁶.

El paso del carisma del fundador a la positivación normativa y estable del carisma es hasta cierto punto natural, responde al mismo carisma originario. Un fundador no es simplemente causa ejemplar para sus hijos futuros. Tampoco es solo palabra, profetismo. Introduce el carisma en la historia. Él es el primero que hace vivir el carisma y configura la institución, aunque sea elemental. Es muy importante entender que el fundador introduce la institución y la regla como una necesidad de su propio carisma. No es conveniente separar demasiado la positivación del carisma originario⁷⁷. Como tampoco parece conveniente pensar en la extinción del carisma por el peso de su proceso de institucionalización. Decía el dominico Pie Raymond Régamey, pensando en la historia de la espiritualidad cristiana, que «la opinión corriente, según la cual “en la historia se asiste a una especie de alternarse de la extinción del carisma por efecto de unas instituciones que se convierten en excesivamente pesadas, y el esplendor de las instituciones por el empuje vivificante del carisma” no es más que una tesis apriorística, que indudablemente deriva de un resentimiento hacia las instituciones. No existe nada parecido en la historia. Ni los periodos de esplendor, ni los de declive, ni los de reforma pueden entrar en este modelo»⁷⁸. Mirado desde la perspectiva del fundador, la institucionalización del carisma no es más que amor al carisma.

Tal vez se puede hablar, en efecto, de una nueva época de dones carismáticos compartidos, o incluso de una nueva época asociativa de los fieles laicos, como dijo Juan Pablo II en *Christifideles laici*⁷⁹. En cualquier caso, es necesario tener presente que el carisma originario precisa después de formas jurídicas agregativas y de una positivación normativa de la *sequela Christi*. Cada agrupación de fieles que siguen un carisma determinado ha de proceder, a través de las personas que dirigen el grupo, a «la individuación concreta de las modalidades más adecuadas para su reconocimiento eclesial. El actual *Código de Derecho Canónico* prevé diversas formas jurídicas de reconocimiento de las nuevas realidades eclesiales que hacen referencia a los dones carismáticos. Tales formas deben considerarse cuidadosamente, evitando situaciones que no tengan en adecuada consideración ya sea los principios fundamentales

⁷⁶ CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Carta *Iuvenescit Ecclesia* (15.05.2016), n. 16 [goo.gl/6nFohj].

⁷⁷ Cfr. M. RUIZ JURADO, *Vida consagrada y carismas de los fundadores*, en LATOURELLE (ed.), «Vaticano II: balance y perspectivas. Veinticinco años después (1962-1987)», cit., 809-810.

⁷⁸ P. R. RÉGAMEY, «Carismi», en G. Pelliccia-G- Rocca (dir.), *Dizionario degli Istituti di perfezione*, II, Roma: Edizioni Paoline, 1975, 314.

⁷⁹ Cfr. JUAN PABLO II, Exhort. apost. *Christifideles laici*, n. 29 («AAS» 81 [1989] 443-444).

del derecho como la naturaleza y la peculiaridad de las distintas realidades carismáticas»⁸⁰. Entre las formas agregativas presentes en el CIC que aduce la carta *Iuvenescit Ecclesia*, se encuentran las asociaciones privadas de fieles (cc. 321-326 [cc. 573-583 CCEO]), las asociaciones públicas de fieles (cc. 312-320 [c. 573 § 1 CCEO]), laicales o clericales (c. 302), los institutos de vida consagrada (cc. 573-730 [cc. 410-571 CCEO]), las sociedades de vida apostólica (cc. 731-746 [c. 572 CCEO]) y las prelaturas personales (cc. 294-297).

El CIC no habla propiamente de carismas⁸¹. Dedicar dos cánones sin embargo, en el ámbito de los institutos de vida consagrada⁸², a ponderar la importancia de la mente del fundador y de la naturaleza de su espíritu (c. 578) y a establecer las exigencias que debe tener el código fundamental o las constituciones que positivizan y formalizan el carisma originario (c. 587). El CIC ha establecido, y empleado muy abundantemente, el término de *ius proprium* exclusivamente para referirse al código fundamental o a las constituciones de los institutos de vida consagrada. Fuera del campo de la vida consagrada se emplea más bien la noción de estatutos (c. 94). En algunos casos puede usarse también el término de derecho particular.

5.3.3. *El discernimiento de los carismas*

El aspecto más tratado y más ampliamente recordado cuando se habla de la relevancia jurídica de los carismas es el discernimiento que la institución o el ministerio ejerce sobre las gracias especiales carismáticas. Dentro de lo que se ha llamado «estatuto de las relaciones carisma-institución»⁸³ ocupa espontáneamente el primer lugar. Porque no es infrecuente que al derecho se le atribuya, espontáneamente también, el control y la disciplina. Así como en el ámbito civil, cuando se habla de derecho los ciudadanos suelen pensar en reclamaciones, en el ámbito canónico cuando se habla de derecho los fieles suelen pensar en control y disciplina. No es exacto, porque la primera actitud jurídica, como hemos apuntado, es el respeto del derecho al ejercicio del carisma.

⁸⁰ CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Carta *Iuvenescit Ecclesia* (15.05.2016), n. 23 [goo.gl/6nFohj].

⁸¹ Se han hecho a veces críticas a la ausencia de referencias explícitas al “carisma originario” en el CIC, atribuyendo ese defecto a una insuficiente fundamentación canónica, cfr. L. GEROSA, *Carisma e diritto nella chiesa: riflessioni canonistiche sul “carisma originario” dei nuovi movimenti ecclesiali*, cit., 216-217. El CCEO versalita hace una referencia a los carismas en el c. 381 § 3.

⁸² Un estudio cuidadoso sobre estos dos cánones se puede encontrar en N. DE BOCCARD, *Charisme & Instituts de vie consacrée. Les canons 578 et 587 du Code de droit canonique de 1983*, Paris: Éditions de Boccard, 2015, 151-276.

⁸³ P. RODRÍGUEZ, *Carisma e institución en la Iglesia*, cit., 493.

Pero claro está, «no hay otra garantía de que los espíritus [...] proceden realmente del Espíritu, sino la homologación por los portadores del ministerio pastoral, es decir, el juicio de los que actúan *in persona Christi*. Esto es doctrina irrefutable. Y, sin embargo, aquí se centran todos los dramas y todas las tensiones a que está sometido lo carismático en la Iglesia»⁸⁴. No todas las tensiones en realidad, pero es cierto que lo que en su día Karl Rahner llamó sufrimiento del carisma⁸⁵ procede frecuentemente de aquí, aunque debemos reconocer que los carismas duelen también de otras maneras.

El proceso de comprobación, evaluación y aprobación de un carisma tiene una fase previa muy importante que es precisamente la libertad de ejercicio carismático. Esto quiere decir que mientras el ejercicio del carisma no ofrezca problemas de socialidad eclesial ni afecte a los demás fieles, el carisma será ejercido sin necesidad de control jerárquico. Dicho de otra manera, la constatación o el discernimiento de un carisma empieza a obrar cuando hay requisitos de socialidad que así lo reclaman. «Entre los dones carismáticos, distribuidos libremente por el Espíritu, hay muchos recibidos y vividos por la persona dentro de la comunidad cristiana que no requieren de regulaciones especiales»⁸⁶. Cuando se trata de agruparse de un modo estable, o intervenir activamente en la pastoral, o adquirir una dimensión pública evidente será preciso que intervenga el discernimiento. No es el hecho de ejercitar un carisma lo que exige la intervención del ministerio, sino las exigencias sociales que algunos carismas comportan. «Cuando un don carismático, sin embargo, se presenta como “carisma originario” o “fundamental”, entonces necesita un reconocimiento específico, para que esa riqueza se articule de manera adecuada en la comunión eclesial y se transmita fielmente a lo largo del tiempo. Aquí surge la tarea decisiva del discernimiento que es propio de la autoridad eclesial»⁸⁷.

Por tanto, la primera reacción de la autoridad eclesial es la acogida del carisma. «Los carismas han de ser *acogidos con gratitud*, tanto por parte de quien los recibe, como por parte de todos en la Iglesia»⁸⁸. Esta acogida exige por otra parte un gran respeto en la ponderación del carisma. Para orientar el juicio sobre el carisma se han dado numerosos criterios de eclesialidad, tanto en las Notas directivas *Mutuae relationes*⁸⁹ como en la Carta *Iuvenescit*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Cfr. K. RAHNER, *Lo dinámico en la Iglesia*, cit., 85-90.

⁸⁶ CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Carta *Iuvenescit Ecclesia* (15.05.2016), n. 17 [goo.gl/6nFohj].

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ JUAN PABLO II, Exhort. apost. *Christifideles laici*, n. 24 («AAS» 81 [1989] 435).

⁸⁹ «Las notas características de un *carisma* auténtico son las siguientes: a) proveniencia singular del Espíritu, distinta ciertamente aunque no separada de las dotes personales de quien guía y

*Ecclesia*⁹⁰. Los autores han hecho también múltiples elencos de exigencias y criterios para el discernimiento⁹¹. Es evidente por otra parte que algo que parece un carisma puede no serlo, es decir, que pueden existir carismas supuestos o incluso fingidos. La Exhortación Apostólica *Christifideles laici* recogía por ejemplo una *propositio* del sínodo precedente, que decía así: «la acción del Espíritu Santo, que sopla donde quiere, no siempre es fácil de reconocer y de acoger. Sabemos que Dios actúa en todos los fieles cristianos y somos conscientes de los beneficios que provienen de los carismas, tanto para los individuos como para toda la comunidad cristiana. Sin embargo, somos también conscientes de la potencia del pecado y de sus esfuerzos tendentes a turbar y confundir la vida de los fieles y de la comunidad»⁹². La debilidad, la simulación y la malicia nunca se pueden excluir. Por tanto, el discernimiento debe llevarse a cabo en un proceso que no será inmediato, ni demasiado corto, sino sometido a la prueba del tiempo para decantar la autenticidad. «La agregación que surge de un carisma debe tener apropiadamente un tiempo de prueba y de sedimentación, que vaya más allá del entusiasmo de los inicios hacia una configuración estable»⁹³.

III. UNIVERSAL Y PARTICULAR

Si la igualdad y la diversidad guardan dependencia con los sacramentos del bautismo y del orden, y la unidad y el pluralismo con los carismas, la universalidad y la particularidad dependen de la estructura eclesial.

modera; b) una profunda preocupación por configurarse con Cristo testimoniando alguno de los aspectos de su misterio; c) un amor fructífero a la Iglesia, que rehúya todo lo que en ella pueda ser causa de discordia» CONGREGACIÓN PARA LOS RELIGIOSOS Y LOS INSTITUTOS SECULARES, CONGREGACIÓN PARA LOS OBISPOS, Notas directivas *Mutuae relationes*, n. 51 (14.05.1978) [«AAS» 70 (1978) 500].

⁹⁰ La Carta enuncia, y describe más abundantemente, los siguientes criterios: 1) El primado de la vocación de todo cristiano a la santidad; 2) el compromiso con la difusión misionera del Evangelio; 3) la confesión de la fe católica; 4) el testimonio de una comunión activa con toda la Iglesia; 5) el respeto y el reconocimiento de la complementariedad mutua de los otros componentes en la Iglesia carismática; 6) la aceptación de los momentos de prueba en el discernimiento de los carismas; 7) la presencia de frutos espirituales como la caridad, la alegría, la humanidad y la paz; 8) la dimensión social de la evangelización. Cfr. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Carta *Iuvenescit Ecclesia* (15.05.2016), n. 18 [goo.gl/6nFohj].

⁹¹ Cfr. por ejemplo, A. CATTANEO, *La varietà dei carismi nella Chiesa una e cattolica*, Cinisello Balsamo (Milano): Edizioni San Paolo 2007, 67-106.

⁹² *Propositio 9 Synodi*. JUAN PABLO II, Exhort. apost. *Christifideles laici*, n. 24 («AAS» 81 [1989] 435).

⁹³ CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Carta *Iuvenescit Ecclesia* (15.05.2016), n. 17 [goo.gl/6nFohj].

La Iglesia universal y las iglesias particulares es el único binomio incontestable desde el punto de vista teológico y jurídico. La base teológica la ofrece desde luego la estructura misma de la Iglesia. La base jurídica es el *ius universale-ius particulare*. No tiene nada que ver con los binomios anteriores, porque hay mucha doctrina explícita y un derecho positivo expreso y desarrollado en la historia.

En realidad, en torno a este binomio, la doctrina canónica ha intentado explicar lo que podríamos llamar el derecho canónico diferencial. Alphonse Van Hove, con su característica agudeza y respeto por la historia, empleaba tres pares de categorías⁹⁴. *Ratione ambitus quod ad locum*, distinguía entre el derecho universal, que tiene vigencia *ubique terrarum*, y el particular o peculiar, dado para un territorio determinado o una comunidad cierta. *Ratione ambitus quod ad personas*, se puede hablar de derecho general, si afecta a todos, o de derecho especial, si afecta a determinadas *classes seu species personarum*, como los clérigos o los religiosos. *Ratione ambitus quod ad applicationem*, se distinguiría entre el derecho común, que marca la regla, y el derecho singular, que marca la excepción a la regla, pero una excepción *clausa in corpore iuris*, contenida en la ley.

Sin embargo Van Hove reconocía que el CIC de 1917 no siempre, ni mucho menos, empleaba con coherencia esta terminología precisa, que era la que mejor respondía a la realidad del derecho y de la doctrina histórica, sino que usaba *promiscue* otras muchas denominaciones. El derecho universal era designado también muchas veces como derecho general o derecho común. La acepción de derecho común por derecho universal era «usitatissima apud scriptores»⁹⁵. El derecho particular a su vez tenía un sinfín de apelativos. Era llamado derecho peculiar, o de un territorio peculiar, o de un territorio, o peculiar de una persona moral o de lugares especiales, o incluso derecho singular. Sobre este uso mezclado y poco homogéneo de categorías jurídicas en el Código piobenedictino habló vigorosamente también Mario Falco⁹⁶. El Código actual ha mejorado notablemente la terminología, aunque no deja de ofrecer algunas imprecisiones.

Aunque sería interesante dedicar un tiempo a los binomios *ius generale/ius speciale* y *ius commune/ius singulare*, nos centraremos, por necesidades evidentes de espacio, en el derecho universal y el derecho particular⁹⁷. Cuando hablamos

⁹⁴ Cfr. A. VAN HOVE, *Prolegomena ad Codicem iuris canonici*, Mechliniae-Romae: H. Dessain, ²1945, 43-44.

⁹⁵ *Ibid.*, 43.

⁹⁶ Cfr. M. FALCO, *Introduzione allo studio del Codex iuris canonici*, Torino: Fratelli Bocca, 1925, 42-43.

⁹⁷ Sobre el derecho particular y su relación con el derecho universal me he ocupado en algunos trabajos que enumero a continuación. A lo largo de las páginas los citaré en ocasiones; otras veces seguiré su línea narrativa aunque no los cite directamente. Cfr. J. OTADUY, *La relación entre el derecho universal y el particular. A propósito de la Const. Ap. «Pastor Bonus»*, *Ius Canonicum* 60 (1990) 467-492;

de *ius* en este ámbito nos referimos primordialmente a las fuentes del derecho positivo (la ley, pero también la costumbre), no a los actos jurídicos singulares.

Una pequeña advertencia. Detrás de la división universal/particular está sin duda, como ya hemos dicho, la estructura de la Iglesia misma (Iglesia universal e iglesias particulares). Pero no se produce una identificación sin matices entre las categorías del derecho positivo y las categorías de la dogmática eclesiológica. Hay leyes particulares procedentes de la potestad suprema (pontificia o del concilio ecuménico), no de los obispos diocesanos. Y existe derecho particular que no responde a los criterios propios de la territorialidad eclesiológica, aunque hay que reconocer que el territorio es la categoría principal y típica de la particularidad.

1. *El derecho universal*

El primer párrafo del c. 12 no ofrece una definición de ley universal pero aporta, desde su esquematismo, tres atributos de mucha importancia para entender el derecho universal: «Las leyes universales obligan en todo el mundo a todos aquellos para quienes han sido dadas» (c. 12 § 1). El primero es que la ley universal, ya que obliga en todo el mundo (*ubique terrarum*), requiere como consecuencia implícita que sea promulgada por la potestad suprema, la única que puede alcanzar esa virtualidad universal.

La segunda idea es que la ley universal no es propiamente territorial. Atañe a todos los territorios pero no afecta al fiel *a través* del territorio, sino con criterios de orden personal. El actual c. 13 § 1 ha establecido la presunción de territorialidad para toda ley particular, en contraste con el paralelo antiguo, que la establecía para toda ley. Sobre esta cuestión, la posición de Onclin, buen conocedor del tema⁹⁸, y secretario del *coetus* de reforma de las normas generales, tuvo bastante que ver⁹⁹. El derecho universal diríamos que elude

J. OTADUY, *La prevalencia y el respeto: principios de relación entre la norma universal y la particular*, en ID., «Fuentes, Interpretación, Personas. Estudios de derecho canónico», Pamplona, 2002, 103-121; J. OTADUY, *sub cc. 12-13*, en A. MARZOA/J. MIRAS/R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (eds.), *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico*, Pamplona: Eunsa 32002, I, 327-337; en la edición inglesa, *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, Montreal-Chicago 2004, I, 293-303; J. OTADUY, *Territorialidad y personalidad son categorías jurídicas abiertas*, «Ius Canonicum» 83 (2002) 13-39; J. OTADUY, «Derecho particular», en J. OTADUY/A. VIANA/J. SEDANO (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico [DGDC]*, Cizur Menor (Pamplona): Thomson/Reuters/Aranzadi, 2012, III, 159-165; J. OTADUY, «Derecho especial», en DGDC, cit., III, 127-130.

⁹⁸ Cfr. W. ONCLIN, *De territoriali vel personali legis indole*, Gembloci: Duculot, 1938.

⁹⁹ «Solo las leyes particulares pueden ser territoriales o personales. En toda la historia de este problema la cuestión sobre la índole territorial o personal de las leyes se planteaba solo con

los criterios de territorialidad por dos razones. En primer lugar porque un criterio totalizante (*ubique*) no puede servir para el discernimiento; cuando todo es territorial nada lo es, cuando una ley afecta a todos los territorios, el territorio ha dejado de ser criterio de atribución de efectos. Y en segundo lugar porque los dos grandes sistemas normativos que contiene el derecho canónico, oriente y occidente, conocen la ley universal, vigente *ubique*, también fuera de sus propios territorios. Decía Willy Onclin: «El código latino evidentemente afecta a los latinos, pero dondequiera que estén. [...] Los cánones orientales [...] afectan también a los orientales en cualquier lugar de la tierra en el que se encuentren, de tal modo que antiguamente eran también llamados cánones personales, según decían. No son estrictamente personales pero son verdaderamente universales. ¡Tienen vigor en todo el mundo, en todo!»¹⁰⁰.

La tercera y última idea descriptiva contenida en el c. 12 § 1 es que las leyes universales alcanzan a categorías de fieles¹⁰¹. Dicho de otro modo, solo las leyes universales generales (muy pocas en realidad) obligan o afectan directamente a todos los fieles. La mayor parte de las leyes universales obligan a «aquellos para quienes han sido dadas», es decir, a categorías específicas de personas (clérigos, religiosos, titulares de determinados oficios, personas unidas en matrimonio, etc.). Ahora bien, en estas categorías de personas («aquellos para quienes han sido dadas») están especialmente significados los que por su condición de latinos u orientales quedan afectados o no por esa ley universal.

2. *El derecho particular*

Marianne Pesendorfer define el derecho particular así: «El *ius particulare* es la suma de todas las normas eclesíásticas que han alcanzado validez (derecho consuetudinario) o que han sido emanadas (derecho de ley) tan sólo en o para una determinada circunscripción de la Iglesia, independientemente del

respecto a las leyes particulares, no con respecto a las leyes universales de la Iglesia. La afirmación del Código [de 1917], en el c. 13 § 2, que es absolutamente general y parece incluir también las leyes universales, dio motivo a diversas opiniones: según algunos, todas las leyes universales son personales (opinión de algunos), mientras que según otros, las leyes universales son territoriales (opinión de otros); para otros por fin las leyes universales son simplemente universales y con respecto a ellas no se puede establecer la cuestión de si son personales o territoriales (tercera opinión). Por tanto hay que suprimir el § 2 de este canon» (W. ONCLIN, en «Communications» 16 (1984) 145).

¹⁰⁰ W. ONCLIN, en *Acta et documenta Pontificiae Commissionis Codici Iuris Canonici Recognoscendo. Congregatio plenaria diebus 20-29 octobris habita*, Città del Vaticano 1991, 586.

¹⁰¹ Cfr. A. D'AURIA, «Derecho universal», en J. OTADUY-A. VIANA-J. SEDANO, *Diccionario General de Derecho Canónico* [DGDC], Cizur Menor (Pamplona): Thomson/Reuters/Aranzadi, 2012, III, 198).

legislador del que procedan. Un criterio esencial para la adjudicación de una norma al derecho particular es su delimitación local, la delimitación territorial de su fuerza obligatoria. La facultad que tienen las corporaciones autónomas de darse sus propias normas no podemos integrarla en el ámbito de las leyes particulares, pues su estructuración depende más bien de criterios de vigencia personal»¹⁰².

No es fácil describir con exactitud el concepto¹⁰³. La noción de derecho particular admite también a nuestro parecer las normas dadas por el legislador para supuestos institucionales de carácter personal (ordinariatos militares, ordinariatos para fieles de otro rito, prelaturas personales)¹⁰⁴, aunque en el derecho canónico positivo se han impuesto los términos de *statuta*¹⁰⁵ y de *ius proprium*, este último para el derecho de la vida consagrada¹⁰⁶. «De cualquier forma, los trazos que marca Pesendorfer son exactos: a) el derecho particular no es sólo aquél que procede de las instancias de potestad particular (los obispos diocesanos, las conferencias episcopales y los sínodos), sino que es frecuentemente pontificio o procede de la curia romana; b) el derecho particular está constituido por normas generales, no por actos jurídicos singulares; en virtud de ello la costumbre forma parte del derecho particular; c) el derecho particular es tendencialmente territorial y no acoge las normas de autonomía»¹⁰⁷.

¹⁰² M. PESENDORFER, *Partikulares Gesetz und partikularer Gesetzgeber im System des Geltenden lateinischen Kirchenrechts*, Wien: Herder, 1975, 132.

¹⁰³ Cfr. L. DE ECHEVERRÍA, *El derecho particular*, en VVAA, «La norma en el Derecho canónico. III Congreso internacional de Derecho canónico», Pamplona 1979, II, 186-192.

¹⁰⁴ «[...] las leyes particulares tienen como ámbito de aplicación una parte de los fieles, delimitada por criterios personales (pertenecer a una determinada comunidad: Iglesia particular, parroquia, instituto de vida consagrada, etc.) o territoriales (encontrarse en el territorio de una determinada circunscripción eclesiástica)» (P. LOMBARDÍA, *sub cc. 12-13*, en *Código de Derecho canónico. Edición anotada*, Pamplona 5 1992, 75).

¹⁰⁵ Expresiones como «estatutos dados por la Sede Apostólica» (c. 295 § 1) para las prelaturas personales; «estatutos propios emanados de la Sede Apostólica» para los ordinariatos militares (JUAN PABLO II [21.04.1986], const. ap. *Spirituali militum curae*, I); aunque también «normas complementarias emanadas por la Sede Apostólica» para los ordinariatos de fieles procedentes del anglicanismo (BENEDICTO XVI [4.11.2009], const. ap. *Anglicanorum coetibus*, Intr.). Cfr. L. PRADOS, *El derecho estatutario en el Código de Derecho Canónico*, en «Excerpta e dissertationibus in iure canonico» 7 (1989) 377-389; J. OTADUY, *Las características jurídicas de los estatutos según el c. 94*, en «Das konsoziative Element in der Kirche», St. Ottilien 1989, 313-319.

¹⁰⁶ Cfr. L.-A. DANNENBERG, «*Ius commune*» der Kirche und «*ius proprium*» der Orden im Spannungsverhältnis zwischen Kirchengewalt und Kanonistik, en G. ANDENNA (ed.) «Pensiero e sperimentazioni istituzionali nella "Societas Christiana" (1046-1250)», Milano: Vita & Pensiero, 2007, 99-100; L.-M. LE BOT, *Le droit universel et le droit particulier dans le vie consacrée*, en M. AOUN, J.-M. TUFFERY-ANDRIEU (dir.), «Le ius particulare dans le droit canonique actuel», Perpignan: Artège, 2012, 180-184.

¹⁰⁷ J. OTADUY, «Derecho particular», cit., 159.

En oriente la descripción del derecho particular tiene considerables diferencias. En el c. 1493 § 2 del CCEO el derecho particular viene definido como «todas aquellas leyes, legítimas costumbres, estatutos y demás normas del derecho que no son comunes ni a toda la Iglesia ni a todas las Iglesias orientales». En el mismo Código se denomina «derecho común» tanto al derecho que es común a toda la Iglesia como al que es común a todas las Iglesias orientales (c. 1493 § 1).

Son autores de ley particular¹⁰⁸ las siguientes instancias jurídicas: a) los legisladores universales (romano pontífice y colegio episcopal) cuando dan norma para una determinada circunscripción o comunidad de fieles; su potestad es suprema, universal, e inmediata (cc. 331 y 336); b) el obispo diocesano, al que el derecho reconoce como el titular de la potestad legislativa en la diócesis (c. 391); c) los titulares de otros oficios capitales, equiparados al obispo diocesano *ipso iure* (c. 381 § 2), o cuya potestad es análoga a la del obispo diocesano (ordinariatos o prelaturas personales); d) los concilios particulares, plenarios y provinciales, que «tienen potestad de régimen, sobre todo legislativa» (c. 445), y que han constituido la primera fuente del derecho particular histórico; e) las conferencias episcopales, cuando cumplen las condiciones del c. 455 § 1.

En el derecho de oriente la nómina de los legisladores particulares es diferente¹⁰⁹; el mismo concepto de derecho particular es diferente (porque cabe el supuesto de *ius magis particulare in eadem Ecclesia vigens* [cfr. c. 1502

¹⁰⁸ No es necesario que el derecho particular escrito sea ley en sentido formal. Las normas administrativas son también derecho particular. De todas formas, una de las condiciones específicas impuestas por el derecho al legislador particular es la imposibilidad de delegar su potestad legislativa, cosa que evidentemente puede hacer (y hace) la potestad suprema (c. 30). «La potestad legislativa se ha de ejercer del modo prescrito por el derecho, y no puede delegarse válidamente aquella que tiene el legislador inferior a la autoridad suprema, a no ser que el derecho disponga explícitamente otra cosa» (c. 135 § 2). En general, el CIC custodia celosamente la titularidad episcopal de la potestad legislativa diocesana; el obispo «ejerce personalmente la potestad legislativa [en la diócesis]» (c. 391 § 1) y es «el único legislador en el sínodo diocesano» (c. 466).

¹⁰⁹ Es legislador el sínodo de los obispos de la Iglesia patriarcal (c. 110 § 1 CCEO), al que se equipara el sínodo de obispos de las Iglesias arzobispales mayores, y se asimila *suo modo* el consejo de jerarcas de las Iglesias metropolitanas *sui iuris* (c. 167 § 1 CCEO). Los Jerarcas que presiden las otras Iglesias *sui iuris* pueden dar ley siempre con el consentimiento de la Sede apostólica (c. 176 CCEO). Al obispo eparquial, en cambio, «le corresponde gobernar la eparquía que le ha sido confiada con potestad legislativa, judicial y ejecutiva» (c. 191 § 1); «el obispo eparquial ejerce la potestad legislativa por sí mismo» (c. 191 § 2) (Cfr. A.A. MINA, *Sviluppo del diritto particolare nelle Chiese "sui iuris"*, en CONGREGAZIONE PER LE CHIESE ORIENTALI, *Ius ecclesiarum vehiculum caritatis*, Città del Vaticano 2004, 536-537; I. ZUZEK, *Particular Law in the Code of Canons of the Eastern Churches*, en J. CHIRAMEL, K. BHARANIKULANGARA (eds.), «The Code of Canons of the Eastern Churches. A Study and Interpretation», Rome: Pontifical Oriental Institute, 1994, 39-56).

§ 2)]¹¹⁰ y en consecuencia los supuestos de ley particular resultan amplísimos¹¹¹.

3. Actitudes del derecho universal ante el derecho particular¹¹²

El c. 135 § 2 y el c. 20 formulan en la norma positiva las dos actitudes significativas del derecho canónico universal ante al derecho canónico particular: la prevalencia y el respeto¹¹³. La prevalencia se enuncia en la última frase del c. 135 § 2: «tampoco puede el legislador inferior dar válidamente una ley contraria al derecho de rango superior»¹¹⁴. Existe una jerarquía de legisladores que responde a una jerarquía de potestades. La potestad suprema es universal, las potestades que están circunscritas territorial o personalmente son inferiores en jerarquía¹¹⁵. Y esta jerarquía subjetiva domina la jerarquía formal de fuentes.

¹¹⁰ «Del análisis de la noción de derecho particular [oriental] pueden subrayarse los siguientes puntos: 1) El derecho canónico occidental y el oriental mantienen nociones diferentes del derecho particular; 2) El factor determinante del derecho particular en Occidente es que está dado para un territorio particular, un grupo de gente o un tipo de personas; 3) Las leyes que gobiernan una Iglesia ritual entera no son denominadas derecho particular desde la perspectiva occidental; 4) En el derecho canónico oriental el derecho particular indica un derecho de (propio de, particular de) toda una Iglesia ritual, sea cual sea el territorio en el que esté; 5) desde el punto de vista oriental, el derecho particular presupone el derecho común; 6) El derecho particular debería estar basado en las antiguas tradiciones de la Iglesia» (K. BHARANIKULANGARA, «Derecho particular en el ámbito de las Iglesias orientales», en J. OTADUY/A. VIANA/J. SEDANO (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico* [DGDC], Pamplona: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2012, III, 168).

¹¹¹ Se pueden consultar los 175 casos que según Antonio Aziz Mina, de acuerdo con el CCEO, las iglesias *sui iuris* de oriente deberían dar norma particular para que no se produzca una situación objetiva de laguna de ley. Cfr. A.A. MINA, *Sviluppo del diritto particolare nelle Chiese "sui iuris"*, cit., 547-553.

¹¹² Seguimos en este apartado la exposición realizada en J. OTADUY, «Derecho particular», cit., 159-160.

¹¹³ J. OTADUY, *La prevalencia y el respeto: principios de relación entre la norma universal y la particular*, cit., 103-121.

¹¹⁴ El c. 985 § 2 CCEO, estrictamente paralelo al 135 § 2, formula las mismas exigencias de prevalencia del derecho de la instancia superior sobre el derecho dado por instancias inferiores. Cfr. P. GEFAELL, *Il diritto particolare nell'attuale sistema del diritto canonico. Approfondimento tecnico dell'interpretazione del CIC c. 135 § 2 e del CCEO c. 985 § 2*, «Folia Canonica» 10 (2007) 179-196.

¹¹⁵ Esta jerarquía subjetiva funda también un cierto control de congruencia legislativa. Según el art. 158 de la const. ap. *Pastor Bonus*, el Consejo Pontificio para los textos legislativos, a petición de los interesados por la norma particular, «decide si las leyes particulares y los decretos generales, promulgados por debajo de la autoridad suprema, están de acuerdo con las leyes universales de la Iglesia». No se distingue entre los autores de las normas ni se exceptúa a ninguno. Aunque la naturaleza de este control no es formalmente judicial, porque el órgano no tiene las competencias de un tribunal, el Consejo, con las garantías propias del ámbito judicial, emite sentencias o «juicios de congruencia legislativa» (J. HERRANZ, *Il Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi*,

Esto quiere decir que ni siquiera la *ley* inferior prevalece sobre el *derecho* superior. Una ley diocesana, por ejemplo no puede darse válidamente contra una instrucción de la curia romana. El sometimiento afecta sólo al derecho particular periférico, no al derecho particular pontificio. Lo que prevalece en realidad es la jerarquía de legisladores o de autores de las normas¹¹⁶. Dicho de otro modo, el derecho particular puede ser también *derecho superior* si tiene procedencia pontificia.

El segundo principio de relación entre ambas órbitas jurídicas es el respeto que manifiesta la ley universal frente al derecho particular. Es un principio compatible con el de prevalencia. Encuentra su formulación positiva en el área de la revocación de la ley, concretamente en la última cláusula del c. 20: «la ley universal no deroga en nada el derecho particular ni el especial, a no ser que se disponga expresamente otra cosa en el derecho». Se puede decir por lo tanto que la norma universal se comporta de muy distinto modo frente a la norma particular según ésta esté promulgada o aún no lo esté. Si la norma particular no ha sido constituida, deberá plegarse siempre a la norma universal ya establecida; si la norma particular tiene ya vigor jurídico, la norma universal manifiesta una actitud previa de respeto. El propio derecho universal se asigna a sí mismo un requisito de legitimidad para hacerlo; es decir, debe constar expresamente la voluntad revocatoria del legislador universal¹¹⁷.

El principio del c. 20, que es un homenaje de tolerancia y comedimiento del derecho universal hacia el derecho particular ha sido juzgado a veces con dureza. Decía Alphonse Borras que «cabría preguntarse si el principio del canon 20 no es más bien ideológico en el sentido de que enmascara la realidad de una Iglesia incómoda con su catolicidad intrínseca, y poco inclinada a honrarla, en beneficio de una unidad atormentada siempre por la uniformidad»¹¹⁸. En realidad, la última cláusula del c. 20 («la ley universal no deroga en nada el derecho particular [...], a no ser que se disponga expresamente otra cosa en el derecho») tal vez merezca algún reproche, como veremos. Pero no parece que esa cláusula tenga en sí misma, en el seno del título *de legibus ecclesiasticis*, ningún valor ideológico. Es más bien la plasmación moderna, bastante fiel por

en *La Curia Romana nella Cost. Ap. "Pastor Bonus"*, Città del Vaticano 1990, 477). Está legitimado para hacer la solicitud de intervención cualquiera que resulte afectado por la norma particular: «incluso los fieles individualmente tienen derecho a recurrir» (F.J. URRUTIA, *De Pontificio Consilio de legum textibus interpretandis*, «Periodica de re morali canonica liturgica» 78 [1989] 519).

¹¹⁶ J. OTADUY, *La prevalencia y el respeto: principios de relación entre la norma universal y la particular*, cit., 108-109.

¹¹⁷ *Ibid.*, 115-116.

¹¹⁸ A. BORRAS, *Le droit ecclésial à l'intersection du «particulier» et de l'«universel»*, «Revue théologique de Louvain» 32 (2001) 65.

otra parte, del capítulo *Licet Romanus Pontifex* de Bonifacio VIII (VI 1.2.1)¹¹⁹. Esa decretal afirma que, aunque el romano pontífice tenga potestad para derogar el derecho particular, se estima que no quiere derogar lo que no conoce. Lo que el legislador universal conoce es el derecho que procede de él mismo. Conocer todos los episodios (*consuetudines et statuta*) de derecho particular, como adujeron los decretalistas, *potius divinitatis quam humanitatis est*, es más propio de Dios que del hombre. Las costumbres y los estatutos particulares tienen siempre *aliquid facti (cum sint facti et in facto consistent)*. In *scrinio pectoris* del legislador universal pueden estar los *iura*, pero no los *facta* de todo el universo. Por tanto no ha de pensarse que quiere derogar el derecho particular si no lo dice expresamente¹²⁰. Este es el origen de la cláusula favorable al mantenimiento del derecho particular.

«La cláusula final del c. 20 merece una breve exégesis: a) se ha producido, si lo recordamos, una inversión de los términos del c. 135: allí se decía “derecho universal” y “ley particular”, aquí se dice “ley universal” y “derecho particular”; ni siquiera una ley pontificia deroga el derecho particular si no lo advierte expresamente; b) la cláusula tiene sentido precisamente porque advierte que el régimen de cesación del derecho particular resulta una excepción si atendemos a los modos de cesación de la ley; en los casos comunes la ley cesa, dice el propio c. 20, por directa contrariedad, por reordenación total de la materia o por cláusula derogatoria; sin embargo, en nuestro caso sólo tiene valor el último *caput revocationis*, la cláusula derogatoria; c) y esa cláusula revocatoria debe ser expresa; es decir, el legislador ha de hacer mención expresa de su voluntad de revocar el derecho particular»¹²¹. Sin embargo estas cláusulas derogatorias de derecho particular han dejado desde hace tiempo de ser específicas para convertirse en universales, y deberían ser empleadas con más cautela¹²².

¹¹⁹ «*Licet Romanus Pontifex* (qui iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere) constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat revocare noscatur: quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta (cum sint facti, et in facto consistent) potest probabiliter ignorare: ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem a se noviter editam (nisi expresse caveatur in ipsa) non intelligitur in aliquo derogare» (BONIFACIO VIII, const. *Licet Romanus Pontifex*, in VI 1.2.1).

¹²⁰ Cfr. O. CONDORELLI, “*Quum sint facti et in facto consistent*”. *Note su consuetudini e statuti in margine a una costituzione di Bonifacio VIII (“Licet Romanus Pontifex”, VI. 1.2.1)*, «*Rivista internazionale di diritto comune*» 10 (1999) 205-296.

¹²¹ J. OTADUY, «Derecho particular», cit., 162.

¹²² Se ha convertido en opinión común de la doctrina que una cláusula universalista (del tipo *contrariis quibuscumque minime obstantibus*) es una cláusula suficiente para la derogación de derecho particular (cfr. A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae-Romae 1930, 352; G. MICHIELS *Normae generales iuris canonici*, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, I, 664). La cláusula expresa, dirán, «no es necesario que sea *específica*, o que diga explícitamente que revoca también las leyes particulares, sino que basta que sea *general*, revocatoria de *cualquier cosa*» (G. MICHIELS, *Normae generales iuris*

En lo referente a la cesación de la costumbre particular por ley universal, la reacción del ordenamiento canónico es análoga a la dada para la revocación de norma escrita¹²³. El c. 28 es paralelo al c. 20: «a no ser que las cite expresamente, la ley no revoca las costumbres centenarias o inmemoriales, ni la ley universal revoca las costumbres particulares». Pero algunos autores tienen más escrúpulo para aceptar una cláusula universalista del tipo *contrariis quibuslibet* para revocar costumbre particular. Con respecto al régimen del código piobenedictino, estrictamente equivalente al actual, decía Michiels: «ahora ya, por la explícita voluntad del supremo legislador inequívocamente manifestada en el c. 30 [c. 28 actual] probablemente no basta con una cláusula revocatoria implícita o explícitamente universal, sino que *se requiere* una cláusula específica explícitamente revocatoria de costumbres particulares, como “nulla vel non obstante consuetudine contraria, etiam particulari” o “non obstante jure particulari contrario”»¹²⁴. La diferencia de formulación entre los cc. 22 y 30 del CIC de 1917 (que tienen sus paralelos exactos en el 20 y 28 del CIC de 1983) sería significativa. No habría equivalencia: en el caso de cesación de ley particular se exige que la ley universal *expresse caveatur* [disponga expresamente] acerca de la revocación, mientras que para la revocación de las costumbres particulares se requiere que la ley universal *expressam de iisdem mentionem faciat* [haga una mención expresa de ellas].

4. Actitudes del derecho particular ante el derecho universal

Pero existe también una competencia del derecho particular sobre el derecho universal. La implantación, promoción y urgencia del derecho universal es tarea propia del ministerio episcopal. En el c. 392 se contemplan las obligaciones del obispo diocesano en referencia a la promoción de «la disciplina común a toda la Iglesia». Es importante advertir la implicación de la instancia particular en el derecho universal. «Desde la perspectiva jurídica, el *inest et operatur* de la Iglesia universal en la particular significa la disciplina común a toda la Iglesia; es decir, la disciplina común constituye, si hablamos en términos de derecho,

canonici, cit., 665). En realidad habría que reconsiderar este planteamiento maximalista (J. OTADUY, *La prevalencia y el respeto: principios de relación entre la norma universal y la particular*, cit., 120-121; J. OTADUY, *La relación entre el derecho universal y el particular. A propósito de la Const. Ap. «Pastor Bonus»*, cit., 487-489; E. BAURA *La posizione del diritto particolare in seguito alla nuova codificazione*, en J. J. CONN, L. SABBARESE (eds.), «Iustitia in caritate»: miscellanea di studi in onore di Velasio de Paolis», Roma: Urbaniana University Press, 2005, 167).

¹²³ Seguimos fielmente en este párrafo lo escrito en J. OTADUY, «Derecho particular», cit., 164-165.

¹²⁴ G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, cit., II, 210.

la presencia y la operación de la Iglesia universal en la particular. El derecho universal no sólo no es un intruso en las Iglesias particulares, sino que es un elemento de su más íntima estructura»¹²⁵. En esa relación complementaria entre derecho universal y particular se hacen presentes las dos dimensiones de la Iglesia¹²⁶.

El derecho universal remite al derecho particular de dos modos diversos: (1) en ocasiones son remisiones de salvaguarda del derecho particular contrario, o incluso de subordinación de la eficacia del derecho universal a la eventual existencia de un derecho particular diferente. Constituyen fenómenos de derecho universal meramente dispositivo¹²⁷; (2) otras veces se trata de una remisión para que el derecho particular fomente y desarrolle el derecho universal; son un mandato o una indicación facultativa de la ley universal para que el Obispo diocesano¹²⁸ o la Conferencia episcopal den norma sobre un ámbito que la ley universal determina. En el caso de las habilitaciones hechas en favor de las Conferencias episcopales habría que distinguir a su vez entre aquellas que la ley codicial otorga para regular íntegramente una materia¹²⁹ y aquellas otras competencias normativas inequívocamente ejecutorias, otorgadas para que la Conferencia opte por una alternativa que propone la ley o para que determine en concreto una prescripción genérica¹³⁰.

¹²⁵ J. OTADUY, *La relación entre el derecho universal y el particular. A propósito de la Const. Ap. «Pastor Bonus»*, cit., 476.

¹²⁶ Cfr. E. BAURA *La posizione del diritto particolare in seguito alla nuova codificazione*, cit., 162-165; G. GHIRLANDA, *Diritto universale e diritto particolare: un rapporto di complementarità*, «Quaderni di diritto ecclesiali» 15 (2002) 11-20.

¹²⁷ Cfr. por ejemplo cc. 119, 174, 176, 285, 288, 438, 527 § 2, 555 § 1, 868, 1279 § 1, 1672.

¹²⁸ Cfr. por ejemplo, cc. 259, 277 § 3, 510 § 3, 513 § 1, 531, 533 § 3, 536 § 2, 537, 722 § 1, 838, 844, 860 § 2, 944, 1002, 1275, 1281 § 2, 1292 § 1, 1316, 1649 § 1).

¹²⁹ Cfr. cc. 242, 755 § 2, 775 § 1, 788 § 3, 804 § 4, 1272, 1714).

¹³⁰ Cfr. cc. 230 § 1, 276 § 2, 284, 522, 535 § 1, 851 § 1, 877 § 3, 891, 895, 964, 1031 § 3, 1083 § 2, 1236 § 1, 1246 § 2, 1251, 1277, 1292 § 1, 1421 § 2, 1425 § 4).

LIBERTAD DE LOS FIELES Y JERARQUÍA EN LA ARMONÍA ENTRE LOS DERECHOS DE LOS FIELES Y LA COMUNIÓN ECLESIAL

María Blanco*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Los principios conciliares del Vaticano II. – 3. Regulación canónica de los derechos de los fieles. – 4. ¿Por qué hablar de derechos de los fieles? – 5. Descripción de los derechos de los fieles. – 6. Formalización de los derechos de los fieles. – 7. Primer intangible: la persona. – 8. La persona ¿intangible en el Derecho de la Iglesia? – 9. La libertad ¿intangible del Derecho de la Iglesia? – 10. La jerarquía y la comunión: dos intangibles inseparables. – 11. Sugerencias conclusivas.

1. INTRODUCCIÓN

*Libertà dei fedeli e gerachia nell'armonia tra i diritti dei fedeli e la comunione ecclesiale*¹. Es el título que el Comité organizador tuvo a bien dar a esta ponencia. Siendo una materia “técnica”, ese título refleja, al mismo tiempo, contenidos singularmente atractivos. . . Y es que en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales, en ocasiones, empleamos un lenguaje incoloro porque, quizá, nos falta apreciar la belleza y la riqueza del contenido jurídico (el *ius*).

En otro orden de cosas, quisiera decir que el desarrollo de este estudio es, en gran parte, deudor –al menos en su génesis– del pensamiento de una teóloga alemana, de un intelectual judío y de la conversación con un jurista chileno-italiano.

¿Cuáles han sido las *iluminaciones* en las que han contribuido cada uno de ellos? Me explico.

* Universidad de Navarra.

¹ No puedo dejar de mencionar aquí el exhaustivo estudio del Beato Álvaro del Portillo (*Fieles y laicos en la Iglesia: bases de sus respectivos estatutos jurídicos*, Pamplona 3ª ed. 1991), que resulta de obligada referencia y que ha sido inspirador para gran parte de la doctrina posterior pues sugiere, con base en la doctrina del Concilio Vaticano II, una construcción jurídico-canónica cabal del estatuto de fieles y laicos y, por consiguiente, también de las páginas que siguen.

Cuando preparaba este trabajo cayó en mis manos un libro de la teóloga Jutta Burggraf² que, con su pensamiento clarividente y su sencilla exposición, me abrió todo un panorama intelectual y de pensamiento crítico³. Pues, en ocasiones, he percibido en las disputas doctrinales entre canonistas y otros estudiosos un tono *reivindicativo* y a veces algo autoritario, ajeno a la apertura intelectual necesaria en el momento presente⁴.

Por eso, deseo sentar una premisa antes de emprender, propiamente, el discurso científico. Es ésta: quisiera centrarme, desde la perspectiva jurídica, en profundas actitudes humanas y, al mismo tiempo, alejarme de cualquier planteamiento de corte reivindicativo frente al poder. Entre otras cosas, porque la potestad en la Iglesia no puede ser contemplada más que como un servicio. Sobre esta idea volveremos más adelante.

Me he referido anteriormente también a un intelectual judío. En efecto, un alumno –después de una interesante conversación, terminado el curso–, me regaló un libro que recopila una serie de entrevistas con George Steiner⁵. Entre las ideas sugerentes que aporta hay una que me produjo cierto estremecimiento. Es su visión de Europa; que, a su entender, no ofrece ya respuestas porque siempre mira al pasado y, en última instancia, está cansada de la historia⁶.

Trasladé ese pensamiento al ámbito de nuestra ciencia. ¿Qué le está pasando al Derecho Canónico? Puede dar la impresión –sobre todo a personas más jóvenes– de que no aporta, que ha perdido su impulso transformador porque, con relativa frecuencia, mira al pasado; cuando, en realidad, tiene en su entraña

² J. BURGGRAF, *La transmisión de la fe en la sociedad postmoderna y otros escritos*, Pamplona 1ª ed. 2015.

³ Jutta Burggraf (1952-2010). Lo curioso es que en sus planteamientos se encuentra un gran paralelismo con el magisterio dialógico del Papa Francisco.

⁴ Ciertamente, somos libres para pensar y, sin embargo, estamos muy habituados a repetir lo que dicen los periódicos o *Internet*, convirtiendo en paradigma las reflexiones de los *mass media* por encima de la racionalidad y de la verdad. Hasta el extremo de que personas con autoridad han cambiado su modo de pensar y de obrar de modo que no se valen de la coerción sino tan sólo de una blanda persuasión. Se han hecho invisibles, anónimas, y se disfrazan de *normalidad, sentido común, opinión pública*; hasta el punto de que no piden otra cosa que hacer lo que todos hacen (Cfr. J. BURGGRAF, *La transmisión de la fe en la sociedad postmoderna y otros escritos...*, cit., 43).

⁵ Cfr. G. STEINER - L. ADLER - J. BAQUERO CRUZ, *Un largo sábado: entrevistas con Laure Adler*, Madrid 2016.

⁶ “Europa ya no tiene ningún modelo que proponer, ni siquiera a sus jóvenes. Los jóvenes están hartos de la alta cultura, de la alta civilización (...). No creo que volvamos a tener un Shakespeare, un Dante, un Goethe, un Mozart, un Miguel Ángel, un Beethoven (...). Pero el que enseña literatura, historia del arte o música lo hace mirando hacia atrás. La cabeza siempre mira atrás. En italiano se dice *tramonto del sole*. No es impensable que otras partes del planeta tomen el relevo y que Europa esté demasiado cansada (...) de la historia. Dando un paseo por una calle europea, uno ve en todas las casas placas que conmemoran sucesos de hace siglos: en Europa el peso del pasado es enorme. En cambio, el peso del futuro es muy ligero, ligerísimo. Es un problema grave” (*ibid.*, 116-17).

–en sus hondas raíces– toda la fuerza vivificadora y vivificante del Espíritu Santo⁷.

Quisiera, en este sentido, *construir puentes* en un mundo jurídico donde todavía se levantan muros⁸. *Construir puentes* para intentar redescubrir, de ese modo, la novedad que se esconde tras los derechos de los fieles y la comunión eclesial. Puentes que nos llevarán al océano de los ambientes civiles y seculares.

En efecto, si entendemos por Derecho canónico el Derecho en la Iglesia y de la Iglesia, deduzco que los cultivadores de la ciencia canónica debemos ponernos –empleando los modos de decir, siempre sugerentes, del Papa Francisco–, *en disposición de salida*, porque “cuando la Iglesia se encierra, enferma –dice el Papa–. La Iglesia debe salir de sí misma. ¿Hacia dónde? Hacia las periferias existenciales, cualesquiera que sean, pero salir. . .”⁹.

Hasta aquí la aportación de Steiner que me llevó al Papa Francisco.

Finalmente, he hecho referencia a la conversación con un jurista que fue tan iluminadora que está en el sustrato de toda esta exposición porque me condujo, casi sin advertirlo, a una mayor profundización en algunos de los que fueron mis maestros: Hervada y Lombardía¹⁰. Curiosamente, además, el 6 de octubre de 1980 el recordado maestro Lombardía pronunciaba en Friburgo una conferencia precisamente sobre los derechos de los fieles¹¹.

Pues bien, en el ámbito canónico, cuando hablamos de Derecho es importante ir a lo esencial: la justicia, los derechos de la persona, la garantía de la administración de los Sacramentos y de la Palabra. . . ; y, por el contrario, huir de lo que hacen los que quieren quitar al Derecho Canónico su verdad y su belleza al desvincularlo de la justicia y reducirlo a una serie de normas rígidas¹².

⁷ “Quien quiere influir en el presente, tiene que amar el mundo en que vive. No debe mirar al pasado, con nostalgia y resignación, sino que ha de adoptar una actitud positiva ante el momento histórico concreto: debería estar a la altura de los nuevos acontecimientos, que marcan sus alegrías y preocupaciones, y todo su estilo de vida” (J. BURGGRAF, *La transmisión de la fe en la sociedad postmoderna y otros escritos*. . . , cit., 129-30).

⁸ Cfr. PAPA FRANCISCO, *A la Delegación Católica para la Cooperación, de la Conferencia de los Obispos de Francia*, 25 de febrero de 2017, disponible en <http://w2.vatican.va/>, [fecha de consulta: 8 de agosto de 2017].

⁹ PAPA FRANCISCO, *Vigilia de Pentecostés con los movimientos eclesiales*, 18 de mayo de 2013, disponible en <https://w2.vatican.va/>, [fecha de consulta: 21 de agosto de 2017].

¹⁰ De ellos aprendí la necesidad del exquisito cuidado en la utilización de la técnica jurídica, la atención a la realidad cultural concreta con la que se enfrenta el jurista en cada momento y, sobre todo, la generosidad que exige la profesión universitaria.

¹¹ En mi caso, la conferencia pronunciada en el congreso de Roma de 2017, tuvo lugar también el 6 de octubre. Cfr. P. LOMBARDÍA, *Los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad* [publicado en *Les Droits Fondamentaux du Chrétien dans l'Église et dans la Société. Actes du IV Congrès International de Droit Canonique*], en *Escritos de Derecho canónico, IV*, Pamplona 1974, 263-83.

¹² Por todos, véase V. GÓMEZ-IGLESIAS, *De la centralidad de la ley al primado de la persona en*

Quiero decir con esto que intentaré hacer un planteamiento realista pero también positivo; porque la Iglesia y, por tanto, el Derecho Canónico dice sí a la persona, sí a la libertad, sí a la justicia, sí a los derechos fundamentales y sí a la naturaleza. Y dice no a las deformaciones de la justicia y, por tanto, del derecho¹³. Y, en este sentido, considero que hay tres realidades ante las que se rinde el hombre y el jurista o canonista de ayer y de hoy: la libertad, la justicia y como protagonista, la persona. En definitiva, éstas son las tres ideas sobre las que procura pivotar este estudio.

2. LOS PRINCIPIOS CONCILIARES DEL VATICANO II

Entrar en el análisis de los derechos de los fieles exige anclarse bien en los principios conciliares, especialmente, los contenidos en las constituciones *Lumen gentium* y *Gaudium et spes*. Entre otras cosas, por la particular razón de complementariedad que tiene el Código respecto a ambas declaraciones¹⁴.

Ciertamente, tales principios conciliares constituyen mucho más que un desiderátum susceptible de ser tomado en consideración en función de las necesidades espacio-temporales. En lenguaje informático podríamos decir que son como el *software* dentro de un sistema operativo. Mientras que la concreción en el CIC sería parte del *hardware*: imprescindible para hacer operativos los intangibles del *software* y para dotarlo de eficacia. En definitiva, los citados principios son condición necesaria para la vigencia de las normas eclesiales y, por tanto, para la juridicidad de toda la normativa canónica. Pero también las normas del CIC hacen operativo el sistema conciliar.

En la Const. Ap. *Sacrae Disciplinae Leges* con la que S. Juan Pablo II promulgaba el CIC-83 decía que, entre los elementos que expresan la verdadera y propia imagen de la Iglesia, han de mencionarse principalmente éstos:

- 1º. La doctrina por la que se presenta a la Iglesia como pueblo de Dios y la jerarquía como servicio.
- 2º. La doctrina sobre la *communio*.

el Derecho de la Iglesia. Historia y perspectivas canónicas en el centenario del Código de 1917, «Ius Canonicum» 57 (2017) 495-568. En ese estudio aporta con rigor valiosos datos interpretativos con un documentado análisis bibliográfico.

¹³ Cfr. J. BURGGRAF, *La transmisión de la fe en la sociedad postmoderna y otros escritos...*, cit., 142. La autora aplica este planteamiento a la fe y, por mi parte, me he servido del razonamiento para aplicarlo, *mutatis mutandis*, al Derecho.

¹⁴ Cfr. S. JUAN PABLO II, *Sacrae Disciplinae Leges* (25 de enero de 1983), «AAS» 75-II (1983).

- 3º. La participación de los fieles en los *tria munera Christi*, que conecta con lo relativo a los derechos de los fieles. Y,
- 4º. El empeño de toda la Iglesia en el ecumenismo¹⁵.

Estas ideas condensan, en breve síntesis, los puntos nodales de este trabajo. Sin embargo, el último de ellos (el afán ecuménico), se tratará de manera transversal, pero no explícita; pues reclama –desde la perspectiva jurídica– una importante labor de mediación, diálogo y búsqueda de puntos de conexión para centrarse en un mínimo común no manipulable que excede, con mucho, las pretensiones de este estudio.

3. REGULACIÓN CANÓNICA DE LOS DERECHOS DE LOS FIELES

Como es bien sabido, el Libro II (*Del Pueblo de Dios*), parte I (*De los fieles cristianos*), se refiere en el Título I a las *obligaciones y derechos de todos los fieles*. Como ha escrito Astigueta, “la misma estructura del Código refleja ya un cambio de mentalidad de los redactores que pretendía traducir al lenguaje canónico la reflexión conciliar”¹⁶. Y así, en los cánones sobre los deberes y los derechos, resulta señalada la igualdad fundamental de los fieles, a través de una declaración –ni exhaustiva, ni sistemática–, pero altamente reveladora¹⁷.

La consideración del Pueblo de Dios, precisamente, como «pueblo», tiene su relevancia para el Derecho. «Es la clave para la comprensión de los derechos y deberes del cristiano, que radican en la dignidad y libertad de los hijos de Dios»¹⁸; que, obviamente, han de ser respetados por la jerarquía y tutelados por las normas positivas.

Dada la amplitud del tema, me limitaré a los derechos de los fieles, dejando de lado toda referencia a los deberes¹⁹.

¹⁵ Cfr. *ibid.*

¹⁶ D. ASTIGUETA, *La noción del laico desde el Concilio Vaticano II al CIC 83: el laico, sacramento de la Iglesia y del mundo*, Roma 1999, 266.

¹⁷ Cfr. J. FORNÉS, *Los derechos fundamentales del fiel en el Código de 1983*, *Fidelium iura: suplemento de derechos y deberes fundamentales del fiel* (2000) 93. Desde la perspectiva histórica, omito voluntariamente la referencia a la génesis de estos cánones y remito por todos a: D. CENALMOR, *La Ley Fundamental de la Iglesia: historia y análisis de un proyecto legislativo*, Colección Canónica de la Universidad de Navarra. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1991.

¹⁸ P. LOMBARDÍA, *El derecho público eclesial según el Vaticano II*, [publicado en «Apollinaris», XL (1967), 59-112], en *Escritos de Derecho canónico, II*, Pamplona 1974, 378-79.

¹⁹ Como es bien sabido, los *deberes* del hombre es una cuestión que tampoco es tratada en los ordenamientos jurídicos civiles.

4. ¿POR QUÉ HABLAR DE DERECHOS DE LOS FIELES?

En las culturas jurídicas más desarrolladas, a partir de la Ilustración, y en la actualidad se plantea –como parte del estándar de legitimidad de los Estados– el tema de la protección de los derechos fundamentales²⁰. Ciertamente, es un argumento cuestionado por todas las sociedades jurídicamente organizadas²¹.

Pues bien, entre los llamados *derechos del hombre* y los derechos del fiel, no cabe duda de que hay cierta afinidad²². Y aunque no todos los derechos de los hombres “tienen carta de naturaleza en el ordenamiento canónico”, “no parece que eso debilite la sintonía que debe existir entre la proclamación de los derechos del hombre y la implantación en el seno de la Iglesia de los derechos del fiel”²³. No cabe en este punto, sin embargo, una equiparación plena –como en tantos otros aspectos– entre la Iglesia y las sociedades civiles. En todo caso, se puede afirmar que “la Iglesia ha reconocido la evolución de la conciencia acerca de la dignidad de la persona y de sus derechos como una acción del Espíritu en la historia”. Como dice Otaduy con expresión gráfica: “El Concilio (GS 26, 73; DH 1) acogió los derechos humanos con franqueza”²⁴.

Hablábamos de la Iglesia como pueblo de Dios. En palabras de la *Lumen Gentium* “la condición de este pueblo es la dignidad y libertad de los hijos de Dios”.

Éstos son los parámetros de derecho divino que delimitan el ser de los *christifideles*: la dignidad y libertad de los hijos de Dios. La afirmación conciliar adquiere, así, una importancia capital porque “a nadie es lícito fundamentar en la libertad que el Señor nos ganó (Col. 5,1), cualquier acción que atente contra la unidad del Cuerpo de Cristo, que es la Iglesia (Gal. 1,18)”²⁵. Y aquí tenemos parte de la piedra de toque que armoniza la libertad del fiel y la *communio*. La

²⁰ No es momento de entrar en la polémica doctrinal originada entre constitucionalistas cuando se plantean la distinción de los derechos fundamentales y constitucionales.

²¹ Cfr. G. GHIRLANDA, *Doveri e diritti dei fedeli nella comunione ecclesiale*, 136 (1985) 22.

²² Cfr. P. J. VILADRICH, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel: presupuestos críticos*, Pamplona 1969, 147-197. La categoría de los derechos fundamentales resulta de la aplicación de la ciencia constitucional a la realidad canónica, aunque el CIC no emplea esa expresión (cfr. M. DEL POZZO, *v. Derechos fundamentales*, en *Diccionario general de derecho canónico*, III, Pamplona 2005, 209).

²³ J. OTADUY, *Derechos de los fieles (1980-2000)*, «Fidelium Iura» 10 (2000) 459.

²⁴ *Ibid.*, 457.

²⁵ P. LOMBARDÍA, *Una monografía sobre los derechos fundamentales del fiel*, en *Escritos de Derecho canónico*, III, Pamplona, 119. “Los derechos fundamentales de los fieles, radicados en la participación del bautizado en la vida de Cristo, tienen en el propio Señor su principal y más genuino titular; los fieles, como he apuntado en otras ocasiones, tienen una titularidad «vicaria»” (*ibid.*). En frase gráfica dice Dalla Torre que estos derechos pertenecen al patrimonio común del legislador civil (Cfr. G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico*, Torino 2ª ed. 2005, 80).

dignitas y la *libertas* se entienden, únicamente, en la *communio* que respeta la identidad de cada fiel, cada uno según su condición²⁶.

5. DESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS FIELES

Para una descripción cabal de estos derechos, me sirvo de lo dicho por Javier Hervada porque encierra un atractivo de sugerente actualidad que también está presente en otros autores que han tratado esta materia con notable precisión²⁷.

Habla de los derechos fundamentales del fiel como “expresiones del sentido liberador de la redención, que genera en el fiel la participación en la libertad cristiana (libertad de los hijos de Dios) y que le otorga unos ámbitos de responsabilidad personal” como miembro activo de la comunidad cristiana, dotándole de una esfera de responsabilidad social. Son, dice, “explicitaciones y garantías, tanto de la acción del Espíritu Santo en cuanto actúa directamente en los fieles, como del carácter personalísimo de la respuesta del fiel a esta acción”²⁸. En otros términos, podemos considerarlos parte de la acción del espíritu Santo en la historia a través de los *christifideles*: por su ser y su obrar cristiano.

Volviendo a la declaración de derechos y deberes de los fieles hecha por el legislador²⁹, diré que subraya el principio de igualdad³⁰ y extrae algunas consecuencias en aras del bien común en la Iglesia³¹.

²⁶ Actitud que «no solo anula la personalidad de los cristianos, sino que tiene una tendencia a disminuir y desvalorizar la gracia bautismal que el Espíritu Santo puso en el corazón de nuestra gente» (*Carta al Cardenal Marc Ouellet, Presidente de la Pontificia Comisión para América Latina*, 19 marzo 2016). El clericalismo, favorecido sea por los propios sacerdotes como por los laicos, genera una escisión en el cuerpo eclesial que beneficia y ayuda a perpetuar muchos de los males que hoy denunciamos [Papa Francisco, *Carta al Pueblo de Dios*, de agosto de 2018. en <http://w2.vatican.va/> (fecha de consulta: 15 de enero de 2019)].

En este sentido, ha escrito Rodríguez Luño «el clericalismo presupone una comprensión deficiente de la teología de la libertad (de su valor a los ojos de Dios), y por consiguiente de la teología de la creación [*Clericalismo y teología de la libertad*, en *Revista Palabra* (enero de 2019), 55].

²⁷ Cfr. por ejemplo: J. FORNÉS, *Los derechos fundamentales del fiel en el Código de 1983...*, cit.; P. LOMBARDÍA, *Los derechos del laico en la Iglesia*, en *Escritos de Derecho canónico*, III, Pamplona 1974, 263-83; P. LOMBARDÍA, *Los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad* [publicado en *Les Droits Fondamentaux du Chrétien dans l'Église et dans la Société. Actes du IV Congrès International de Droit Canonique*...], cit.; J. OTADUY, *Derechos de los fieles (1980-2000)*... cit.; P. J. VILADRICH, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel: presupuestos críticos*... cit.

²⁸ J. HERVADA - J. BERNAL, *Elementos de derecho constitucional canónico*, Barañáin, Navarra 3ª ed. 2014, 96-97.

²⁹ Cfr. cc. 209-223.

³⁰ Cfr. c. 208. Puede verse: L. NAVARRO, *Il principio costituzionale di uguaglianza nell'ordinamento canonico*, «Fidelium iura: suplemento de derechos y deberes fundamentales del fiel» (1992) 145-64.

³¹ Cfr. c. 223.

Es decir, los derechos de los fieles no pueden ser vistos como escudos para la defensa de recintos privados o personalistas³². Todo lo contrario, son ámbitos donde la persona –el fiel– se realiza plenamente, con toda libertad y, por tanto, con la consiguiente responsabilidad; de ahí la incidencia que esa acción libre puede, y debe tener, en el ámbito social³³.

En definitiva, para la adecuada comprensión de la naturaleza de los derechos fundamentales del fiel es preciso conocer la dignidad del hombre pero también las precisas exigencias del fiel³⁴.

6. FORMALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS FIELES

Estos derechos no han tenido una tipificación específica o diferenciada dentro del Código. Y, sin embargo, la doctrina les atribuyó carácter constitucional desde el primer momento porque muchos de ellos se fundamentan en el derecho divino. Y, en esa medida, gozan de prevalencia. Prevalecen sobre las normas humanas que no sean conformes a ellos pero también han de ser criterio de actuación –a modo de principio informador– entre los jueces y otros operadores del Derecho; de manera que estos derechos fundamentales se reconozcan y se garanticen³⁵.

A juicio de Dalla la Torre, esta formalización refleja un proceso de madurez en la reflexión canónica sobre la inicial dificultad planteada en torno a la posible configuración en el ordenamiento canónico de los derechos y deberes fundamentales. Es decir, unos derechos comunes a todos y dotados de un cierto grado de resistencia pasiva a la abrogación o a la derogación, superior a aquel que representa cualquier otra disposición legislativa que pudiera darse sobre los derechos y deberes fundamentales o en relación con su ejercicio³⁶.

³² “Tal dignidad y libertad no es una condición pasiva, subjetivista, cerrada en sí misma, sino esencialmente dinámica, abierta a la corresponsabilidad de todos los fieles para la edificación de la Iglesia (*Lumen gentium*, 32)” (J. FORNÉS, *Los derechos fundamentales del fiel en el Código de 1983...*, cit., 99).

³³ Aspecto que merecería especial atención y que conecta con la doctrina social de la Iglesia pero que excede con mucho el objeto de este estudio.

³⁴ En este sentido, “no agotan la comprensión del misterio desde la perspectiva del jurista. Son expresiones subjetivadas del designio divino sobre la Iglesia que condicionan constitucionalmente el derecho canónico pero ni mucho menos las únicas” [J. OTADUY, *Derechos de los fieles (1980-2000)*... , cit., 458-59].

³⁵ Cfr. J. HERVADA, *sub* Tit. I, P. I, Lib. II, en *Código de Derecho Canónico. Edición anotada*, Pamplona 1983.

³⁶ Cfr. G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico...*, cit., 79. El texto en italiano es el que sigue: “Questo fatto riflette un ben preciso processo di maturazione della riflessione canonistica sul

Junto a la prevalencia, otra de las características deducidas de estos derechos es que dan lugar a una obligación multilateral que incluye, lógicamente, también a la jerarquía y que implica un deber general de respeto hacia su titular por parte de los demás fieles; pero también una obligación institucional, que trae consigo el fomento y no solo la tutela de ese derecho.

Pienso, por ejemplo, en la riqueza que se encierra en el c. 216: “Todos los fieles, puesto que participan en la misión de la Iglesia, tienen derecho a promover y sostener la acción apostólica también con sus propias iniciativas, cada uno según su estado y condición; pero ninguna iniciativa se atribuya el nombre de católica sin contar con el consentimiento de la autoridad eclesiástica competente”.

Quizá podríamos pensar en el ámbito del voluntariado asistencial que es ya una realidad, un verdadero mar sin orillas. Pero también en la multiplicidad de iniciativas que podrían promoverse en el ámbito universitario de un mundo globalizado, de fácil acceso a Internet³⁷. Al asesoramiento técnico y la ayuda que puede prestar el personal cualificado –ya existente en algunos países–, a quienes trabajan en zonas menos desarrolladas o en regiones desfavorecidas. O la mejora de aplicaciones informáticas y para el desarrollo, incluso, de un lenguaje y una conceptualización de categorías religiosas comprensibles al hombre del siglo XXI; o la aplicación de todas las metodologías y destrezas del conocimiento aplicadas al servicio de la misión de la Iglesia³⁸. Ámbitos que, en mayor medida, corresponden a los fieles laicos en el ejercicio de su libertad y de su iniciativa apostólica. Libertad e iniciativas que deben ser no sólo tuteladas sino fomentadas por la jerarquía.

Hace un par de años leí un libro de un profesor de la Universidad de Georgetown: Timothy Shah. La tesis de fondo que planteaban los expertos que colaboraban en ese estudio es que la libertad religiosa, ciertamente, es un bien que reclama la dignidad humana, pero también imprescindible para la democracia y el bien social. Y decía, concretamente, que la dignidad humana demanda que las personas sean libres para buscar la verdad sobre una realidad

problema della configurabilità nell'ordinamento canonico di diritti e doveri fondamentali, cioè comuni a tutti e dotati di un certo grado di resistenza passiva all'abrogazione o alla derogazione, superiore rispetto a quello presentato da qualsiasi altra disposizione di legge pur prevedente diritti e doveri, ovvero modalità del loro esercizio” (*ibid*).

³⁷ No solo mediante el fomento de los programas de intercambio de alumnos y profesores que, en sí mismo, es de gran riqueza.

³⁸ En esta línea, se enmarcan las propuestas del sínodo de obispos sobre *La vocación y la misión de la familia en la Iglesia y en el mundo contemporáneo* que señalaron –en todas las fases de la trayectoria sinodal– la necesidad de contar con personas especializadas en la pastoral familiar y, especialmente, matrimonios.

trascendente y, por tanto, tienen el derecho a la inmunidad y a la seguridad ante la coerción o ante la indiferencia manipulativa de terceros³⁹.

Volvamos a nuestro terreno aplicando el mismo razonamiento. ¿No es verdad que en el ámbito de los derechos de los fieles podría incrementarse esta actividad de fomento o de iniciativa de los fieles?

7. PRIMER INTANGIBLE: LA PERSONA

Al comienzo de estas páginas señalaba que, con base en los principios conciliares que potenciaron la reforma de la legislación canónica, pretendía centrar la atención en las que considero ideas madre:

1. La persona como centro de toda la regulación jurídica.
2. La libertad que, ganada por Cristo, es la libertad de los hijos de Dios.
3. La *communio*, verdadera justificación de la armonía entre la libertad de los fieles y la jerarquía de la Iglesia.

En efecto, hasta aquí, hemos hecho un diseño muy general de los derechos de los fieles y cómo el legislador decidió incluirlos en el Libro II del CIC-83; pero es preciso trascender “la mecánica aplicación de las normas de Derecho positivo para penetrar en su *ratio* (...), en el espíritu del ordenamiento de la Iglesia desde un ángulo de enfoque poco habitual entre los canonistas y muy importante: la consideración del hombre»⁴⁰.

Hagamos, pues, referencia al hombre en la Iglesia, que exige necesariamente acudir al c. 96: “Por el bautismo, el hombre se incorpora a la Iglesia de Cristo y se constituye persona en ella, con los deberes y derechos que son propios de los cristianos, teniendo en cuenta la condición de cada uno, en cuanto estén en la comunión eclesial y no lo impida una sanción legítimamente impuesta”.

³⁹ Cfr. T. S. SHAH (ed.), *Libertad religiosa: una urgencia global*, Madrid 2013, 73. La expresión es, a mi entender, algo despectiva pero veraz y, sin duda, la definiendo en el ámbito civil: pensemos, por ejemplo, en la situación de los cristianos en Pakistán o en tantos países donde sufren una verdadera persecución ante una evidente indiferencia manipulativa incluso de organizaciones internacionales.

⁴⁰ P. LOMBARDÍA, *El estatuto personal en el ordenamiento canónico*, [publicado en «Aspectos del Derecho Administrativo canónico», Salamanca 1974, pp. 51-66], en *Escritos de Derecho canónico, II*, Pamplona 1974, 40.

Desde el primer día, la doctrina llamó la atención sobre los principios de igualdad y diversidad –implícitos pero claramente formulados– en el texto de este canon.

Entiendo que desde finales del siglo pasado (cuando se aprobó el CIC) y hasta la actualidad, se ha avanzado bastante. Es decir, “lo importante para que se respete y se valore la condición de fiel no es reclamar más los derechos sino impregnar más las mentalidades. Los derechos fundamentales no estarán más pujantes por una razón reivindicativa sino por una educación de la mente. De la mente de los pastores y de la mente de los fieles”⁴¹.

En suma, la consideración del hombre *in Ecclesia Christi*, con sus reflejos teológicos y canónicos, reclama tener en cuenta, previamente, su condición creatural, es decir el ser personal del hombre en el plano natural. Si la reflexión canónica no tomara en consideración al hombre *ut talis*, difícilmente encontraríamos un fundamento sólido a los derechos de los fieles⁴². Es decir, el derecho de toda persona en la Iglesia dimana de las exigencias jurídicas de su encuentro salvífico con Cristo y con sus hermanos en Cristo; y es inseparable de aquellos límites que concurren a configurarlo como auténtico derecho, concreto y exigible frente a todos (naturalmente también frente a la Jerarquía). Tal exigibilidad tiene sentido sólo en función de la *salus animarum* pues su fundamento está constituido únicamente por aquello que es justo para la persona en el orden salvífico-comunional de la Iglesia⁴³.

⁴¹ J. OTADUY, *Derechos de los fieles (1980-2000)*. . . , cit., 483. Poco más adelante escribía: “Por otra parte, como también se ha dicho más de una vez, los derechos del fiel ofrecen un flanco amplísimo que no es susceptible de reclamación jurídica. Sería ridículo pretender que la eficacia de los derechos del fiel descansara simplemente en un sistema garantístico o de protección jurisdiccional” (*ibid.*). Resultan de interés: R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, «Compete a los fieles reclamar y defender los derechos que tienen en la Iglesia», «Ius Canonicum» (1999), en honor de Javier Hervada, 337-64. Y el estudio jurisprudencial realizado por I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere uti fidelis per la tutela dei diritti comunitari*, en *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa: Giornate canonistiche di Studio, Venezia, 6-7 giugno 1994*, 1, 1996, 399-450.

⁴² “Affinché nella Chiesa tutti vengano sempre trattati secondo la loro dignità in Cristo, occorre non dimenticare mai che devono essere anzitutto trattati come persone. E per non cadere in vaghi «personalismi», bisogna sempre considerare l’essenza o natura della persona umana, che è alla base dei suoi diritti naturali. In effetti, l’uomo ha un essere determinato, con delle esigenze giuridiche precise. Tali esigenze naturali devono essere anche rispettate nell’ambito canonico (Cfr. n. 11)” (C. J. ERRÁZURIZ, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. 1. Introduzione I soggetti ecclesiali di diritto*, Milano 2009, 186).

⁴³ Cfr. C. J. ERRÁZURIZ, *La salus animarum tra dimensione comunitaria ed esigenze individuali della persona*, «Ius Ecclesiae» 12 (2000) 341. Por eso entiende que una concepción del derecho canónico que quisiera prescindir del derecho humano, de sus exigencias técnicas, y de las limitaciones propias de su operatividad específica no respetaría la verdad integral de su objeto y vendría a ser utópica y separada de la realidad (*ibid.*).

8. LA PERSONA ¿INTANGIBLE EN EL DERECHO DE LA IGLESIA?

Una vez sentado que el centro de toda la actividad de la Iglesia –y, por tanto, de su Derecho– es la persona y no el poder, resulta de interés preguntarse por las dificultades que, en la práctica, puede encontrar un desarrollo cabal de este planteamiento. Considero muy actuales unas palabras de Pedro Lombardía cuando proponía mejorar la formalización del Derecho Canónico, ya que lo contrario perjudica más al súbdito que al superior: al súbdito, en efecto, “le resulta siempre más difícil en la práctica recurrir al asesoramiento de especialistas y reclamar ante los órganos competentes, con respecto de los que se siente muchas veces geográfica y psicológicamente demasiado lejano”⁴⁴. A eso habría que unir la lentitud con que proceden los órganos administrativos y judiciales “sin darse cuenta de que la justicia lenta es ya, por esta circunstancia, una gran injusticia”⁴⁵. Nos encontramos, en ocasiones, con la paradójica situación de que los notables esfuerzos que se hacen desde muchos tribunales contrastan con la insatisfacción de muchos fieles.

Por eso, a mi entender, todavía hay dos ámbitos de mejora que deberían ejecutarse conjuntamente:

- 1º) el respeto a los cauces de formalización. Esto implica la aplicación fiel de la jerarquía normativa y de los procedimientos de elaboración y promulgación de las leyes –con la precisa y adecuada distinción de funciones en la Iglesia– por razones de seguridad jurídica; y,
- 2º) agilizar los procedimientos: éste ha sido uno de los motivos que ha propiciado la reforma del Papa Francisco en materia matrimonial operada a través del *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*⁴⁶. En efecto, el Papa optó por una razonable simplificación de los procesos de nulidad.

La experiencia demuestra, sin embargo, que no siempre la rapidez es garantía de un proceso justo –no me estoy refiriendo, en concreto, a esta reforma en materia matrimonial–. Quiero decir que cualquier estudioso del Derecho

⁴⁴ P. LOMBARDÍA, *Libertad y autoridad en la Iglesia*, en *Escritos de Derecho canónico*, III, 1973, 493. Una consideración atenta de las necesidades de los fieles nos sitúa también frente a las *necesidades psicológicas*, que tanto influyen en la percepción de la realidad.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Efectivamente, como señala el Papa, la reforma viene motivada por “el enorme número de fieles (...) que se desaniman ante las estructuras jurídicas de la Iglesia, a causa de la distancia física o moral”. PAPA FRANCISCO, *M. P. Mitis Iudex Dominus Iesus, sobre la reforma del proceso canónico para las causas de declaración de nulidad matrimonial en el Código de Derecho Canónico*, 15 de agosto de 2015, disponible en <https://w2.vatican.va/>, [fecha de consulta: 16 de agosto de 2017].

sabe que donde los ojos profanos ven espinas, el jurista descubre las rosas. Los procedimientos formales, la tutela de la jerarquía normativa, la salvaguarda del derecho de defensa y tantos otros medios son, en última instancia, recursos técnicos al servicio de los derechos de los fieles; y, en consecuencia, garantizan su ejercicio. Son, todos ellos, instrumentos *in Ecclesia*, no *contra Ecclesiam*; *pro fidelibus* y no *contra fideles*.

Me serviré de un ejemplo gráfico. Un colega de la Facultad de Derecho leyó un comentario de prensa relacionado con una norma canónica –se refería al M. P. *Come una madre amorevole*– en la que en el art. 2, §2 se lee: “al Obispo se le dará la posibilidad de defenderse”⁴⁷. Sorprendido por esa expresión, tan alejada de las habituales garantías procesales, su interpretación fue: *si el derecho canónico protege así a los obispos ¿qué pasa con nosotros?* Esta pregunta refleja, dos cosas, una buena y otra mala: la mala es que denota una cierta visión estamental; la buena, es que este colega se sabe titular de derechos en la Iglesia y –como jurista–, no puede no sorprenderse.

Pero volvamos al tema central, la consideración de la persona en el ordenamiento canónico. Parafraseando a Errázuriz, diría que sujeto de la salvación es *toda persona* y *toda la persona*. Y eso se refleja en la dimensión jurídica, en la que ninguna verdadera exigencia de la comunión justificaría atentar contra los derechos fundamentales del cristiano individualmente considerado⁴⁸.

En esta materia, se entrelazan cuestiones como el rango y ámbito de aplicación de las leyes y las garantías jurídicas de los derechos de los fieles; que, así como en el ámbito de los ordenamientos civiles –especialmente en los más desarrollados– están, en gran medida garantizadas, no sucede lo mismo en el ámbito canónico.

Entiendo, en este sentido, que parte de la enseñanza de la Iglesia en el siglo XXI debería, o podría ir, en esta dirección. Es decir, sólo en la medida en que el ordenamiento jurídico –respetando el derecho divino y sus específicos *intangibles*– se acomode a los estándares propios de los derechos seculares estará en condiciones de influir positiva y activamente, por ejemplo, en materia de derechos humanos⁴⁹. Especialmente, en cuestiones tan nucleares y

⁴⁷ PAPA FRANCISCO, M. P. *Come una madre amorevole*, 6 de abril de 2016, disponible en <https://w2.vatican.va>, [fecha de consulta: 22 de agosto de 2017].

⁴⁸ C. J. ERRÁZURIZ, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. 1, Introduzione I soggetti ecclesiali di diritto...*, cit., 185. Es decir, no es posible una lesión de los derechos fundamentales alegando el principio de comunión.

⁴⁹ S. Juan Pablo II se había referido a este tema en su primer discurso al Tribunal de la Rota Romana: “El Derecho Canónico cumple una función sumamente educativa, individual y social, en el intento de crear una convivencia ordenada y fecunda en la que germine y madure el desarrollo integral de la persona humano-cristiana. Esta, en efecto, sólo puede realizarse en la medida en que

tan usualmente admitidas como son las garantías jurídicas de un proceso justo⁵⁰.

Cuenta Malinski que en una de las sesiones del Concilio Vaticano II, el entonces obispo Wojtyla presentó una fuerte crítica a uno de los proyectos y dijo: “En el texto presentado, la Iglesia enseña al mundo. Se coloca, por así decirlo, por encima del mundo, convencida de su posesión de la verdad, y exige del mundo que le obedezca. La Iglesia no ha de instruir al mundo desde la posición de la autoridad, sino que ha de buscar la verdad y las soluciones auténticas de los problemas difíciles de la vida humana junto al mundo”⁵¹.

Sin lugar a dudas, la Iglesia actúa en el mundo y debe dialogar con el mundo. Uno de los ámbitos más naturales de ese diálogo se da en el ámbito jurídico –en el sentido más amplio–. De ahí, el interés de afianzar puntos de conexión que son “semillas” de la verdad en la medida en que aspiran a la protección de la persona y de su libertad. Por eso históricamente se han dado entre ellos mutuas influencias. “Pero el deber de la Iglesia y su mérito histórico de proclamar y defender en todo lugar y en todo tiempo los derechos fundamentales del hombre, no la eximen, antes la obligan a ser ante el mundo «*speculum iustitiae*, espejo de justicia». La Iglesia tiene al respecto una responsabilidad propia y específica”⁵².

Sin embargo, como se verá más adelante, no deseo centrarme en ese diálogo *institucional*. . . sino propiamente en la transformación –desde dentro– de las estructuras sociales, culturales y . . . ¿por qué no? jurídicas. . . pero no sólo del Estado sino también de la Iglesia. Explico lo que pretendo decir.

En un artículo de prensa, Rafael Navarro Valls hablaba –en determinada ocasión– de una “catarata de hechos y sentencias en materia religiosa” que,

se niega como individualidad exclusiva, siendo su vocación juntamente personal y comunitaria. El Derecho Canónico consiente y favorece este perfeccionamiento característico en cuanto conduce a la superación del individualismo: de la negación de sí como individualidad exclusiva, lleva a la afirmación de sí como socialidad genuina, mediante el reconocimiento y el respeto del otro como «persona» dotada de derechos universales, inviolables e inalienables, y revestida de una dignidad trascendente” [S. JUAN PABLO II, *Discurso al Tribunal de la Sacra Rota Romana*, «AAS» 71 (1979) 422-27].

⁵⁰ También en el M. P., *Come una madre amorevole*, art. 5, se lee que “en el caso de que la congregación considere oportuna la remoción del obispo, determinará, en función de las circunstancias del caso si emanar, en el menor tiempo posible, el decreto de remoción o exhortar fraternalmente al obispo a presentar su renuncia en un plazo de 15 días”. ¿Es ésta una decisión discrecional o arbitraria? ¿Qué marca la diferencia entre una y otra? Para un desarrollo más a fondo sobre este *Motu Proprio* puede verse: J. MIRAS, *Guía para el procedimiento administrativo canónico en materia penal*, «Ius Canonicum» 57 (2017) 323-85.

⁵¹ A. BUJAK - M. MALINSKI, *Juan Pablo II: historia de un hombre*, Planeta, Barcelona 4ª ed. 1994, 106.

⁵² S. JUAN PABLO II, *Discurso al Tribunal de la Sacra Rota Romana*. . . , cit.

tanto en Europa como en América, están originando una especie de derecho *líquido* que “por ser tan adaptable, con frecuencia, pierde su consistencia. Es el triunfo del llamado *double standard* que (...) implica la actitud «inconsciente, pero siempre inconsistente» de aplicar un doble rasero”⁵³. Una suerte de *abdicación social* que aplica a las religiones –especialmente a la mayoritaria, cuando existe– unos planteamientos y restricciones que jamás se emplearían en materias como el género o la igualdad. Evidentemente, estas actitudes en el Estado son más propias de gobiernos totalitarios o de visiones totalizadoras del poder público⁵⁴. Me remito al artículo en cuestión.

El razonamiento, sumamente plástico, es impecable; y, con las oportunas salvedades, puede aplicarse al ámbito canónico. ¿Por qué en el ámbito eclesial se emplea el *double standard* en determinados procedimientos?; o ¿cómo es posible que un juez, miembro de un tribunal, se plantee la designación del abogado de las partes *ex officio* o la inobservancia de los oportunos trámites procesales?

Estos matices inciden, directamente, en la tutela de la persona y de sus derechos fundamentales. Más aún, “el gran respeto debido a los derechos de la persona humana que deben ser tutelados con todo empeño y solicitud, debe inducir al juez a la observancia exacta de las normas de procedimiento que constituyen precisamente las garantías de los derechos de la persona”⁵⁵.

9. LA LIBERTAD ¿INTANGIBLE DEL DERECHO DE LA IGLESIA?

Cuando se celebró el Concilio Vaticano II, los grandes temas que de manera constante y como planteamiento de fondo, afloraban en todas las sesiones fueron:

1. la común condición de fiel (dignidad, libertad y responsabilidad); y,
2. la mejor comprensión de la estructura jerárquica de la Iglesia⁵⁶.

⁵³ R. NAVARRO-VALLS, *Delito de odio y libertad religiosa*, 16 de agosto de 2017, disponible en <http://www.elmundo.es> [fecha de consulta: 16 de agosto de 2017].

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ S. JUAN PABLO II, *Discurso al Tribunal de la Sacra Rota Romana...*, cit.

⁵⁶ Cfr. P. LOMBARDÍA, *La persona en el ordenamiento canónico*, «Dinámica Jurídica postconciliar» (*Trabajos de la XII Semana de Derecho Canónico*), en *Escritos de Derecho canónico*, III, Pamplona 1974, 74-75. Lombardía –comentando la monografía de Viladrich y empleando sus propias palabras– hablaba de los derechos fundamentales del fiel como explicitaciones subjetivas de la voluntad fundacional de Cristo “consistentes en esferas de autonomía (filiación divina) y esferas de actuación (sacerdocio común)” [P. LOMBARDÍA, *Una monografía sobre los derechos fundamentales del fiel...*, cit., 115].

De la común condición derivan: la dignidad (de ahí que haya hablado de la persona como centro de toda la vida jurídica de la Iglesia; es decir, como intangible), la libertad y la responsabilidad.

Seguidamente, me referiré al segundo intangible: la *libertas filiorum Dei*. Esa condición de libertad supone un ámbito de actividad que cada fiel, bajo su propia responsabilidad, debe desarrollar; un terreno en el que la actividad de la jerarquía será tangencial⁵⁷. Esto implica reconocer zonas de inmunidad, libertades fundamentales que son esferas de ausencia de poder⁵⁸.

Y hablar de libertad me permite volver a enfocar el desarrollo de este estudio en su marco general: *Libertà dei fedeli e gerachia nell'armonia tra i diritti dei fedeli e la comunione ecclesiale*.

No parece necesario hacer un *excursus* sobre qué se entiende por libertad. Pero quede claro que la concibo como uno de los bienes debidos a los fieles, de acuerdo con la riqueza de la auténtica comunidad eclesial que articula los intereses de la persona individualmente con el bien común eclesial⁵⁹.

“La condición de este pueblo es la dignidad y libertad de los hijos de Dios”⁶⁰. Tal condición es principio fundamental de convivencia del pueblo de Dios. Por eso, el Derecho Canónico no se refiere sólo a las manifestaciones de la vida eclesial impulsadas y dirigidas por los pastores, “sino también a aquellas otras que fluyen espontáneamente de la iniciativa de los fieles (...) fruto de su personal responsabilidad, [y] para cuya realización es necesario que le sea reconocido un ámbito de libertad”⁶¹.

Esta legítima autonomía del fiel constituye, además, un punto de confluencia con el derecho secular. Ambos derechos conciben la autonomía como un principio jurídicamente protegible. Como se lee en el canon 227: “Los fieles laicos tienen derecho a que se les reconozca en los asuntos terrenos aquella libertad que compete a todos los ciudadanos (...)”⁶². Es decir, esta autonomía

⁵⁷ Cfr. J. HERVADA y J. BERNAL, *Elementos de derecho constitucional canónico...*, cit., 124.

⁵⁸ Cfr. *ibid.*

⁵⁹ Cfr. C. J. ERRÁZURIZ, *La salus animarum tra dimensione comunitaria ed esigenze individuali della persona...*, cit., 337.

⁶⁰ *Lumen Gentium*, 9.

⁶¹ P. LOMBARDÍA, *Los derechos del laico en la Iglesia...*, cit., 267. De manera más detallada afronta todo el tema de la autonomía Fornés (Cfr. J. FORNÉS, *La condición jurídica del laico en la Iglesia*, «Ius Canonicum» XXVI [1986] 35-62).

⁶² El c. 227 habla específicamente de los laicos; sin embargo, como ya apunté en otra ocasión, “el estudio de los trabajos preparatorios del CIC 83 deja ver que algunos derechos y deberes de los laicos son especificaciones de los propios de los fieles. Es decir, corresponden también a los clérigos a no ser que se indique algo en contrario. Y, en el caso de la libertad en lo temporal, se declara que no corresponde sólo a los laicos, sino a los fieles en general (Cfr. «Communicationes» [1970] 94) (...). En el c. 227 el legislador se refiere a la libertad cuando un fiel *ya está presente* en las

en lo temporal lleva, en la práctica, a realizar la transformación del mundo en el ámbito secular, que es su misión.

En efecto, aunque “el laico oye la voz del Magisterio de la Iglesia (...) debe, con plena responsabilidad y libre de cualquier coacción, resolver a su luz los problemas humanos. Pero para cumplir bien esta misión necesita una doble garantía de libertad: que el Estado no le coaccione en su vida religiosa y que las autoridades eclesiásticas no le coaccionen en sus decisiones temporales”⁶³.

Hemos hablado de misión propia de los fieles, de esferas de autonomía y, obviamente, de carismas impulsados libremente por el Espíritu Santo –que son parámetros trazados por la voluntad salvífica de Cristo– y que sostienen los derechos de los fieles⁶⁴. Por ello no hay duda de que el Derecho canónico es un derecho de libertad, verdadera *legislatio libertatis*, que armoniza “autoridad y carismas, libertad y autoridad, derechos de los fieles y ejercicio de la jurisdicción”⁶⁵.

Ciertamente, el sedimento teológico que nutre y da vida a estas reflexiones reivindica el entendimiento y el entrelazarse de la libertad del cristiano y de la misión de la jerarquía (todos como parte del *unum* que es la Iglesia)⁶⁶. Entiendo que la enseñanza del actual Romano Pontífice, en esta materia, es muy sugerente. Y, aunque en su diagnóstico de la Iglesia del siglo XXI no puede ignorar las sombras –pues echa de menos “la penetración de los valores cristianos en el mundo social, político y económico”⁶⁷–, el Papa proyecta con

cuestiones temporales. Mientras que la libertad para *dedicarse* o no a los *negotia saecularia* afecta más bien a la condición del sujeto y nos permite distinguir entre laicos, clérigos y fieles consagrados (específicamente, los religiosos). Por ello, un clérigo, por razón de su ministerio, y en la medida en que pueda y deba inmiscuirse en los asuntos temporales gozará de libertad. Lo mismo sucederá con los religiosos”. [Cfr. M. BLANCO, *Protezione della libertà e dell'identità cristiana dei laici*, «Ius Ecclesiae» 23 (2011) 309].

⁶³ P. LOMBARDÍA, *Los laicos en el Derecho de la Iglesia*, en *Escritos de Derecho canónico, II*, Pamplona 1974, 203-4.

⁶⁴ Con precisión dice Errázuriz: “Estos derechos dependen ante todo del derecho divino, y en ellos juega un papel muy significativo la libertad de los mismos fieles, mediante la cual ellos contraen matrimonio, siguen otras vocaciones en la Iglesia, se asocian, eligen en buena medida dónde y cómo participar en los bienes salvíficos, etc.” (C. J. ERRÁZURIZ, *¿Qué es el derecho en la Iglesia?*, Pamplona 1ª ed. 2011, 72-73).

⁶⁵ J. HERVADA, *Personalidad científica de Pedro Lombardía*, en *Vetera et Nova, II*, Pamplona 1991, 1045.

⁶⁶ “Por derivarse una y otra del único sacerdocio de Cristo y, al mismo tiempo distinguibles, como lo son el sacerdocio común y el sacerdocio ministerial” [P. LOMBARDÍA, *La persona en el ordenamiento canónico*, «Dinámica Jurídica postconciliar» (Trabajos de la XII Semana de Derecho Canónico)... , cit., 75].

⁶⁷ PAPA FRANCISCO, *Evangelii Gaudium: Exhortación Apostólica sobre el anuncio del Evangelio en el mundo actual*, 102. Sigue diciendo: “Se limita muchas veces a las tareas intraeclesiales sin un compromiso real por la aplicación del Evangelio a la transformación de la sociedad”.

fuerza sus luces para proponer un desafío pastoral importante: “La formación de laicos y la evangelización de los grupos profesionales e intelectuales”⁶⁸.

Para acometer este desafío se hace imprescindible eludir cualquier planteamiento que pueda dar a entender que hay “cristianos de segunda clase”; y, por el contrario, ver en cada uno de los bautizados, discípulos de Cristo, “che in forza del loro Battesimo e del loro naturale inserimento «nel mondo» sono chiamati ad animare ogni ambiente, ogni attività, ogni relazione umana secondo lo spirito evangelico (cfr. LG 31), portando la luce, la speranza, la carità ricevuta da Cristo in quei luoghi che, altrimenti, resterebbero estranei all’azione di Dio e abbandonati alla miseria della condizione umana (cfr. GS 37). Nessuno meglio di loro può svolgere il compito essenziale di «iscrivere la legge divina nella vita della città terrena» (ibid., 43)”⁶⁹.

10. LA JERARQUÍA Y LA COMUNIÓN: DOS INTANGIBLES INSEPARABLES

Para aquilatar el papel de la jerarquía en este contexto, conviene tener presente que sacerdocio común y sacerdocio ministerial son participaciones del único sacerdocio de Cristo; es decir, el sacerdocio común no es participación del sacerdocio ministerial⁷⁰. De modo similar, la misión de los fieles, en cuanto fieles, no es una participación en la misión de los sagrados pastores sino que ambas son participación de la misión total de la Iglesia confiada por Cristo a los apóstoles⁷¹.

La eclesiología conciliar, en efecto, quiso replantear el papel de la jerarquía y lo hizo “en clave de servicio, servicio que se cumple garantizando a los fieles

⁶⁸ *Ibid.*, 102.

⁶⁹ PAPA FRANCISCO, *Mensaje dirigido a los participantes de la Jornada de estudio organizada por el Pontificio Consejo de Laicos, en colaboración con la Universidad Pontificia de la Santa Cruz de Roma, sobre la vocación y misión de los laicos*, 24 de octubre de 2015, disponible en <http://www.laici.va/>, [fecha de consulta: 21 de agosto de 2017].

⁷⁰ “El sacerdocio ministerial o jerárquico de los obispos y de los presbíteros, y el sacerdocio común de todos los fieles, «aunque su diferencia es esencial y no sólo en grado, están ordenados el uno al otro; [...] ambos, en efecto, participan (LG 10), cada uno a su manera, del único sacerdocio de Cristo» (LG 10). ¿En qué sentido? Mientras el sacerdocio común de los fieles se realiza en el desarrollo de la gracia bautismal (vida de fe, de esperanza y de caridad, vida según el Espíritu), el sacerdocio ministerial está al servicio del sacerdocio común, en orden al desarrollo de la gracia bautismal de todos los cristianos. Es uno de los *medios* por los cuales Cristo no cesa de construir y de conducir a su Iglesia. Por esto es transmitido mediante un sacramento propio, el sacramento del Orden” (IGLESIA CATÓLICA (ed.), *Catecismo de la Iglesia Católica*, Madrid 1999, n. 1547).

⁷¹ Cfr. V. GÓMEZ-IGLESIAS C., *Alcance canónico de la corresponsabilidad y participación de los fieles en la misión de la Iglesia*, «Fidelium Iura» (1999) 199.

el libre ejercicio de los derechos⁷². Es decir, la jerarquía eclesiástica ha sido instituida para administrar los bienes de la salvación; por eso está al servicio de cada bautizado y lo hace con el ejercicio de los *tria munera*: el *munus docendi*, el *munus sanctificandi* y el *munus regendi*.

No es infrecuente en la literatura especializada encontrar referencias a los riesgos de colisión entre la acción de la jerarquía y los carismas e iniciativas de los fieles. En ocasiones se plantea el tema como si fueran principios inversamente proporcionales; de modo que, cuanto mayor es la libertad de los fieles, menor es el ejercicio de la autoridad jerárquica; como si el ejercicio de la autoridad quedara diluido por el reconocimiento de una amplia libertad en favor de los fieles.

En el fondo, estos planteamientos reflejan, a mi entender, una concepción de la libertad desligada del derecho divino y, por tanto, no es la libertad propia de los hijos de Dios. Y, en segundo lugar, una actitud de desconfianza ante el ejercicio de una sana y legítima libertad; que se basa, en palabras del Romano Pontífice, en una idea de los fieles laicos como “cristianos de segunda clase”⁷³.

¿Cómo superar los eventuales riesgos que, sin lugar a dudas, pueden darse entre autoridad de la jerarquía y libertad de los fieles? Muy sintéticamente, señalaría tres cosas: 1º) con la fidelidad personal; 2º) con la salvaguarda del principio de comunión y 3º) con un gobierno justo. Cada uno de esos aspectos no sólo colaboran a la armonía entre la libertad de los fieles y la jerarquía de la Iglesia; sino que cada uno *non solum oportet sed necessarium est*.

La *fidelidad personal* a las radicales exigencias de la unión con Dios, es el único modo de ser realmente “sensibles a los impulsos del Paráclito, en cuya acción está asegurada la armonía entre los dones jerárquicos y los carismáticos”⁷⁴. Y esto se aplica a todos los fieles.

⁷² N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Derecho canónico y codificación: Alcance y límites de la asunción de una técnica*, «Ius Canonicum» 51 (2011) 117. Y sigue diciendo: “La realización de la justicia intraeclesial en su nivel constitucional, exigirá la menor elasticidad de sus normas, así como la posibilidad de resolver posibles conflictos entre las leyes y su aplicación y los derechos fundamentales”. En nota 57 señala: “La propuesta de Pedro Lombardía y de sus discípulos de LEF, puede verse en Redacción Ius Canonicum, *El proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia. Texto bilingüe y análisis crítico*, Pamplona 1971. Particular interés tiene la *Panorámica del proyecto*, que realiza el mismo Lombardía a modo de entrevista (cfr. pp. 76-100)”.

⁷³ Cfr. PAPA FRANCISCO, *Mensaje dirigido a los participantes de la Jornada de estudio organizada por el Pontificio Consejo de Laicos, en colaboración con la Universidad Pontificia de la Santa Cruz de Roma, sobre la vocación y misión de los laicos...*, cit. La doctrina científica trabajó, sobre todo a raíz del concilio Vaticano II esta materia. Por todos, véase J. FORNÉS, *La noción de «status» en derecho canónico*, Pamplona 1975.

⁷⁴ P. LOMBARDÍA, *Libertad y autoridad en la Iglesia*, en *Escritos de Derecho canónico*, Pamplona 1974, 482.

Por otra parte, y como señala Dalla Torre, el *principio de comunión* es un principio que pertenece desde siempre a la experiencia de la Iglesia pero fuertemente impulsado en las deliberaciones del Concilio Vaticano II. Eclesiología de comunión que intenta recuperar una visión más amplia: la entera realidad divino-humana de la Iglesia, poniendo de relieve como factores fundantes algunos elementos (sacramentos, Palabra de Dios, carismas) que no son trasladables a la experiencia jurídica secular⁷⁵.

Para los fieles, en efecto, la *communio* (tanto la *hierachica* como la *fideliium*)⁷⁶ no es un límite, sino un bien que genera situaciones jurídicas concretas; basta referirse a lo establecido en los cc. 213 y 217⁷⁷.

Por otra parte, tal y como señala el c. 209, §1. “Los fieles están obligados a observar siempre la comunión con la Iglesia, incluso en su modo de obrar”. Este canon “corroborra y subraya cómo la obligación de observar la comunión con la Iglesia afecta no sólo a la condición de vida del fiel, sino también a toda su actuación. O en otras palabras, que para cumplir con esta obligación no le basta al fiel con permanecer en la Iglesia, sino que todas sus actuaciones han de salvaguardar positivamente la comunión, sin lesionar en modo alguno los vínculos de ésta: de la profesión de fe de los sacramentos y del régimen eclesiástico (c. 205)”⁷⁸.

Dado que la Iglesia vive y se desarrolla en el mundo (entre personas, también con sus debilidades), resulta imprescindible la ayuda de los medios en justicia atribuidos tanto a la jerarquía como a los fieles⁷⁹. Es decir, es necesario el Derecho, que está en la base del orden eclesial y que, necesariamente, debe

⁷⁵ Cfr. G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico...*, cit., 83. “Rappresenta uno degli elementi che maggiormente distingue la logica dell’ordinamento canonico da quella degli ordinamenti secolari, imponendo una differente concezione non solo dei rapporti tra le varie istanze gerarchiche all’interno della Chiesa tra le due differenti dimensioni (Chiesa universale e chiese particolari) ma degli stessi diritti soggettivi con il cui fondamento nella Chiesa non è di tipo individualistico ma comunitario” (*ibid.*).

⁷⁶ Cfr. M. SEMERARO, v. *Communio*, en *Diccionario general de derecho canónico*, II, Instituto Martín de Azpilicueta, Pamplona 2005, 283-288.

⁷⁷ Canon 213: “Los fieles tienen derecho a recibir de los Pastores sagrados la ayuda de los bienes espirituales de la Iglesia principalmente la palabra de Dios y los sacramentos”. Canon 217: “Los fieles, puesto que están llamados por el bautismo a llevar una vida congruente con la doctrina evangélica, tienen derecho a una educación cristiana por la que se les instruya convenientemente en orden a conseguir la madurez de la persona humana y al mismo tiempo conocer y vivir el misterio de la salvación”.

⁷⁸ Cfr. D. CENALMOR, «Comentario al c. 209», en Á. MARZOA ET AL. (eds.), *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, II, EUNSA, Pamplona 3ª ed. act. 2002, 66.

⁷⁹ “Por ejemplo, privar a alguien de la autenticidad de la palabra o de los sacramentos (si no hay obstáculos puestos por el propio sujeto), o de la legítima libertad, constituye una injusticia de especial gravedad. En efecto, los actos que contradicen jurídicamente la comunión, o sea los actos en los cuales el fiel es injusto con sus hermanos, afectan a los vínculos externos que lo ligan a la

de tender a salvaguardar la libertad; de modo tal, que la condición libre de los hijos de Dios no sea solamente un vacío de coacción, sino algo exigible, un derecho a ver respetada la propia autonomía⁸⁰.

Podemos mantener, por tanto, que la libertad, los derechos de los fieles y la comunión son parte de los intangibles –de derecho divino– que no se pueden modificar, alterar o sustraer a ese Derecho.

Por eso, entre otras cosas, los fieles tienen derecho a un gobierno justo. Esta afirmación trae consigo que quienes gobiernan en la Iglesia (con base en lo establecido por las normas generales y con la debida aplicación de la equidad) ofrezcan, además, un servicio de declaración y tutela de lo justo; incluyendo los procesos y las penas, y todos los aspectos (oír a las partes, claridad y coherencia, comunicación y cuestiones similares) que integran el buen gobierno. Es de tal envergadura e importancia esa justicia que es legítimo su control mediante recursos administrativos y contencioso administrativos, superando el equivocado personalismo en la Iglesia.

En definitiva, la prudencia de los gobernantes en la Iglesia debe considerar siempre con atención los aspectos de la justicia, por supuesto también, los formales y técnicos como la formulación precisa de las normas y los procedimientos que son indispensables para la operatividad humana del derecho⁸¹.

11. SUGERENCIAS CONCLUSIVAS

Con palabras de la Constitución conciliar *Gaudium et Spes* diré que “la Revelación cristiana presta gran ayuda para fomentar la comunión interpersonal y, al mismo tiempo, nos lleva a una más profunda comprensión de las leyes que regulan la vida social, y que el Creador grabó en la naturaleza espiritual y moral del hombre”⁸². Y entiendo que esto es aplicable, plenamente, a la vida jurídica.

En esta línea, y con base en lo que hemos dicho hasta ahora, señalaría algunos ámbitos especialmente relacionados con algunos de los derechos de los fieles y que, con el impulso de la jerarquía, podrían ayudar a una verdadera penetración de los valores cristianos en el mundo social.

Iglesia y que pertenecen a su camino personal de salvación” (C. J. ERRÁZURIZ, *¿Qué es el derecho en la Iglesia?*, Pamplona 1ª ed. 2011, 67).

⁸⁰ Cfr. P. LOMBARDÍA, *Estructuras eclesíásticas y Derecho* [publicado en «Palabra», 56, abril de 1970, pp. 14-45], en *Escritos de Derecho canónico*, III, Pamplona 1974, 125.

⁸¹ Cfr. C. J. ERRÁZURIZ, *¿Qué es el derecho en la Iglesia?*... cit., 73.

⁸² *Gaudium et Spes*, 23.

Me refiero, concretamente, a la educación, el matrimonio, la comunicación y la ecología. Como respuestas concretas en las que la libre actuación de los fieles –como expresión también de sus personales carismas y vocaciones– con el compromiso social que esa respuesta implica, puede dejar una impronta verdaderamente cristiana.

Termino con palabras de S. Pablo VI en el *Acto conmemorativo del 50 aniversario de la promulgación del CIC*: “Giacché la Chiesa, essendo una comunità non solo spirituale, ma visibile, organica, gerarchica, sociale e ordinata, ha bisogno anche di una legge scritta e postula organi adatti che la promulgano e la fanno osservare, non tanto per mero esercizio di autorità, ma proprio per la tutela della essenza e della libertà sia degli enti morali, sia delle persone fisiche che compongono la Chiesa stessa”⁸³.

⁸³ PAULO VI, *Acto conmemorativo del 50 aniversario de la promulgación del CIC*, «L'Osservatore Romano» del 30 de mayo de 1967.

«OMNIS DEFINITIO PERICULOSA EST». CATEGORIE FONDAMENTALI E LINGUAGGIO DEI CODICI

Chiara Minelli*

La celebrazione dei cento anni della codificazione piobenedettina si offre quale occasione propizia per condividere alcuni spunti che appartengono a una ricerca più vasta sui linguaggi dei codici di diritto canonico novecenteschi, impostata secondo un indirizzo metodologico che intende valorizzare l'interazione tra linguaggio e diritto, in quanto complessi istituzionali¹. Un'interazione suscettibile di letture diacroniche e sincroniche che consentono di identificare le questioni cruciali delle diverse branche in cui si declina l'esperienza giuridica e che, sia nella solidità del loro ancoraggio alla tradizione sia nell'autenticità della loro apertura ai processi innovativi in corso, delineano percorsi interdisciplinari decisamente convenienti in una prospettiva qual è la nostra che non intende rassegnarsi alla marginalizzazione del diritto canonico nel travaglio culturale della cosiddetta postmodernità.

Il punto di vista di questo intervento invero è piuttosto specifico, tocca cioè il tema della definizione giuridica a partire da alcune significative occorrenze, emerse nello studio della documentazione – archivistica, edita e inedita – relativa ai processi di codificazione del secolo scorso, di cui subito si darà conto. Peraltro, a livello di teoria generale, pare difficilmente contestabile che «la forma, il ruolo, il valore, le fonti delle definizioni» continuino a rappresentare «un campo fertile per riflessioni che intrecciano diversi ambiti del diritto e

* Università degli studi di Brescia.

¹ Intendendo per istituzione, nel suo nucleo essenziale, quell'«opera superindividuale che la coscienza comune, grazie alla costante ripetizione di comportamenti individuali, proietta al di fuori e al di sopra della labilità dei singoli impulsi e volontà, costituendo quel nodo di rapporti organizzativi, funzioni, valori in cui l'istituzione consiste, quel nodo che viene ad assumere una realtà autonoma con una vita stabile all'interno dell'esperienza sociale», P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, pp. 29-30. In questo senso sul versante giuridico si rivisitino almeno le pagine di Santi Romano, segnatamente *Id.*, *L'Ordinamento giuridico*, (1918), Firenze, 1946²; e su quello linguistico, i saggi di Giovanni Nencioni, in particolare *Id.*, *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, Scuola Normale Superiore, Pubblicazioni della Classe di Lettere e filosofia, V, Pisa, 1989.

invitano gli studiosi a riflettere sulla dichiarazione dell'«essenza delle cose»² e dunque non si può escludere che un abbrivio di riflessione in proposito a livello canonistico possa rivelarsi particolarmente fecondo proprio per la finalità ultima che s'intende perseguire.

In ogni caso, il tema è in sé e per sé nodale in quanto lambisce necessariamente «le più delicate questioni del rapporto tra giuridicità e linguaggio»³, ovvero «del prescrivere dicendo, dell'utilizzazione del linguaggio, per lo più scritto, come *medium* principale per quell'opera di modellazione dell'assetto della società, che al diritto viene tradizionalmente chiesta o attribuita»⁴. Del resto, pare difficilmente contestabile che l'intervento definitorio da parte del legislatore di tutti i tempi punti in buona sostanza a «ridurre la vaghezza tipica della maggior parte delle parole e quindi dei discorsi nell'uso ordinario» per rispondere alla domanda di certezza «legata all'esigenza dei singoli di sapere quale sarà la qualificazione giuridica delle loro azioni»⁵.

Si tratta dunque di una «questione davvero formidabile che, sospesa tra imprescindibilità ed irresolubilità (...) rappresenta una sfida costante per chi, da teorico o da pratico, si accosti alla fenomenologia giuridica per come veicolata dal prodotto normativo (e non solo)»⁶.

Tanto formidabile quanto antica, se si pensa alla fortuna del notissimo passo di Giavoleno, giurista dei maggiori, attivo tra il I e il II sec. d. C.: «Omnis definitio in iure civili periculosa est: rarum (o parum) est enim, ut non subverti possit»⁷.

Benché, «ad onta di un impegno interpretativo secolare»⁸, non si possa registrare una piena uniformità di vedute circa la portata di questo frammento⁹,

² M. TOMASI, *Premessa. Il gioco delle definizioni*, in *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, a cura di F. CORTESE e M. TOMASI, Università degli studi di Trento, Napoli, 2016, p. 11.

³ *Ivi*, p. 4.

⁴ P. CARNEVALE, *Diritto, normazione e ambiguità*, in «Diritto pubblico», (2012)/2, p. 353. Cfr. R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2011, e prima ancora almeno N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in «Rivista trimestrale del diritto e procedura civile» 4 (1950)/2, 342-367; M. JORI, *Definizioni e livelli di discorso giuridico*, in A. BELVEDERE, M. JORI, L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979, pp. 481 ss.; U. SCARPELLI, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in U. SCARPELLI, P. DE LUCIA, (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, pp. 87-93.

⁵ G. PINO, *Linguaggio giuridico*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e di diritto positivo*, Torino, 2013, p. 275.

⁶ P. CARNEVALE, *Diritto, normazione e ambiguità*, cit., p. 353.

⁷ Il frammento è posto quasi a chiusura dell'ultimo titolo *de diversis regulis iuris antiqui* dell'ultimo libro del Digesto: D. 50, 17, 202, (Jav. 11 *epist*).

⁸ B. ALBANESE, «Definitio periculosa». *Un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, vol. III, Padova, 1970, p. 229.

⁹ Risulta infatti piuttosto difficile raggiungere la completezza delle indicazioni bibliografiche in proposito, dato che «probabilmente non vi è scritto, antico o recente, a carattere sintetico o generale,

di cui si giunti a discutere perfino la stessa effettiva, sostanziale ascrivibilità al suo autore ufficiale¹⁰, di fatto l'aforisma di Giavoleno «è stato sovente addotto come testimonianza significativa di atteggiamenti generali della giurisprudenza romana e addirittura dello stesso genio giuridico romano»¹¹. Basti riflettere sulla netta preponderanza, nei testi del *Corpus Iuris*, dei riferimenti alle attività umane colte «nel loro “farsi”» e «muovendo da questo “farsi”»¹², «onde renderle e regolarle in una visione dinamica, sempre aperta a più puntuali descrizioni e normazioni, piuttosto che esprimerne una visione statica e chiusa»¹³ e sul dato di fatto conseguente, essendo rimaste «senza vera definizione» non poche nozioni fondamentali, quali «*actio, dominium, possessio, servitus, pignus, obligatio, contractus, delictum, heres, legatum, dos*» oltre a quelle di carattere più strettamente pubblicistico, «da *imperium, potestas, auctoritas a iurisdictio e iudicium*, per dire solo le maggiori»¹⁴. È fuor di dubbio quindi che «in luogo di una raccolta di immagini irrigidite e composte in tanti loculi, bellamente ordinati» il genio romano preferisse «cogliere la vita nella sua perenne dinamica»¹⁵. Di qui l'attitudine prevalente a collocarsi «dal punto di vista “processuale” anziché da quello “sostanziale”» ovvero l'impostazione argomentativa costruita sul «piano delle *actiones*» più che su quello delle situazioni presupposte o conseguenti¹⁶. Oggi, «abituati come siamo a non muover passo se non partendo da una definizione (in mancanza della quale ci sembra impossibile procedere “scientificamente”), tutto questo può apparire incredibile e inammissibile»¹⁷, eppure, secondo l'efficace sintesi di Olís Robleda, «i Romani non si assoggettarono mai alle regole generali del diritto positivo, quali ciechi servi di esso, consapevoli che la vita è in perenne mutamento e che, di conseguenza, le regole positive generali da applicare sono anch'esse mutevoli e cangianti»¹⁸. Il medesimo atteggiamento di fondo si rinviene in un altro frammento che ha esercitato una profondissima influenza nella tradizione giuridica occidentale, questa volta di Paolo e che vale la pena richiamare qui letteralmente, almeno nel suo primo lemma: «Regula

sul diritto romano, che non esprima, sia pur di volo, un'interpretazione del nostro passo; né, d'altro lato, vi è opera giuridica non romanistica che, occupandosi dei criteri di interpretazione, non citi D. 50, 17, 202, magari mutilandolo in qualche sua parte», *ivi*, p. 230.

¹⁰ Cfr. F. REINOSO BARBERO, 'Definitio periculosa': ¿Javoleno o Labeon?, in «Bollettino dell'Istituto di diritto romano» 90 (1987), pp. 285 ss.

¹¹ B. ALBANESE, «Definitio periculosa», *cit.*, p. 230.

¹² R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 149.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ D. QUAGLIONI, *Il diritto e le definizioni*, in *Le definizioni nel diritto*, *cit.*, p. 15.

¹⁵ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, *cit.*, p. 149.

¹⁶ V. *Ibidem*.

¹⁷ Così D. QUAGLIONI, *Il diritto e le definizioni*, in *Le definizioni nel diritto*, *cit.*, p. 15.

¹⁸ O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Roma, 1979, II, ed., pp. 35-36.

est quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat»¹⁹.

Nessuna sorpresa dunque che l'aforisma di Giavoleno nei suoi svariati corollari – «richiami generali all'empirismo caratteristico di ogni scienza giuridica; (...) rilievo della natura storica dei fenomeni giuridici, non rigidamente schematizzabili; consapevolezza della fatale caducità delle codificazioni; avvertenza della precarietà di ogni "dogmatica giuridica" e via discorrendo»²⁰ – sia «quasi passato in proverbio ben al di là della cerchia dei cultori del diritto romano»²¹.

Ed è del tutto verosimile che in quest'ottica proverbiale circolasse nei dialoghi serrati che animavano i lavori preparatori del primo Codice di diritto canonico. Tuttavia, alla luce dei dati di cui si offrirà qui una campionatura essenziale, anche relativa alle due successive esperienze codificatorie, non si può del tutto escludere la presenza più o meno riflessa di un'intenzione più profonda ed in qualche misura esemplare.

Come documentato negli studi più significativi in materia, il «carattere largamente definitorio» del *Codex Iuris Canonici* del 1917²², quale emerge nel ricorso non sporadico alle definizioni e nell'introduzione di vere e proprie classificazioni, obbedisce a quell'esigenza di «semplificazione» e di «riduzione della complessità» che aveva orientato l'opzione per la forma Codice²³. Ed è proprio nel mutamento della tecnica legislativa, in essa implicata, che risulta maggiormente evidente «la rottura epistemologica col passato»²⁴. Vi si registra cioè il passaggio nell'enunciazione della norma dalla forma tradizionale che, modulandosi secondo «una casistica particolareggiata delle possibili situazioni di fatto e delle correlative situazioni di diritto»²⁵, «era destinata a riprodursi all'infinito» senza mai raggiungere l'agognata completezza, a quella tipica dei codici moderni, che, elevandosi «ad una disciplina generale dei casi singoli mediante principi e astrazioni»²⁶, «si avvantaggiava sulla realtà empirica mediante un processo di *generalizzazione* operato dal giurista»²⁷.

¹⁹ Iustiniani *Digesta* recognovit Theodorus Mommsen retractavit Paulus Frueger, in *Corpus Iuris Civilis*, I, cit., 920.

²⁰ B. ALBANESE, «*Definitio periculosa*», cit., p. 230.

²¹ *Ibidem*.

²² Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Tomo II, *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Milano, 2008, p. 1099.

²³ Cfr. *ivi*, pp. 1094-1095.

²⁴ *Ivi*, p. 1098.

²⁵ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Tomo II, *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Milano, 2008, p. 1098.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

L'operazione, nella disomogeneità inevitabile delle sue molteplici declinazioni e nella vastità complessiva che la connotano, non è naturalmente esente da rischi, tra cui quello legato alla difficoltà di intervento sulla plurisecolare compenetrazione tra dimensione strettamente giuridica e dimensioni speculativo/teologico/dottrinale, che caratterizza il diritto canonico fin sulla soglia della codificazione. La percezione chiara del problema emerge lucidamente nei dibattiti che preparano la redazione del libro dedicato alle norme generali. Emblematica in tal senso la posizione di Carlo Lombardi, membro attivo della Consulta parziale prima e della plenaria poi, presiedute da Gasparri ed incaricato della redazione di un *Votum De constitutionibus*²⁸. Il canonista dell'Apollinare, coerentemente con le scelte già operate nelle sue *Institutiones*, 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 pontificie²⁹. 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 prae oculis habere adagium, iuxta quod: *omnis definitio periculosa est*»³⁰. 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.»³¹. A questi temi egli si era dedicato nella sua produzione scientifica in modo originale e senza risparmio³²; tutta-

²⁸ Cfr. C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Torino, pp. 46-48.

²⁹ Cfr. C. LOMBARDI, *Iuris canonici privati institutiones*, Romae, 1901, p. 36 e *CODEX IURIS CANONICI, Titulus I De Constitutionibus. Votum R.mi D.ni Caroli Lombardi consultoris*, Romae, 1904, (d'ora innanzi *Votum Lombardi*), p. 5, in Archivio Segreto Vaticano (d'ora innanzi ASV), *Fondo Codex Iuris Canonici* (d'ora innanzi *Fondo CIC*), scatola 13.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Votum Lombardi*, p. 5.

³² Meritano peraltro almeno un cenno le preoccupazioni sostanziali che animavano le sue *Institutiones*, in quanto documentano con chiarezza la necessità di una riflessione profonda circa il fondamento ultimo del diritto per una adeguata comprensione dell'essenza stessa del fenomeno legislativo. Secondo il docente dell'Apollinare, «quaerere quoniam sit iuris fundamentum idem est ac investigare quo fonte legum vis derivetur, seu quaenam sit ultima ratio, propter quam legibus obtemperandum sit». Invano faticherebbero il legislatore nel dettare la legge ed il giurista nell'interpretarla, se non risultasse in modo manifesto la corrispondenza tra la ragione umana e la regola giuridica «a qua recedere piaculum est». 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». Se così non fosse, l'uomo finirebbe per essere «ipse sibi finis ultimus, ac proinde officiorum et legum incapax»: 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

via ora li accantona in un'ottica molto pratica³³. La discussione in seno alla Consulta parziale riflette una sintonia di fondo con l'impostazione pragmatica prospettata anche nell'altro voto acquisito a firma del consultore Augusto Sili³⁴. Una impostazione che si rafforza e si affina nel corso dei lavori lasciando cadere, le proposte che, in ragione della loro specificità o della loro natura filosofica e dogmatica, prime fra tutte quelle relative ai caratteri essenziali della legge, segnatamente la sua *rationabilitas*, mal si prestavano ad integrare una normativa generale ed astratta sul modello dei Codici moderni³⁵. Merita almeno un cenno il voto isolato, ma assai suggestivo, 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»³⁶. Una richiesta, decisamente fuori dal coro, che il suo autore giustifica nelle note che la accompagnano: a suo dire la definizione di per sé «fa capo alla cosa e le dà tono»³⁷, 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»³⁸. Per questo «il ius canonicum e il civile non sono

senz'altro respinte tutte le opinioni in voga che tendono a censurare o ad oscurare l'aspirazione costitutiva dell'uomo verso il bene infinito. Cfr. C. LOMBARDI, *Iuris canonici privati institutiones*, cit., pp. 36-37 e C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica*, cit., p. 46.

³³ Come egli rileva: «nam, quidquid doctores disputent, certum est legislatores nolle per leges suas obligare, nisi fuerint promulgatae» *Votum Lombardi*, p. 5.

³⁴ CODEX IURIS CANONICI, *Titulus I De Constitutionibus, Votum R.mi D.ni Augusti Sili*, Romae, 1905, in ASV, *Fondo CIC*, scatola 13. 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 incipiuntur 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.

³⁵ 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 episcoporum in ordinem digesta a B. Klumper consultore*, Romae, 1905, p. 10, in ASV, *Fondo CIC*, scatola 4.

³⁶ P. BENEDETTI, *Titulus I. De legibus seu de constitutionibus*, in ASV, *Fondo CIC*, scatola 13.

³⁷ Si è ritenuto di correggere la lettera della nota di Benedetti che scrisse: «fa capo alla cosa e gli dà tono», *ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

alieni dal dare le definizioni»³⁹. E poi «perché non dir nulla delle proprietà delle leggi?»⁴⁰; anche perché «se il codice deve astenersi dalle cose note, poco gli resta da dire»⁴¹.

Un monito quest'ultimo che, nella sua marginalità, riflette un'altra sfumatura della resistenza del codificatore verso le definizioni, e cioè la convinzione che la gran parte di esse, quelle basilari ed essenziali, come la nozione sostanziale di legge, appartengano di fatto, almeno nella mentalità dei più, al novero delle «cose note».

In ogni caso, il prevalere dell'indirizzo pragmatico segna la sorte del richiamo ad un'altra categoria fondamentale del diritto canonico, l'*aequitas* che, come la *rationalitas*, 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»⁴². E infatti, l'inserimento tardivo del riferimento all'*aequitas canonica* nella norma contenente il diritto suppletorio potrebbe dipendere da quella medesima resistenza verso affondi dottrinali, avvertiti come estranei e potenzialmente contrari alla funzione pratica del Codice⁴³. In questo senso, va rimarcata la centralità di un intervento che investe l'intera struttura del futuro canone 20 da parte del Wernz il quale «lascierebbe pochi canoni, togliendo quelli che sono meramente dottrinali»⁴⁴. Tale indirizzo trova conferma anche nei dibattiti di poco successivi riguardanti l'elaborazione della disciplina di quegli atti tipici che nella revisione postconciliare saranno riuniti sotto il titolo *de actibus administrativis singularibus*, suscitando non poche discussioni anche per la disomogeneità della categoria e per la mancanza appunto di una vera e propria definizione⁴⁵. Merita un cenno specifico almeno l'osservazione di De Lai che nel corso della codificazione piobenedettina segna il progressivo ed irreversibile processo di obiettivazione della fisionomia dei rescritti e che in qualche misura prepara la soluzione del

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² 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, Milano, 2015, p. 290; cfr. ID., *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÈ, Milano, 2013, p. 220.

⁴³ V. sul punto, C. MINELLI, *Il Codex Iuris Canonici e le risorse del sistema: il richiamo dell'«aequitas canonica»*, in «Ephemerides Iuris Canonici» 57(2017)/2, pp. 458 ss. Cfr. ID., *Le fonti dello «ius singulare». L'esperienza delle codificazioni*, Padova, 2000, pp. 147 ss.

⁴⁴ *Consulta parziale del 20 novembre 1904*, Mgr. Gasparri Presidente, Mgr. Giustini, Mgr. De Lai, Mgr. Melata, Mgr. Sili, Mgr. Lombardi, P. Wernz, P. Buceroni, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

⁴⁵ V. C. MINELLI, *Le fonti dello «ius singulare»*, cit., pp. 177 ss.

Codice vigente: «*quidquid sit del diritto antico, occorre fare una legislazione pratica, oggettiva*»⁴⁶.

La revisione postconciliare, in uno scenario culturale ed ecclesiale profondamente mutato, non smentisce questa linea di tendenza che si corrobora in una rinnovata concezione strumentale del Codice. Qualora non si condividesse del tutto il giudizio pur suggestivo di Eugenio Corecco per il quale «la nuova codificazione non è più condotta nel segno della penetrazione razionale dell'ordinamento canonico, ma nel segno dello svolgimento istituzionale e giuridico dei contenuti della fede»⁴⁷, sarebbe comunque difficile negare che anche il tema della definizione giuridica ne esca in qualche modo rivisitato.

Oltre agli sviluppi delle norme generali che approfondiscono il solco tracciato dal legislatore del 1917, basti accennare al tema cruciale della definizione del matrimonio alla luce del magistero conciliare. Le difficoltà di ordine metodologico durante la revisione scaturiscono ancora una volta dalla cautela nel dare definizioni⁴⁸. Una cautela resa però più accorta nell'oggetto allo studio dalla consapevolezza che esso reclama una sintesi nuova, capace di ripensare la fisio-nomia contrattuale del vincolo matrimoniale, segnatamente nella sua relazione con l'oggetto del consenso e con la gerarchia dei fini scolpiti nel 1917: come dirà il consultore Barbarena nel suo voto, «*omnis definitio in iure periculosa est, in hac autem materia periculosissima*»⁴⁹. Così l'idea di tradurre nel Codice la definizione della *Gaudium et spes* suscita non poche perplessità sin dalle prime riunioni del *Coetus*. Agli orientamenti del tutto negativi circa l'opportunità in sé di una qualsivoglia definizione – come afferma Lourdusamy «*nos matrimo-*

⁴⁶ *Consulta parziale del 2 gennaio 1905, Mons. Gasparri Presidente, Mgr. Giustini, Mgr. De Lai, Mgr. Melata, Mgr. Pompili, Mgr. Giorgi, P. Wernz, P. Buceroni, P. Palmieri, P. Pio da Langogne, E. Pacelli assistente, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.*

⁴⁷ E. CORECCO, *I presupposti culturali ed ecclesiologici del nuovo Codex*, in *Ius et Communio. Scritti di diritto canonico*, a cura di G. BORGONOVO e A. CATTANEO, Lugano-Casale Monferrato, p. 627.

⁴⁸ Il *Coetus* si preoccupa di sgombrare il campo da tutte le definizioni «*quae normam agendi non continent neque normis agendi fundamentum praebent*» e che pertanto «*in Codice ponenda non sunt*». Nessuno obietta alla ferma presa di posizione del consultore Schneider, del tutto coerente con analoghe determinazioni emerse con vigore all'interno di altri gruppi di lavoro, valga per tutti l'orientamento maggioritario all'interno del *Coetus de normis generalibus*, impegnato nella revisione dei canoni maggiormente esposti alla recezione di nozioni di alto spessore teorico (v. in proposito, C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica*, cit., p. 65 ss.), PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Coetus studiorum "De Matrimonio"*, Sessio I, (*Conventus diebus 24-29 oct. 1966 habiti*), in Archivio Pontificia Università Gregoriana, Fondo Giurisprudenza, cfr. *Communicationes*, (d'ora innanzi *Coetus studiorum "De Matrimonio" (Conventus diebus 24-29 oct. 1966 habiti)*).

⁴⁹ PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Votum ad quaestiones propositas ab Em.mo Praeside litteris die 14 ianuarii anno 1969 datis, Salamanticae mense februario 1969, T. Barbarena*, in Archivio Pontificia Università Gregoriana, Fondo Giurisprudenza (d'ora innanzi *Votum Barbarena*).

nium in se et per se definire non possumus»⁵⁰; si affiancano osservazioni più penetranti ed argomentate. Occorrerebbe cioè definire dapprima il matrimonio in genere, quindi il matrimonio «sacramento» ma senza assumere categorie che hanno «scopo pastorale», «quia aspectus pastorales essentiam matrimonii consequuntur, non eam constituunt»⁵¹. La natura pastorale, «non giuridica», del documento conciliare ed i possibili errori, cui condurrebbe una acritica sovrapposizione di piani⁵², dovrebbero dissuadere dalla meccanica recezione di una definizione che si presenta più come «descrizione del matrimonio ideale» che come «definitio essentiae»⁵³. Insomma, soprattutto dinanzi alla difficoltà di circoscrivere giuridicamente l'«elementum amoris», valorizzato dal Vaticano II, non sfuggiva alle componenti più lucide del *Coetus* l'asimmetria strutturale della dimensione giuridica del matrimonio, che si evidenziava in modo solare proprio a livello definitorio: da un lato «definitio iuridica matrimonii numquam aequabit realitatem vitae matrimonialis» dall'altro «ius matrimoniale quam maxime huic realitati conformari debet»⁵⁴.

Ma il problema del nesso tra la definizione giuridica ed il sostrato cui essa va riferita si radicalizza nella lunga navigazione che conduce al *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*. Qui il panorama è decisamente rovesciato. Ci si limita in questa sede ad evidenziare un motivo di fondo che però rende bene l'idea. Nel dilemma se adottare o meno la terminologia del *Codex Iuris Canonici* e nella ricerca di un linguaggio condiviso, emergono i tratti di una mentalità giuridica originale che coltiva l'effettiva precedenza del caso concreto rispetto al suo *nomen iuris*. Così la prima soluzione proposta per cui «eandem vocem semper rem eandem in duobus codicibus designare debere»⁵⁵ viene riformulata antepoendo le *res* alle *voces*: «easdem res iisdem vocibus exprimi debere»⁵⁶. La ricaduta sulle norme generali è interessantissima, in quanto determina la loro collocazione sistematica nei titoli di coda secondo l'immagine suggestiva della base di una statua evocata sin dalle prime batture dei lavori dedicati

⁵⁰ Per il consultore Bank «in iure non requiritur definitio, sed descriptio, quae est fundamentum normarum canonicarum de matrimonio», v. *Coetus studiorum "De Matrimonio"* (*Conventus diebus 24-29 oct. 1966 habiti*).

⁵¹ V. *ibidem*.

⁵² Si osserva in proposito che «multa matrimonia valida sunt, dum tamen in illis deficit imago unionis Christi et Ecclesiae et amor coniugalis deest» *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Coetus studiorum "De Matrimonio"*, Sessio IV, (*Conventus diebus 16- aprilis 1969 habiti*). Sull'andamento delle discussioni in proposito cfr. C. MINELLI, *Il matrimonio canonico tra sacramento e diritto*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica» XXV (2017)/2, pp. 90-102.

⁵⁵ Così ci si esprime nel corso dei lavori del *Coetus de normis generalibus*, che si riunisce al 1974 al 1979, v. «Communicationes» (2008), p. 201.

⁵⁶ *Ibidem*.

alla disciplina dell'Oriente cattolico: solo «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»⁵⁷. E soprattutto giustifica un approccio alla redazione dei canoni che si qualifica per la critica schietta delle *voces* latine prive di riscontri nella realtà orientale, a sua volta basata su un'attenta ponderazione della portata semantica delle parole chiave in rapporto alla genuina esperienza giuridica orientale. Non per caso i riferimenti alle categorie generali risultano ancor più asciutti e le definizioni ugualmente assenti.

A ben guardare, questi brevi segmenti, tratti per la loro evidente valenza esemplare da una campionatura più fitta nell'intero arco delle codificazioni novecentesche, riflettono un itinerario speculativo che, senza forzare il perimetro ideale di ascendenza romanistica anzi riaffermandone i confini, vi immette linfa nuova.

Non vi è dubbio che soprattutto nel corso della prima esperienza codificatoria, il monito di Giavoleno esprimesse appieno una percezione matura delle differenze nella pur comune responsabilità del giurista, legislatore, giudice o scienziato che sia. Vale la pena ricordare in quest'ottica il giudizio acuto di Flavio Lopez de Oñate che, nel contesto culturale degli anni quaranta del secolo scorso, ancora dominato in larga misura dal positivismo giuridico, osservava quanto la scienza avesse da sempre avvertito la preoccupazione «di tenere fermi i propri limiti, e di non arrogarsi il compito della legislazione», giungendo sovente «a osteggiare la introduzione, nella codificazione positiva, delle definizioni legali di carattere non precettivo, distinte, con sottile finezza, da quelle che hanno in sé una norma o frazione di norma»⁵⁸. Una demarcazione di confini tanto più chiara quanto maggiore è la coscienza «che la scienza ha dell'indole del proprio lavoro», concepito come «continuo approfondimento» e proteso a «risultati sempre nuovi, di contro alla necessaria stabilità e certezza della legislazione»⁵⁹.

Questa notazione, valida per la scienza giuridica in generale, si rivela in tutta la sua portata conoscitiva proprio all'interno dei dinamismi fondamentali del diritto canonico, che fuori da ogni inquadramento definitorio, come si è in altra occasione dimostrato, non dismettono la loro vocazione a stimolare quella ricerca di equilibrio nelle varie soluzioni tecniche che caratterizza la vita

⁵⁷ 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, p. 2.

⁵⁸ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele, a cura di G. ASTUTI, Milano, 1968, p. 127.

⁵⁹ *Ibidem*.

dell'ordinamento canonico nel suo punto sorgivo, là dove cioè si delinea la proporzione dei mezzi, contingenti e sempre perfettibili, al fine essenzialmente immutabile dell'ordinamento medesimo.

Ma la svolta postconciliare, sotto il profilo che qui interessa, spinge ad un cambio di passo, anche di fronte al "rischio" della definizione.

Per ritornare alla controversa ermeneutica del passo di Giavoleno, sembrerebbe prevalere nel suo richiamo quella sfumatura di significato sottolineata di recente da Fernando Reinoso Barbero: il monito a suo dire non conterrebbe una generica obiezione all'atto del definire, cui pare difficile rinunciare del tutto nell'esercizio della *iuris prudentia* a qualsiasi livello dell'esperienza giuridica, quanto piuttosto esprimerebbe una marcata diffidenza verso quell'attitudine deduttiva «cuyo mayor merito se encuentra no en el procedimiento sino en el resultado, y este siempre se antepone a aquel» in favore del processo inverso in cui si pratica la sintesi «desde el analisis preferentemente inductivo»⁶⁰.

Una simile prospettiva, se coltivata seriamente nel processo più che mai aperto di riforma della legislazione postconciliare, potrebbe offrire alcuni vantaggi di non poco conto: costringerebbe ad un maggior rigore nelle scelte linguistiche descrittive delle fattispecie, che di volta in volta occorre apprezzare nella totalità delle loro implicazioni; favorirebbe probabilmente una migliore comunicazione e sinergia tra Codice latino e Codice orientale, come si è visto particolarmente sensibili alla precedenza delle *res* sulle *voces* e da ultimo, ma non ultimo, potrebbe suscitare qualche interesse nel più ampio dibattito scientifico che non per caso vede nel tema delle eccezioni e delle definizioni gli snodi cruciali di alcune tra le più recenti e corpose indagini interdisciplinari a livello di teoria generale del diritto⁶¹.

⁶⁰ F. REINOSO BARBERO, *'Definitio periculosa': ¿Javoleno o Labeon?*, cit., p. 340.

⁶¹ Si pensi alla molteplicità di fronti che si aprono, a livello di teoria generale del diritto, in un'indagine trasversale, soltanto in relazione alle coordinate spazio-temporali entro le quali si gioca qualsiasi esperienza umana: «1. Tempo e definizioni: Come cambiano le definizioni nel tempo? Quali sono i fattori determinanti che impongono l'aggiornamento della definizione? Esistono meccanismi utili a evitare fenomeni di obsolescenza delle definizioni? 2. Spazio e definizioni: Come cambiano i contenuti delle definizioni nei vari ordinamenti giuridici? Come viene (o può essere) delimitato l'ambito di applicazione delle definizioni? I problemi di traduzione giuridica possono incidere in modo determinante sulle definizioni giuridiche?». Si pensi alle sfide radicali poste soprattutto dall'accelerazione dei progressi scientifico-tecnologici: «qual è il rapporto tra definizioni giuridiche e concetti tecnico-scientifici? Come si realizza e/o si gestisce una scissione tra la definizione giuridica e quella non giuridica di un medesimo fenomeno? Quando può essere opportuno che la definizione giuridica divenga quella scientifica?». Senza contare il peso delle cosiddette «(in)definizioni»: «Quando è opportuno rinunciare alla definizione? Con quali strumenti giuridici si può ovviare all'assenza di una definizione? Come gestire la coesistenza di diverse definizioni giuridiche di un medesimo fenomeno (per esempio nel caso vi sia una definizione differente nel diritto penale, civile, pubblico...)?». Da ultimo ma non ultimo, anche perché sarebbe

Certo è che per coltivare un simile approccio occorre una disponibilità al confronto con altri punti di vista e per trovare una soluzione che valga per gli altri, come avvertiva Luigi Mengoni, ci si deve sforzare «di trovarla insieme agli altri»⁶². Ci si dovrebbe cioè allenare «a trarre» dalla propria «specifica cultura ragioni valide ed efficaci da addurre nella discussione con linguaggio appropriato, imitando il padrone di casa della metafora evangelica, che sapientemente estrae dal suo tesoro cose nuove e cose antiche»⁶³.

in linea teorica preliminare a tutto il discorso, il «quesito tanto cruciale quanto di difficile soluzione» della «definizione della definizione». È bene avvertire, a questo proposito, che gli orientamenti più recenti, anche per evitare approcci tautologici o meramente descrittivi, tendono a prediligere impostazioni funzionali, volte cioè ad «identificare il ruolo – più che la sostanza – della definizione all'interno del discorso giuridico», di cui si sottolinea quanto meno l'ambivalenza. Infatti «da un lato, secondo una lettura ontologica, essa spinge a interrogarsi sull'essenza e la natura stessa degli oggetti passibili di definizione mentre, dall'altro, in una prospettiva più funzionale, svolge un compito meramente strumentale di convenzione ordinatrice, utile a inquadrare e regolare la realtà». Cfr. M. TOMASI, *Premessa. Il gioco delle definizioni*, cit., p. 5-7.

⁶² L. MENGONI, *L'insegnamento del diritto nell'Università Cattolica*, in ID., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 315.

⁶³ *Ibidem*.

CODIFICAZIONE E *IUS VETUS*

Maria d'Arienzo*

SOMMARIO: 1. Valore ermeneutico dello *ius vetus*. La codificazione canonica tra continuità e discontinuità. – 2. *Ius vetus* e prima codificazione. – 3. *Ius vetus* preconciolare e postconciolare nella seconda codificazione.

1. VALORE ERMENEUTICO DELLO *IUS VETUS*. LA CODIFICAZIONE CANONICA TRA CONTINUITÀ E DISCONTINUITÀ

In alcune recenti ricerche relative alla previsione, nel *Codex* del 1983, dell'obbligo di riparazione dei danni come regola generale di responsabilità in diritto canonico ho tentato di evidenziare che il vigente can. 128 costituisca indubbiamente una «novità legislativa» in rapporto al Codice del 1917, ma non una sostanziale «innovazione» rispetto alla tradizione specificamente canonica del principio della responsabilità per danni¹. Principio già compiutamente elaborato in termini di clausola generale dalla Decretale *Si culpa tua* di Gregorio IX, inserita nel titolo 36, capitolo 9 del Libro V nel *Liber extra*, nella quale è fissato il principio dell'imputabilità dell'obbligo di riparazione in capo a chiunque compia con colpa, anche *levissima*, un atto da cui derivi un danno.

Proprio la continuità interpretativa della disciplina della responsabilità per danni arrecati e la evoluzione della sua normativa nelle due codificazioni della Chiesa latina² costituisce una prospettiva privilegiata e paradigmatica per due motivi. Da un lato, per evidenziare la peculiarità che contraddistingue la scelta dello strumento codicistico per il diritto canonico rispetto alle codificazioni

* Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ M. D'ARIENZO, *L'obbligo di riparazione del danno in diritto canonico. Percorsi di ricerca*, Cosenza 2013, *passim*, ma specialmente p. 97 ss.

² Nel presente contributo, il valore ermeneutico dello *ius vetus* è analizzato limitatamente alle due codificazioni della Chiesa latina. Sul can. 2 del Codice delle Chiese orientali si rinvia a P. SZABÓ, *L'“antiqua traditio” fonte “vigente” di diritto? Ermeneutica del can. 2 / CCEO sull'interpretazione*, in «Eastern Canon Law» 2, 1 (2013), pp. 201-232; O. CONDORELLI, *Il Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium: un Codice autenticamente orientale?*, in G. RUYSEN, S. KOKKARAVALAYIL (eds.), *Il CCEO. Strumento per il futuro delle Chiese orientali cattoliche*, Pontificio istituto orientale, *Kanonica*, 25, 2017, p. 283 ss.

moderne degli ordinamenti secolari, quale espressione di una diversa cultura giuridica. Dall'altro, per una specificazione della stessa accezione di *ius vetus*. La qualifica di *vetus*, nel senso letterale di "antico", lascerebbe infatti presupporre una discontinuità nella configurazione giuridica degli istituti previsti dalla normativa codiciale che si porrebbe, dunque, come *ius novum* rispetto al diritto antecedente. Parafrasando, tuttavia, il titolo di un famoso saggio del giurista messinese Salvatore Pugliatti, *Continuo e discontinuo nel diritto*, è proprio la dialettica tra il «continuo mobile» che, calato nella cultura giuridica canonistica, può essere rappresentato dalla evoluzione interpretativa di un principio che permea il sistema normativo positivizzato e il «discontinuo astratto» che ammette «soltanto l'intrusione di entità normative nuove, e l'esclusione di talune entità normative preesistenti»³, che è possibile cogliere l'unitarietà ordinamentale che caratterizza la tipicità del diritto canonico. Dinamica tra continuo e discontinuo che tipizza la specificità della codificazione canonica rispetto alla ideologia legalista sottesa alle codificazioni secolari successive al Codice napoleonico.

Il can. 128 rappresenta pertanto, come già detto, una novità, e dunque il *novum*, rispetto alla mancata previsione di una norma generale equivalente nel Codice del 1917. Ma il *novum* è rappresentato dalla creazione di una nuova entità normativa, evocando il linguaggio di Pugliatti, e dunque da una discontinuità con il sistema precedente? In altri termini, se come è stato affermato dalla dottrina la clausola generale di responsabilità per i danni arrecati contenuta nel *Codex* del 1983 costituisce la trascrizione quasi letterale del frammento della decretale di Gregorio IX⁴, si pone l'interrogativo sulle ragioni per le quali la stessa norma non sia stata prevista nella codificazione precedente e se ne sia avvertita, al contrario, la necessità di introduzione nella legislazione del 1983.

In realtà, pur in mancanza di una espressa disposizione normativa di carattere generale nella codificazione pio-benedettina, la dottrina canonistica e la giurisprudenza affermavano la vigenza del principio generale dell'obbligo di riparazione dei danni enucleandolo dalle diverse disposizioni del *Codex*. In virtù del rinvio operato dal can. 6 alla disciplina precodificale, il procedimento induttivo di ricostruzione per via ermeneutica del principio impediva di considerare non sussistente tale obbligo per i casi non previsti specificamente dai canoni. La positivizzazione del diritto canonico nelle norme codiciali, dunque, non esauriva la vigenza della disciplina e dell'interpretazione consolidatasi precedentemente. Veniva superata, mediante il richiamo alla disciplina canoni-

³ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), in *Grammatica e diritto*, Milano 1978, p. 87; ID., *Nota su continuo e discontinuo*, ivi, p. 330.

⁴ G. REGOJO BACARDÍ, *Pautas para una concepción canónica del resarcimiento de daños*, in «*Fidelium iura*» (supplemento 4) 1994, pp. 117-118.

stica anteriore, l'interpretazione tipicamente positivistica dell'obbligo giuridico sussistente solo in presenza di un'espressa previsione normativa, che caratterizza invece la concezione del diritto negli ordinamenti secolari. In tal modo, proprio l'inesistenza di un canone simile alle norme previste nelle codificazioni ottocentesche – si pensi all'art. 1382 del *Code Napoléon* e all'art. 1161 del Codice civile italiano del 1865 – più che costituire una carenza normativa, evidenzia e ribadisce, al contrario, la tipicità della codificazione canonica e del metodo interpretativo rispetto al positivismo giuridico e al metodo deduttivo diffuso in base alle interpretazioni di teoria generale del diritto dell'epoca⁵.

2. *IUS VETUS* E PRIMA CODIFICAZIONE

La diversa concezione della codificazione canonica rispetto all'ideologia sottesa ai codici ottocenteschi si evidenzia proprio in relazione all'interpretazione delle norme codiciali in continuità con lo *ius vetus*. La forma codicistica costituiva l'espressione di una tecnica rispondente ad una moderna cultura giuridica, così come è stato ben evidenziato nei pregevoli lavori di Feliciani, Minelli, Lo Castro, Condorelli e Fantappiè, per limitarsi agli studi dei canonisti italiani delle università non pontificie. Tuttavia non costituiva una cesura con il passato rispetto alle fonti storiche, che continuavano ad avere la forza interpretativa, anche se non quella imperativa. Potremmo dire, in altri termini, che il rapporto tra codificazione e *ius vetus* evidenzia una frattura sotto il profilo del metodo introdotto dalla nuova Forma-Codice, ma una continuità sotto il profilo dei contenuti, delle scelte normative.

Del resto, la continuità con la disciplina anteriore costituiva il punto cruciale che alimentava la diffidenza nei confronti dello strumento della codificazione nelle posizioni dottrinarie antecedenti alla promulgazione del *Codex* del 1917⁶. Basti fare riferimento alle posizioni di Wernz⁷ o di Granclaude, fondatore della Rivista «*Le Canoniste contemporain*», il quale temeva la riduzione della scienza canonistica ad una *giusperitia fantaisiste* strutturata su un diritto astratto, e non più informato ai principi di equità e di flessibilità, così come garantito dal diritto

⁵ M. D'ARIENZO, *op. cit.*, pp. 9-11 e bibliografia *ivi* citata.

⁶ Cfr. A. ORTSCHIED, *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur la science juridique d'après le concept du Code de droit canonique*, Paris 1922, p. 62. Tra gli studi più recenti, cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica. L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*, II, Milano 2008, p. 1150 ss; C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Torino 2015, pp. 43-44.

⁷ F. X. WERNZ, *Ius Decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris Decretalium, I - Introductio in ius decretalium*, Romae 1898 n. 4, p. 6; n. 265, p. 383.

canonico fino ad allora vigente⁸. Tali posizioni si riscontrano anche nei *postulata* generali dei vescovi consultati sul progetto dei canoni del futuro Codice, dei quali uno soltanto chiedeva l'abrogazione dello *ius vetus*⁹.

Nella prospettiva di indagine sul ruolo da riconoscere allo *ius vetus* e alla diverse concezioni della natura della codificazione – se riproduzione della disciplina anteriore o costruzione di una nuova legislazione – acquista interesse la riflessione dottrinale sul metodo di insegnamento del diritto canonico a seguito di due decreti emanati dalla *Congregazione dei Seminari e delle Università* dopo la promulgazione del *Codex* del 1917, nei quali si impone un'analisi esegetica dei canoni, sia considerati singolarmente che in collegamento sistematico con gli altri¹⁰. Analisi esegetica che, come sottolinea Fantappiè, appare allinearsi all'impronta metodologica della Scuola dell'Esegesi, affermatasi in Francia dopo la promulgazione del *Code civil*, poiché considera quale unica fonte del diritto canonico il Codice¹¹. Questi decreti, i cui effetti si sono potuti osservare nella manualistica di diritto canonico successiva al Codice, non menzionano più

⁸ E. GRANDCLAUDE, *Des études canoniques et de leur influence sociale*, in «Le canoniste contemporaine» XIV (1891), p. 12.

⁹ *Codex Iuris Canonici. Postulata Episcoporum in ordinem digesta a Rmo. P. Bernardino Klumper O. F. M. Consultore*, Romae 1905, p.13, in ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, Fondo CIC, scatola 4: «Novus Codex sit unicus fons legislationis, abrogatio omnibus collectionibus anterioribus. (Postulant Patres Prov. De Venezuela, Episcopus Montalbanensis, Archiepiscopus Tolosanus, Patres Prov. Bisuntinae)».

¹⁰ SACRA CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET DE STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, dect. *Cum novum iuris canonici*, in AAS, IX, 1917, p. 439; dect. *De experimentis ad gradus in iure canonico assequendos*, in «AAS» XI (1919), p. 19.

¹¹ Nel Decreto del 1917 si afferma che il *Codex* sia «fore authenticum et unicum iuris canonici fontem, proptereaque tum in disciplina Ecclesiae moderanda, tum in iudiciis et in scholis eo uno utendum esse». In merito cfr. l'analisi di C. FANTAPPIÉ, *Pietro Agostino d'Avack: dal confronto con la canonistica curiale all'autonomia scientifica del diritto canonico*, in J. I. ARRIETA, G. P. MILANO (a cura di), *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico. Atti del Convegno Internazionale di Studi «La Scienza canonistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi e prospettive in D'Avack, Lombardia, Gismondi e Corecco»*, Roma, 13-16 novembre 1996, Città del Vaticano 1999 p. 120; Id., *Chiesa romana e modernità giuridica*, Tomo II, *Il Codex iuris canonici (1917)*, Milano 2008, pp. 1152-1153: «[...] mentre nella bozza di tale importante decreto il gesuita Ojetti – uno dei principali artefici e revisori del Codice – aveva lungamente sottolineato l'importanza dell'indirizzo di tipo storico-giuridico nell'esegesi delle norme codicistiche, Gasparri altererà il significato complessivo del documento imponendo non solo [...] la riduzione progressiva del diritto canonico al Codice, ma anche l'applicazione ad esso dello stesso metodo adottato dal diritto civile. È fuor di dubbio che tale indicazione abbia favorito nelle scuole dei Seminari e delle Facoltà ecclesiastiche l'assimilazione del metodo canonico al metodo dell'École de l'exégèse». Sul metodo di interpretazione della norma canonistica codiciale, cfr. C. REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al Codice di diritto canonico del 1917 e a quello del 1983*, in «Periodica de re canonica» LXXXVI (1997), pp. 57-100; P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» XIV (1985), pp. 587-599, ora in Id., *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÉ, Milano 2013, specificamente pp. 174-177.

lo *ius vetus* come fonte interpretativa, ma solo come conoscenza necessaria per una maggiore comprensione della genesi ed evoluzione storica della disciplina degli istituti. I decreti parlano di *cognitio* della disciplina antecedente al Codice, riducendo le fonti storiche ad un oggetto di erudizione, necessaria per una più ampia cultura giuridica¹².

È interessante, come esempio delle reazioni dottrinarie, riportare tuttavia il commento del Maroto che, nell'annotare e interpretare i decreti della Congregazione nel "*Commentarium pro religiosis*", riconosce l'importanza della conoscenza storica, ma non disconosce l'autorità di fonte interpretativa allo *ius vetus*, proprio ai fini della certezza del diritto:

«Ed invero risulta evidente che, da una parte in via generale, non si può acquisire di nessuna legge una conoscenza completa se non si abbia sotto gli occhi su quell'argomento di diritto l'evoluzione storica che l'ha preceduta, dall'altra nello specifico, che il nuovo diritto canonico genericamente conserva la disciplina vigente fino ad oggi ragion per cui, a vantaggio della determinazione e della migliore conoscenza della forza del diritto vigente, è incredibile quanto siano utili le fonti storiche che raccolgono il diritto antico. Ne deriva ancor più che il ricorso alle antiche collezioni giuridiche deve essere in continuità soprattutto con quelle che fino a questo momento hanno ottenuto il valore di codice legale, quali sono soprattutto il Corpus Iuris Canonici e il Concilio Tridentino»¹³.

Tale commento si fonda sulle disposizioni del can. 6 del Codice del 1917, che presuppone e valorizza l'esistenza dello *ius vetus*. Il canone abroga tutte le leggi sia universali che particolari incompatibili con le disposizioni del Codice, fatta eccezione formale per alcune leggi particolari. Ma stabilisce la relazione tra nuovo e antico diritto.

Distingue tre casi nei quali è riconosciuta allo *ius vetus* la funzione di fonte interpretativa. In primo luogo, quando i canoni riproducono integralmente la disciplina precedente, il Codice recepisce l'antico diritto nello spirito nel quale è stato creato e l'interpretazione che ne è stata data dai *probati aucto-*

¹² P. VALDRINI, *Le travail du canoniste dans les facultés de droit canonique*, in «Revue de droit canonique» (1997), pp. 111-126.

¹³ P. MAROTO, *Annotationes*, in «Commentarium pro religiosis» 1 (1920), p. 70: «At vero constat, tum in genere, ut nequeat perfecta quarumvis legum comparari notitia nisi ob oculos habeatur historica evolutio quae in eo iuris themate praecesserit, tum praesertim in specie, ut novum canonicum ius retineat generatim disciplinam hucusque vigentem, ideo quae, pro dimetienda et apprime cognoscenda vi iuris vigentis, immane quantum conferant fontes historici ius vetus colligentes. Hinc iugis adhuc retinendus est ad veteres iuridicas collectiones recursus maxime ad eas, quae hactenus codicis legalis valorem obtinuerunt, qualia praesertim sunt *Corpus Iuris Canonici* et *Concilium Tridentinum*».

res. Lo *ius vetus* diviene diritto vigente attraverso il rinvio operato dal Codice all'autorità che proviene dalla tradizione consolidata e alla sua recezione da parte di autori qualificati. Inoltre, lo *ius vetus* è recepito nel Codice quando la disciplina anteriore concorda parzialmente con il diritto codificato. Quando è riscontrabile una concordanza solo parziale di alcuni canoni con il diritto precodificale, lo spirito di quest'ultimo costituisce il criterio di *aestimatio* della parte concordante, mentre solo la parte del canone che se ne discosta sarà intesa secondo il suo senso proprio. In questo caso non v'è il riferimento ai *probati auctores* perché lo *ius vetus* rientra nell'applicazione delle regole di interpretazione stabilite dal can. 18 (*ad legis finem et circumstantias... est recurrendum*), come afferma il Michiels nel suo Commentario¹⁴. Infine lo *ius vetus* assume rilievo anche in un'altra ipotesi. In caso di dubbio derivante da una eventuale discrepanza di una prescrizione codiciale con il diritto precedente, *a veteri iure non est recedendum* e pertanto occorre attenersi a ciò che prescrive quest'ultimo. Michiels legge tale obbligo in coerenza con l'*incipit* del can. 6. Il Codice riconosce vigente il diritto anteriore quando non sia stata apportata una modifica o correzione dal legislatore (*correctio iuris anterioris non censetur a legislatore peracta*), a condizione che questo dubbio sia positivo, fondato su argomentazioni oggettive e invincibili e non nasconda l'intenzione recondita di trasformare la disciplina¹⁵.

3. IUS VETUS PRECONCILIARE E POSTCONCILIARE NELLA SECONDA CODIFICAZIONE

Il contenuto del paragrafo 2 del can. 6 del Codice del 1983 differisce sostanzialmente dal canone corrispondente del Codice del 1917. Stabilisce che: «I canoni di questo Codice, nella misura in cui riportano il diritto antico, sono da valutarsi tenuto conto anche della tradizione canonica».

¹⁴ G. MICHIELS, *Normae generales Juris canonici. Commentarius Libri I Codicis Juris Canonici*, Editio altera, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, p. 532: «Quantum momentum interpretativum huic considerationi attribuit ipse legislator, aperte constat ex can. 6 in quo, praeter principium generale, quod «Codex vigentem hucusque disciplinam plerumque retinet» varias statuit regulas practicas in interpretatione legum, jus antiquum ex integro vel ex parte referentium, sequendas».

¹⁵ G. MICHIELS, *op. cit.*, p. 145: «[...] regula *praesumptiva* admittendum est quod canonis praescriptum, quoad punctum circa quod versatur dubium, materialiter congruit cum veteri iure ac proinde ad normam iuris veteris aestimandum est et interpretandum. Ratio est, quia, cohaerenter prooemio canonis 6, Codex *presumptive* retinuit iuris veteris praescripta et *correctio iuris anterioris* non censetur a legislatore peracta, nisi fuerint comprobata. . . Sedulo autem notetur quod ut urgeat praescriptum canonis 6 n. 4 seu ut prohibeatur recessus a iure veteri, non sufficit dubium mere negativum au subjectivum. . . sed *requiritur dubium positivum et directum*, quod fundatur in argumentis objectivis et invincibilibus ex serio examine ipsius materiae particularis, de qua agitur».

I dibattiti che hanno condotto alla redazione del canone nella Commissione di revisione del Codice rivelano il profondo cambiamento di prospettiva nella relazione tra *ius vetus* e codificazione.

Nelle bozze presentate in seno alla Commissione, un primo paragrafo stabiliva in maniera globale, senza distinguere i casi previsti dal can. 6 del Codice del 1917 succitati, il rispetto del legislatore per lo *ius vetus*: «*I canoni nella misura in cui riproducono il diritto antico devono essere interpretati in virtù dell'autorità del diritto antico e secondo l'interpretazione datane dagli autori qualificati*»¹⁶. Solo il primo caso preso in considerazione dal can. 6 del Codice del 1917 veniva ripreso in questa bozza, senza tuttavia fare menzione alla sua applicazione unicamente ai canoni che riportassero integralmente il diritto antico. Un altro paragrafo prendeva in considerazione il caso di dubbio relativo alla corrispondenza tra il nuovo diritto codificato e il diritto anteriore e citava integralmente il paragrafo 4 del canone 6 del Codice del 1917¹⁷.

I dibattiti dei consultori in relazione a questa bozza vertono esplicitamente sul rispetto accordato allo *ius vetus*. Uno dei consultori, difatti, ritiene opportuna la eliminazione del secondo paragrafo relativo al dubbio vertente sulla corrispondenza tra i due diritti perché, come afferma, «dopo il Concilio Vaticano II molti dei principi sono cambiati. Oggi esiste una sorta di confusione nella legislazione della Chiesa, così bisogna insistere sulla forza della nuova legge e non accordare alcun privilegio al diritto anteriore»¹⁸. Sia il Segretario della Commissione, sia il Segretario aggiunto replicano per riaffermare, il primo, la presunzione da accordare al diritto antico per ciò che concerne l'interpretazione e il secondo, per ricordare l'importanza per il diritto canonico del principio generale di continuità¹⁹. Di conseguenza, occorre considerare dapprima il testo del nuovo diritto e se sorgono dei dubbi ricorrere allo *ius vetus*. Tuttavia, la Commissione si orienterà per la soppressione di questo secondo paragrafo perché, come afferma uno dei consultori, l'interpretazione non deve essere legata agli autori antichi, ma deriva dagli autori moderni. Lo *ius vetus*, afferma, non può più essere in linea generale trasferito al nuovo Codice parola per parola giacché le circostanze sono differenti²⁰.

I dibattiti dei consultori vertono più ampiamente anche sulla questione del rapporto con la *traditio* canonica. Così uno dei consultori, manifestando la sua

¹⁶ «*Communicationes*» 23 (1991), p. 118. Cfr., sul punto, H. PREE, *Traditio canonica. La norma di interpretación del c. 6 § 2 del CIC*, in «*Ius canonicum*» 35 (1995), pp. 423-446.

¹⁷ *Ibidem*, p. 118.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 121-122.

¹⁹ *Ibidem*, p. 122.

²⁰ *Ibidem*, p. 122.

opposizione alla soppressione del diritto antico nella bozza del canone – perché «le difficoltà di applicazione del nuovo Codice saranno numerose e i canonisti devono sempre lavorare in considerazione della storia» – chiede che sia aggiunto dopo *auctoritate*, l'espressione *in traditione Ecclesiae fundata*²¹. Tale posizione sarà ripresa anche in altri interventi nei quali si propone la menzione del rispetto di tutta la tradizione della Chiesa e la costante evoluzione della vita²².

Così si perviene alla redazione del testo codificato attuale che presenta elementi innovativi in rapporto al can. 6 del Codice previgente. In primo luogo, il secondo paragrafo del canone limita la interpretazione secondo il diritto antico solo ai casi e nella misura in cui esso è riportato²³.

«*Referunt*» deve senza dubbio essere inteso in modo ampio perché pochi canoni riportano esplicitamente lo *ius vetus*. Helmuth Pree considera che un canone riproduce un diritto anteriore non soltanto se incorpora una norma anteriore completa, ma anche se ne utilizza parzialmente la regolamentazione. Occorre, afferma, analizzare ermeneuticamente se questa situazione si verifica²⁴. Altri, ritengono invece che non si tratti di una citazione o concordanza letterale con le regole tradizionali o le consuetudini, ma di un riferimento sostanziale a queste²⁵.

Inoltre, nel can. 6 § 2 non c'è più il riferimento all'interpretazione dei *probati auctores* che, ricordiamolo, si imponeva nel Codice del 1917 quando i canoni riportavano integralmente le disposizioni dello *ius vetus*. L'opinione degli autori comune e costante costituisce una fonte suppletiva di interpretazione²⁶.

Appare evidente il diverso ruolo rispetto al Codice del 1917 dato al diritto antico, sebbene sia rispettato il principio di continuità del diritto esplicitamente menzionato nella Costituzione Apostolica *Sacrae disciplinae leges*²⁷. I dibattiti

²¹ *Ibidem*, p. 122.

²² *Ibidem*, p. 123.

²³ *Ibidem*, p. 123.

²⁴ H. PREE, *Tradición canónica*, in J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO (eds.), *Diccionario general de derecho canónico*, VII, p. 620.

²⁵ L. CAVALAGLIO, *Traditio Canonica and Legal Tradition*, in «Monitor Ecclesiasticus» 130 (2014), p. 392.

²⁶ Sull'origine della locuzione, cfr. P. VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC del 1983*, Città del Vaticano 2013, pp. 321-322. Sull'importanza attribuita dalla disciplina canonica alla dottrina, cfr. A. VITALE, *Il valore della «communis constantique doctorum sententia»*, in *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano 1996, pp. 83-93; M. RIVELLA, *Opinión común de los doctores*, in J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO (a cura di), *Diccionario general de derecho canónico*, V, 2012, p. 718 ss.

²⁷ GIOVANNI PAOLO II, Costituzione Apostolica *Sacrae disciplinae leges*, p. 47: «Ne risulta che ciò che costituisce la “novità” fondamentale del Concilio Vaticano II, in linea di continuità con la tradizione legislativa della Chiesa, per quanto riguarda specialmente l'ecclesiologia, costituisce altresì la “novità” del nuovo Codice».

relativi alla redazione dell'attuale can. 6 rendono evidente l'importanza accordata al cambiamento in atto della Chiesa dopo il Concilio Vaticano II. Nel Codice del 1983 lo *ius vetus* non ha la stessa rilevanza che aveva nel Codice del 1917, pur non intendendosi operare una cesura riguardo al rispetto dovuto alla tradizione canonica. Così, come afferma Helmuth Pree, lo *ius vetus* coincide praticamente con la tradizione canonica che comprende il patrimonio giuridico fino all'entrata in vigore del nuovo Codice, che egli definisce come l'insieme dei principi e istituti e norme giuridiche che rappresentano, dall'antichità, l'autocomprendimento giuridico-canonico della Chiesa²⁸. Si deve aggiungere che nel can. 6 § 2 la tradizione canonica non è l'unico strumento interpretativo del diritto antico riportato nei canoni, ma essa concorre con i criteri interpretativi fissati dal can. 17, come appare evidente dall'avverbio *etiam* del can. 6 § 2²⁹.

La formulazione del can. 6 § 2 del *Codex iuris canonici* del 1983 mette in evidenza la differenza tra le due codificazioni. La prima costituisce una struttura formale nuova del diritto della Chiesa che trova nella codificazione non soltanto uno strumento moderno di certezza del diritto, ma anche l'espressione di una ecclesiologia nata dal Concilio di Trento e rappresentata nella categoria di *societas iuridice perfecta*³⁰. La «Forma-Codice», pur rappresentando una frattura sul piano del metodo, conserva la continuità con alcune scelte normative del passato che, dal punto di vista della concezione giuridico-ecclesiologica, non appaiono sostanzialmente distanti. Le discussioni sul can. 20 del *Codex*, che Chiara Minelli ha richiamato in un suo piuttosto recente lavoro, evidenziano l'uso naturale dei canonisti delle due categorie di equità e di *rationabilitas* che dovevano proteggere il diritto canonico dallo spirito del diritto civile³¹.

Il secondo Codice di diritto canonico del 1983 è uno strumento la cui finalità è costitutivamente differente. Traduce normativamente i concetti ecclesiologici del Concilio Vaticano II, come afferma Giovanni Paolo II quando definisce il Codice come l'ultimo documento conciliare, collegandolo alla volontà di

²⁸ H. PREE, *Tradición canónica*, cit., p. 619.

²⁹ H. PREE, *Traditio canonica. La norma di interpretación del can. 6 § 2 del CIC*, cit., pp. 438-440. Cfr. inoltre G. COMOTTI, *La canonica traditio come criterio di interpretazione del C.I.C. (Note in margine al can. 6, § 2)*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sul primo libro del Codex Iuris Canonici*, Padova 1993, pp. 113-135, ma specificamente p. 131 ss. Sulla formulazione del canone 2 del Codice delle Chiese orientali che utilizza l'avverbio *praecipue* a differenza dell'*etiam* presente nel can. 6 del Codice di diritto canonico latino, cfr. le osservazioni di F. X. URRUTIA, *Canones praeliminares Codicis (CIC). Comparatio cum canonibus praeliminaribus Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium (CCEO)*, in «Periodica de re morali, canonica, liturgica» LXXXI (1992), pp. 176-177.

³⁰ Cfr., per tutti, A. DE LA HERA - C. MUNIER, *Le droit public ecclésiastique à travers ses définitions*, in «Revue de droit canonique» 14 (1964), pp. 32-53.

³¹ C. MINELLI, *Il Codex Iuris Canonici e le risorse del sistema: il richiamo dell'«aequitas canonica»*, in «Ephemerides iuris canonici» 57 (2017), pp. 435-472.

aggiornamento annunciata da Giovanni XXIII nell'indire la convocazione del Concilio e nel contempo la revisione del Codice³². Il suo stile, i suoi contenuti, la sua sistematica costituiscono una trasformazione profonda del primo Codice. In questa prospettiva è possibile evidenziare come la dinamica tra continuo e discontinuo si articoli in maniera sostanzialmente diversa nella codificazione del 1983.

Di conseguenza è possibile distinguere due tipologie di *ius vetus*, nell'accezione di "diritto precedente": quello postconciliare e quello preconciare.

Il diritto antico postconciliare, *ius vetus* assai recente – in quanto diritto nato dopo il Concilio Vaticano II, ma antecedente al Codice del 1983 – è stato utilizzato per redigere i nuovi canoni, come è stato ben evidenziato da Otaduy, poiché portava in sé i riflessi delle concezioni conciliari che sarebbero state elaborate nella nuova codificazione³³. Lo *ius vetus* preconciare, comprensivo anche del CIC del 1917, contiene soluzioni e scelte normative distanti dalla nuova impostazione giuridico-ecclesiologica.

Pertanto, senza rinnegare il principio di continuità che permea il diritto canonico, il can. 6 § 2 del CIC del 1983 afferma che il diritto antico esiste nella misura in cui i canoni vi fanno riferimento. Così lo *ius vetus* precodiale, inteso come nel can. 6 del CIC del 1917, non perde nel *Codex* vigente la sua rilevanza, ma la funzione che aveva precedentemente.

Il can. 6 § 2 del CIC del 1983, in conclusione, riconosce un ruolo preciso allo *ius vetus*, inserendolo nella tradizione canonica, ma affida al contempo agli interpreti la valutazione circa la sua capacità di servire alla *salus animarum* in funzione dei bisogni attuali della Chiesa.

³² Cfr. «Per l'entrata in vigore del Codice», in «Communicationes» 15 (1983), p. 127.

³³ J. OTADUY GUERÍN, *Funciones del Código en la recepción de la legislación postconciliar*, in «Ius Canonicum» XXV (1985) 479 ss.; ID., *El derecho canonico postconciliar como ius vetus (c. 6 § 1)* in M. THÉRIAULT, J. THORN (eds.), *Le nouveau Code de droit canonique, Actes du V^o Congrès international de droit canonique organisé par l'Université Saint-Paul de Ottawa du 19 au 25 août 1984*, Faculté de droit canonique, Université Saint-Paul, Ottawa 1986, pp. 115-129.

QUEL FUTUR POUR L'HISTOIRE DU DROIT CANONIQUE APRÈS LA PREMIÈRE CODIFICATION ?

Thierry Sol*

SOMMAIRE : 1. Entre continuité et nouveauté : le rôle de l'histoire dans les intentions des codificateurs. – 2. Connaissance pratique et savoir scientifique. – 3. Le rôle des sources dans l'interprétation des canons et dans l'enseignement. – 4. La séparation entre l'histoire et l'exposition du droit en vigueur. – 5. Notion de droit et étude de l'histoire.

S'interrogeant sur les facteurs qui affectèrent la place et la fonction de l'histoire du droit canonique dans le savoir théologique du XIX^e siècle, Carlo Fantappiè mentionnait l'influence de la codification canonique, la séparation méthodologique entre l'histoire et le droit canonique ainsi que la réaction anti-juridique qui suivit le concile Vatican II¹. Le récent centenaire de la première codification nous invite à revenir en particulier sur les deux premiers facteurs mentionnés. Si le code de 1917 affirmait se trouver en parfaite continuité avec le passé, en dotant au passage la majorité des nouveaux canons d'une référence aux lois antérieures, il semble toutefois que la codification ait provoqué un éloignement entre les sciences historique et canonique, en rendant problématique le concept même d'histoire du droit canonique².

Rémi Brague a souligné l'importance de l'histoire, non seulement comme intérêt érudit ou traduction d'une certaine inquiétude face à la perte de la culture, mais comme nécessité pour comprendre le présent et se projeter vers le futur³. De façon très suggestive il faisait référence à une expression d'Edmond Burke : « People will not look forward to posterity, who never look backward to their ancestors⁴. » Ces paroles peuvent être facilement appliquées à notre thème.

* Pontificia Università della Santa Croce.

¹ Cf. C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico in epoca moderna : problemi e prospettive*, « Periodica de Re Canonica » 102 (2013) 484.

² C. J. ERRÁZURIZ MACKENNA, *Lo studio della storia nella metodologia canonistica : la rilevanza della nozione di diritto*, dans N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS – E. DE LEON (éd.), *La cultura giuridico-canonica medioevale. Premesse per un dialogo ecumenico*, Milano 2003, p. 19.

³ R. BRAGUE, *Modérément moderne*, Flammarion, Paris 2014, p. 14-16.

⁴ E. BURKE, J. G. A. POCOCK (éd.), *Reflections on the Revolution in France*, Indianapolis 1987, p. 29.

La codification aurait opéré d'une façon semblable à ce que Tocqueville affirmait par ailleurs du processus démocratique : « Non seulement la démocratie fait oublier à chaque homme ses aïeux, mais elle lui cache ses descendants⁵. » En effet, à l'occasion de la première codification, la canonistique a semblé perdre de vue le passé pour se focaliser seulement sur l'exégèse d'un texte codifié devenu autonome et autosuffisant. Ainsi disparaissait non seulement un lien vital avec le passé, mais également une clef de lecture indispensable des défis présents et futurs du droit canonique. En outre, la science historique du droit canonique, laissant de côté l'aspect juridique de son objet, ou « libérée » de lui suivant certains, se transforma en pure érudition.

Cinq moments ou contextes peuvent expliquer quel sort fut réservé à l'histoire à l'occasion de la première codification : l'intention initiale des codificateurs de s'inscrire dans la continuité avec le passé ; la dimension historique des travaux de codification ; le rôle de la science historique dans l'interprétation et dans l'enseignement du droit canonique ; la séparation entre science historique et droit en vigueur ; l'influence de la notion de droit sur le rapport entre connaissance historique et droit canonique en vigueur.

1. ENTRE CONTINUITÉ ET NOUVEAUTÉ : LE RÔLE DE L'HISTOIRE DANS LES INTENTIONS DES CODIFICATEURS

Le premier sens que nous pouvons donner à « histoire » est celui, général, de « passé ». De ce point de vue, le thème de la relation entre première codification et histoire renvoie avant tout à la problématique de la caractérisation de la codification elle-même en termes de continuité ou de rupture avec le droit passé⁶. La difficulté provient du fait que la codification de 1917, même si elle se revendiquait en parfaite continuité avec la tradition juridique de l'Église, dans le sillage des grandes collections canoniques, constitua un tournant décisif dans l'histoire du droit canonique, dû au choix d'une forme radicalement nouvelle : le passé est conservé, mais en même temps transformé dans et par la nouvelle forme du code.

À défaut de pouvoir entrer dans une problématique aussi complexe, il est au moins possible de reprendre la conclusion de Carlo Fantappiè pour affirmer avec lui que l'évidente discontinuité liée à la forme du code se produisit

⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *Ceuvres*, Paris 1991, liv. II, 2, p. 614.

⁶ Le thème a été récemment abordé par J. SEDANO RUEDA, *Dal « Corpus iuris canonici » al primo « Codex iuris canonici » : continuità e discontinuità nella tradizione giuridica della Chiesa latina*, « *Folia theologica et canonica* » (2015) 215-238.

cependant à l'intérieur d'une continuité fondamentale avec la tradition juridique de l'Église⁷. Du point de vue historiographique la thèse de la continuité montre clairement qu'à son point de départ, le processus de codification préserve le droit précédent et manifeste clairement une volonté initiale de maintenir un rapport substantiel avec le passé. Même si l'écart entre les intentions initiales des codificateurs et les résultats de la codification ne peut être nié, le désir de ne pas provoquer de rupture avec le passé constitue un élément essentiel de notre réflexion : l'histoire du droit est résolument intégrée et maintenue dans le code, quoique sous un aspect nouveau⁸.

En 1971 Alfons Maria Stickler examinait la fonction concrète de la connaissance juridico-historique dans l'élaboration du code pie-bénédictin⁹ et il affirmait que les codificateurs n'avaient pas l'intention de changer le droit canonique en vigueur à travers un *aggiornamento* substantiel, mais voulaient « recueillir, ré-ordonner et refondre, suivant le système de la codification, les normes rapportées encore en vigueur »¹⁰. La réforme, suivant le dessein de Pie X, avait

⁷ Nous simplifions ici de façon abusive les conclusions de Carlo Fantappiè et il serait nécessaire de se référer à l'ensemble de son ouvrage : *Chiesa romana e modernità giuridica*, A. Giuffrè, Milano 2008. On peut aussi reprendre les conclusions de Joaquin Sedano, en affirmant que ni la thèse de la parfaite continuité, ni celle de la rupture absolue ne semblent rendre raison des conséquences réelles de la première codification (J. SEDANO RUEDA, *Dal « Corpus iuris canonici »*, op. cit., p. 237) : « Non sembra del tutto giustificata la netta distinzione tra l'impostazione del codice pio-benedettino e quella del diritto canonico medievale e post-tridentino, affermata dal Kuttner e poi ripresa da altri studiosi. Non sembra neppure convincente quella tesi troppo semplicistica tesa ad evidenziare la completa continuità col passato, appoggiandosi sull'autorità della *Praefatio* del Gasparri, e secondo la quale il codice rappresenterebbe l'esito di un processo del tutto coerente di sviluppo delle collezioni canoniche precedenti, e dunque il *Codex* non sarebbe altro che un *novum Corpus*. Ci sono delle fratture sì, ma non così profonde da poter parlare di uno spartiacque essenziale. » Parmi les études qui ont sans doute trop accentué les différences, on pourrait mentionner en particulier S. KUTTNER, *Il diritto canonico nella storia*, « Jus », 28 (1967) 239-251. En sens inverse : A. M. STICKLER, *Historia iuris canonici latini : institutiones academicae*, Vol. I *Historia Fontium*, Roma 1985³, p. 371 ; B. E. FERME, *Il Codice di Diritto Canonico del 1983 in prospettiva storica*, dans PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI (éd.), *Vent'anni di esperienza canonica : 1983-2003*, Città del Vaticano 2003, p. 43-55.

⁸ La question du caractère supposé neutre de la forme du code se pose évidemment, comme l'ont souligné Paolo Grossi et Carlo Fantappiè : P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, « Quaderni Fiorentini », 14 (1985) 587-599 ; *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, dans A. CATTANEO (éd.), *L'eredità giuridica di san Pio X*, Venezia 2006, p. 141-154 ; *Storicità del diritto*, « Apollinaris », 79 (2006) 105-116. Le lien entre forme et contenu ne peut être nié et il est évident que le processus de codification n'est pas resté purement instrumental et formel.

⁹ A. M. STICKLER, *La funzione della scienza storica di diritto canonico nella codificazione pio-benedettina e per la riforma attuale del diritto canonico*, « L'année canonique », 15 (1971), p. 525-549.

¹⁰ La traduction est nôtre. Stickler ajoute (*Ibid.*, p. 526) : « riformarlo eliminando solo le leggi superate ed inutili, correggendo quelle non più rispondenti alle nuove condizioni di vita ecclesiastica, sopprimendo alle lacune esistenti con appropriate norme nuove. Così, si voleva non solo

un objectif essentiellement pratique et pastoral : proposer un droit facilement applicable par les curés, clair et sûr, mais sans révolutionner le droit, comme l'affirme le can. 6 : « *Codex vigentem hucusque disciplinam plerumque retinet, licet opportunas immutationes afferat* ». Dans une même perspective de continuité historique, Stephan Kuttner commentait : « En mettant l'accent sur la continuité historique, Gasparri et ses collaborateurs étaient conscients de la dimension historique des dispositions et des doctrines canoniques qu'ils voulaient reprendre sous une forme plus moderne dans la nouvelle codification¹¹. » En outre selon Stickler, le caractère obligatoire des normes passées était conservé de façon indirecte dans le nouveau droit¹².

Stickler mentionne un autre argument en faveur de la continuité. La publication des sources des canons du code par Gasparri et Serédi montrait « clairement que pratiquement toutes les normes avaient leurs racines et leurs développements dans la législation précédente et que très peu de canons étaient privés de ces références historiques et pour cette raison vraiment nouveaux¹³. » Il semble donc possible d'interpréter la codification comme « la conclusion naturelle d'un long processus historique substantiellement linéaire et répondant aux exigences de la vie juridique de l'Église¹⁴. » S'il ne semble pas possible d'adhérer à toutes les conclusions de Stickler, ces considérations montrent au

porre termine all'incertezza del diritto vigente ma anche rendere meno difficile lo studio e la conoscenza di esso, unificando tutta l'enorme massa del materiale legale sparso in innumerevoli fonti. » L'auteur fait référence à : A. VAN HOVE, *Prolegomena (Commentarium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici)*, Malines-Rome 1945, p. 612; A. M. STICKLER, *Historia iuris canonici latini. I Historia fontium*, Torino 1950, p. 371-374; U. STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici. Eine Einführung in das auf geheiss Papst Pius X. verfasste und von Papst Benedict XV. erlassene Gesetzbuch der Katholischen Kirche*, Stuttgart 1918. Le cardinal Gasparri décrit lui-même ainsi le but de la codification dans sa préface au CIC et dans son intervention au *Congresso Storico di Diritto* de Rome en 1934 : P. GASPARRI, *Storia della codificazione del diritto canonico per la Chiesa latina*, dans *Acta congressus iuridici internationalis Romae 1934 habiti*, Vol. 4, 1937. Cf. aussi S. KUTTNER, *The Code of Canon Law in Historical Perspective*, « *The Jurist* », 28 (1968) 129-148 (l'original italien se trouve dans S. KUTTNER (éd.), *Commemorazione del cinquantesimo anniversario della promulgazione del Codex iuris canonici*, Città del Vaticano 1967).

¹¹ S. KUTTNER (éd.), *Commemorazione*, op. cit., p. 28. La traduction est nôtre.

¹² A. M. STICKLER, *La funzione della scienza storica*, op. cit., p. 527 : « Anche il fatto che tutto questo diritto antico, col codice e nel codice, non ha più valore giuridico originario ma trae tutta la sua forza obbligatoria solamente dal legislatore nuovo, cioè da Benedetto XV, non cambia questo stato di cose, ma trasforma solamente l'obbligatorietà da antica in nuova, per cui solo in questo senso il diritto antico del codice è anche diritto nuovo. »

¹³ *Ibid.*, p. 526-527. La traduction est nôtre. L'auteur fait référence à U. STUTZ, *Der Geist des Codex*, op. cit., p. 57-79.

¹⁴ J. SEDANO RUEDA, *Dal « Corpus iuris canonici »*, op. cit., p. 217. La traduction est nôtre. L'auteur fait référence à G. FELICIANI, *Mario Falco e la codificazione del diritto canonico*, dans M. FALCO, *Introduzione allo studio del « Codex iuris canonici » (Religione e società (Il mulino))*, Bologna 1992, p. 22; P. GASPARRI – E. SERÉDI (éd.), *Codicis iuris canonici fontes, I-IX*, Typis Polyglottis Vaticanis, Romae 1923/1939.

moins que le procès de codification ne voulait pas abandonner l'histoire dans le sens de « droit passé », mais le préservait à l'intérieur d'une nouvelle forme clarificatrice, logique et unificatrice du droit.

2. CONNAISSANCE PRATIQUE ET SAVOIR SCIENTIFIQUE

Si l'on passe des intentions à la mise en œuvre de la codification, en plus de l'objectif de préservation, intégration et reformulation dans la continuité du droit précédent, apparaît un autre prérequis déjà mentionné, celui du caractère pratique et facilement applicable du droit codifié. Ce désir s'inscrit dans le dessein de réforme pastorale voulu par Pie X, dans lequel le code, et non plus une collection canonique, devait faciliter la compréhension et l'application du droit, en le disposant suivant des articles brefs, sans démonstrations ou commentaires, mais avec des notes qui en indiquaient les sources¹⁵.

Dans un tel cadre, le rôle de l'histoire (toujours ici dans le sens de « droit du passé ») apparaît essentiellement pratique. L'histoire sert de « matériel normatif », de « réservoir de normes » en vue de sa reformulation en canons clairs et concis. La continuité avec l'histoire est maintenue, mais disparaît alors une autre dimension de l'histoire comme connaissance scientifique du passé. Il ne s'agit pas pour autant « d'instrumentaliser » l'histoire, car le projet de codification ne prétend pas a priori « utiliser » ou « déformer » l'histoire selon une idéologie préconçue, mais l'histoire se trouve néanmoins réduite à un pur contenu normatif. C'est sans doute pour cette raison que Stickler, bien qu'il soit en faveur de la thèse de la continuité, indiquait un changement de point de vue de la part des canonistes. Ses réflexions sont décisives pour comprendre les raisons profondes de l'éloignement entre science historique et connaissance canonique au cours du processus de codification :

Jusqu'au code, tous les canonistes [...] étaient aussi nécessairement des historiens ; ou plutôt, ils devaient avoir une connaissance du statut « historique » du droit en vigueur [...]. Mais

¹⁵ Cf. G. BRUGNOTTO, *Il Codex del 1917 : la scelta della codificazione per la riforma della Chiesa*, « Quaderni di diritto ecclesiale » 30 (2017) 152 : « Il carattere molto pratico del progetto di codificazione si intravede nel pro-memoria che il Papa invia a Gasparri l'11 marzo 1904 : "Per tutto questo io propenderei per l'immediata codificazione, che si compendierebbe : 1° Nell'estendere in brevi articoli le prescrizioni del diritto secondo i vari argomenti senza dimostrazioni e commentari e colle semplici note d'onde furono tolti ; 2° Nell'abbandonare tutto quello che fu abrogato [,] nel riformare e nell'aggiungere ciò che manca nella legislazione ecclesiastica ; 3° nel conservare le tradizioni sulla divisione del codice in *diritto pubblico e privato*, nei *Giudizi ecclesiastici*, in *personis*, in *rebus*, etc. » Le *pro-memoria* a été publié par C. FANTAPPIÈ, *Gl'inizi della codificazione pio-benedettina*, « Il diritto ecclesiastico », 113 (2002) 81.

cette connaissance était éminemment pratique, plus que scientifique. De fait, les grands commentaires des « *probati auctores* » étaient en général des traités exégétiques sur les décrétales, alors que très peu d'entre eux exposaient tout ou partie du droit en vigueur avec une méthode scientifique proprement historique¹⁶.

L'expression utilisée par Stickler indique un des facteurs décisifs qui explique le sort de la science historique dans le processus de codification et dans le droit codifié. La problématique de l'histoire dans la codification n'est pas tant celle de la continuité ou de la rupture avec le droit du passé, que celle de la nature de la connaissance historique et de sa finalité dans le nouveau droit canonique. Les codificateurs ne souhaitaient pas bouleverser ou effacer le droit passé, mais leurs préoccupations étaient pratiques et non scientifiques¹⁷. Leur façon d'utiliser l'histoire a déterminé en grande mesure son futur après la codification : « Cette mentalité des codificateurs, unie à la finalité éminemment pratique de la codification de Pie X sont par conséquent les causes principales du fait que cette grande œuvre n'ait pu devenir la marraine de l'histoire scientifique et de la science historique du droit canonique¹⁸. »

Le caractère pratique de l'utilisation de l'histoire dans le processus de codification fut aussi renforcé par la systématique retenue. Le choix du modèle des codifications civiles a orienté les codificateurs vers les « Institutions », qui offraient un ordre relativement systématique et logique adapté à une finalité pratique, pour la connaissance et l'application de la loi. Suivant Stickler, même si les codificateurs furent conscients du danger de graves incohérences qui devaient se répercuter sur les conceptions fondamentales du droit canonique lui-même¹⁹, les avantages d'un système simple et si proche des codes civils

¹⁶ A. M. STICKLER, *La funzione della scienza storica*, op. cit., p. 527. La traduction est nôtre.

¹⁷ *Ibid.* : « I canonisti dunque, che erano incaricati della codificazione, essendo tutti giuristi con preoccupazioni pratiche e in possesso di tutte le necessarie conoscenze storico-pratiche del diritto della Chiesa, non sentivano, nella loro grande maggioranza, il bisogno di una penetrazione storico-scientifica del vasto materiale. » Stickler poursuit en citant quelques exemples : « pur trovandosi in mezzo ad essi anche uomini di grande sensibilità giuridico-storica (p. es. tra i consumati il Wernz e tra i giovani Eugenio Pacelli). Il tipo classico è rappresentato proprio dal più grande di essi che era il vero artefice del lavoro e perciò dello stesso Codice, Pietro Gasparri. Le sue stesse opere ne sono una chiara testimonianza, ma anche uomini che lo hanno conosciuto da vicino e personalmente, lo affermano esplicitamente. Tra questi il Cardinale Fr. Roberti che tenne la solenne commemorazione del 25° della morte del Gasparri all'Università del Laterano nell'ottobre del 1959, e che disse in questa occasione testualmente : "Il Gasparri non fu un'erudito del diritto, non c'è quasi nulla di erudizione nei suoi testi; egli lesse ben pochi libri anche giuridici. Nemmeno fu un teorico che abbia elaborato nuovi sistemi dottrinali, ma fu un giurista vero, pratico. Intese il diritto come lo intesero i Romani : *ars boni et aequi*." » (F. ROBERTI, *Commemorazione del 25° della morte di P. Gasparri*, « Apollinaris », 33 (1960) 35.)

¹⁸ La traduction est nôtre. Cf. A. M. STICKLER, *La funzione della scienza storica*, op. cit., p. 528.

¹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 529-530; T. SOL, *La sistematica del Codice canonico del 1917 comparata con quelle delle codificazioni civili del tempo*, « Ephemerides iuris canonici », 57/2 (2017) 473-506. La division

étaient supérieurs. Ainsi l'histoire, réduite au statut de source de matériaux normatifs pour la rédaction des nouveaux canons, n'est plus intégrée au niveau scientifique de la réflexion canonique, car la systématique choisie ne procédait pas d'une réflexion sur l'évolution propre du droit dans l'Église, mais empruntait la voie de la rationalité abstraite et déductive qui animait les codifications civiles²⁰.

3. LE RÔLE DES SOURCES DANS L'INTERPRÉTATION DES CANONS ET DANS L'ENSEIGNEMENT

Les critères d'interprétation des canons et les dispositions pour l'organisation de l'enseignement du droit canonique complètent la description du rapport entre histoire et codification. La signification et les effets de l'utilisation de la méthode exégétique ont déjà été amplement étudiés²¹. Le droit antique abrogé par le code perdit sa qualité de source de droit. Il demeura un moyen d'interprétation des nouveaux canons (can. 6, 2^o), mais de second rang. Le droit antique n'aura pas même le caractère de source subsidiaire, car on lui préférera l'analogie pour combler les lacunes de la loi (can. 20)²². En ce qui concerne l'enseignement du droit canonique, par l'instruction *Cum novum iuris* du 7 août 1917²³, la Congrégation des séminaires et des universités préconisa l'utilisation de la méthode exégétique²⁴ : le code devait être expliqué non pas

entre *personae*, *res actiones* et la difficulté de son application au droit canonique en est un exemple habituel.

²⁰ Sur les problèmes posés par l'adoption de la codification civile, cf. C. FANTAPPIÈ, *Dal paradigma canonistico classico al paradigma codificatorio*, dans N. ALVAREZ DE LAS ASTURIAS – E. BAURA DE LA PEÑA – T. SOL (éd.), *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, Milano 2017, p. 3-34; E. BAURA DE LA PEÑA, *Lo spirito codificatore e la codificazione latina*, « *Ius Ecclesiae* », 29 (2017) 15-37.

²¹ Nous nous limitons à citer C. R. M. REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al codice di diritto canonico del 1017 e a quello del 1983*, « *Periodica de re morali canonica liturgica* », 86 (1997) 57-100; *L'adozione del principio della codificazione : significato ecclesiologico soprattutto in riferimento alla ricezione*, dans H. LEGRAND – J. MANZANARES – A. GARCÍA Y GARCÍA (éd.), *La recepción y la comunión entre las Iglesias (Actas del Coloquio internacional de Salamanca, 8-14 abril 1996)*, Salamanca 1997; V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917 nella dottrina e nell'insegnamento*, dans N. ALVAREZ DE LAS ASTURIAS – E. BAURA DE LA PEÑA – T. SOL (éd.), *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, Milano 2017, p. 71-119.

²² Cf. J. SEDANO RUEDA, *Dal « Corpus iuris canonici »*, op. cit., p. 234.

²³ S. CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET DE STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, *Cum novum iuris – De novo Iuris Canonici Codice in Scholis proponendo*, « *AAS* », 9 (1917) 439.

²⁴ Alors qu'un premier projet insistait sur l'importance d'un encadrement historique de l'exégèse des canons, Pietro Gasparri avait finalement imposé l'application des méthodes utilisées pour l'interprétation des codes civils. Cf. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, op. cit., p. 1152-1153; V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, op. cit., p. 88.

de façon synthétique mais à l'aide d'une analyse minutieuse, canon par canon. Les professeurs et les docteurs devaient « *singulos canones diligenti explanatione interpretari* », même si, afin de favoriser une connaissance plus profonde du droit chez les élèves, on leur demandait également, lorsqu'ils aborderaient l'étude d'une institution juridique, d'en exposer les origines, les développements et les changements qui se sont produits au fil du temps²⁵.

Une autre instruction de la même congrégation, *Legum canonicalium Codice – De experimentis ad gradus in iure canonico assequendos* du 31 octobre 1918²⁶ établit en outre des prescriptions concernant les examens, selon lesquelles les candidats devaient être aussi en mesure de faire un exposé de l'origine, du développement et de l'histoire de chaque institution canonique. Toutefois ce document aura pour effet pratique de diminuer encore la dimension historique dans l'interprétation des normes du code, en faveur de sa dimension rationnelle et atemporelle, à la différence des intentions du pape Pie X et des rédacteurs du code²⁷. Ces normes devinrent plus flexibles grâce à la constitution apostolique *Deus scientiarum Dominus – De Universitatibus et Facultatibus Studiorum Ecclesiasticorum* du 24 mai 1931²⁸ et dans les *Ordinationes* pour leur correcte application de la Congrégation pour les séminaires et les universités²⁹. L'article 29 de la constitution apostolique *Deus scientiarum Dominus* établissait en effet que dans les facultés de droit canonique, aussi bien l'histoire et le texte des lois ecclésiastiques que leur *ratio* et leurs liens devaient être exposés de façon scientifique³⁰. L'article 27 des *Ordinationes* mentionnait quatre disciplines auxiliaires : les institutions du droit romain, le droit concordataire, les éléments de droit civil en vigueur et l'histoire du droit canonique (sources, institutions, science)³¹. La méthode exégétique ne fut donc pas si exclusive qu'on a pu le dire et a laissé quelque espace à la connaissance historique des institutions juridiques³².

²⁵ Cf. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, op. cit., p. 88-89.

²⁶ S. CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET DE STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, *Legum canonicalium Codice – De experimentis ad gradus in iure Canonico assequendos*, « AAS », 11 (1919). Cf. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, op. cit., p. 89.

²⁷ Cf. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, op. cit., p. 89-90. L'auteur ajoute que Franz Xaver Wernz, peu de temps avant de mourir, en 1914, écrivait que la méthode historique aurait été encore plus nécessaire et utile aux canonistes après la codification F. X. WERNZ, *Ius decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris decretalium*, Prati 1913³, Vol. 1 n. 265, p. 383).

²⁸ « AAS » 23 (1931) 241-262.

²⁹ « AAS » 23 (1931) 263-284.

³⁰ "In Facultate Iuris Canonici tam historia et textus legum ecclesiasticarum quam earundem ratio et nexus modo scientifico exponatur."

³¹ Cf. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, op. cit., p. 91-92.

³² Cf. C. R. M. REDAELLI, *Il metodo esegetico*, op. cit., p. 64.

Comment ces prescriptions furent-elles mises en application ? Dans la pratique, en ce qui concerne l'enseignement dans les séminaires, instituts et facultés ecclésiastiques, les manuels d'Albert Blat³³ et de Pietro Vidal³⁴ intégraient l'histoire du droit, même si dans le manuel de Vidal le recours à l'histoire reste en réalité assez discret lorsqu'il aborde les diverses institutions³⁵. L'application de la méthode exégétique pesa lourdement sur la science canonistique en particulier au cours des dix premières années qui suivirent la promulgation du code³⁶. Ceci eut un double effet : d'un côté l'affaiblissement de l'influence que l'école historique allemande avait commencé à exercer à travers l'œuvre de Wernz ; d'un autre côté, le développement durable de la doctrine canonique de type exégétique³⁷. Certes, la méthode exégétique ne fut pas exclusive, mais elle tendit à prédominer comme instrument didactique plus que comme choix méthodologique délibéré au niveau de la science canonique³⁸.

³³ Cf. A. BLAT, *Commentarium textus codicis iuris canonici. Liber L Nonnae generales. Praevio Tracratu Introductorio et Appendice subsequente de legibus ac libris liturgicis*, F. Ferrari, Romae 1921, p. 30. Redaelli résume ainsi les trois objectifs que Blat avait assignés à son travail : suivre la connexion des canons, en en expliquant les motivations et en les traitant avec estime et amour ; montrer les ressemblances et les différences avec le droit précédent ; interpréter les canons suivant l'esprit et la volonté du Législateur.

³⁴ Cf. F. X. WERNZ – P. VIDAL, *Ius canonicum ad Codicis normam exactum. Tomus I : Normae generales*, Romae 1938, p. 86.

³⁵ Cf. C. R. M. REDAELLI, *Il metodo esegetico*, op. cit., p. 67-68.

³⁶ Cf. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, op. cit., p. 95. L'auteur fait référence à l'analyse de Pedro Lombardia qui écrivait : « Pubblicato il Codice, l'interesse dei canonisti, in primo luogo di quelli delle facoltà ecclesiastiche, si accentrò sul nuovo corpo legale, la cui esegesi fu la meta degli sforzi scientifici successivi e la cui sistematica ispirò le nuove opere fondamentali di carattere generale. Wernz [...] fu di quelli che resero possibile, nonostante lo scetticismo di altri, l'opera della codificazione e che rappresentano, indubbiamente, una parentesi nel processo di decadenza ; ma, pubblicato il Codice, l'influenza immediata dello "Ius Decretalium" doveva terminare. » Cf. P. LOMBARDÍA, *Aportaciones de Vincenzo del Giudice al estudio sistemático del Derecho canónico*, « Ius Canonicum », 2 (1962) 289-325. On trouve une version italienne du texte dans P. LOMBARDÍA, *Contributi di Vincenzo del Giudice allo studio sistematico del Diritto Canonico*, « Il diritto ecclesiastico », 74 (1963) 3-48.

³⁷ Cf. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, op. cit., p. 95-96 ; J. FORNÉS, *La ciencia canónica contemporánea : valoración crítica*, Pamplona 1984, p. 296-307.

³⁸ C. R. M. REDAELLI, *Il metodo esegetico*, op. cit., p. 69-70 : « Pare importante sottolineare che non si può essere semplicisti nel classificare tutta o una buona parte della canonistica successiva al Codice del 1917, legata agli istituti accademici ecclesiastici, come esegetica. In realtà, l'innegabile preponderanza del metodo esegetico va vista come prevalenza del riferimento al *textus* del codice, non come esclusività metodologica : è il codice che va capito, interpretato, studiato e – forse soprattutto – applicato. Per fare ciò occorre certamente sottoporlo a esegesi, utilizzando tutte le indicazioni che lo stesso codice offre in materia di interpretazione (cf. cc. 17-20), ma con l'aiuto della storia e sulla base di una buona cultura giuridica generale (da qui la presenza della filosofia del diritto, del diritto romano, ecc. nel piano di studi proposto dalla *Deus scientiarum Dominus* e dalle relative *Ordinationes*). »

En ce qui concerne le rôle de l'histoire dans la doctrine, il est intéressant de reprendre les conclusions de Redaelli sur la position de la canonistique laïque italienne :

Tout au plus, comme le soutient D'Avack, l'option pour la méthode exégétique [...] peut être comprise dans la mesure où dans les séminaires et les institutions académiques pontificales l'enseignement du droit canonique n'avait pas pour but la formation juridique [...] mais « avait toujours un caractère et une fonction de préparation professionnelle. Son rôle fondamental était en fait surtout pratique et consistait à former de bons fonctionnaires pour les institutions de l'Église³⁹. » L'exégèse est acceptable pour former des fonctionnaires, mais pas des universitaires⁴⁰.

À partir de la codification, l'histoire fut donc utilisée dans l'enseignement comme discipline auxiliaire pour aider à comprendre l'origine des institutions et mettre en rapport le nouveau droit avec les sources du passé, mais dans un but essentiellement pratique. D'Avack souhaitait cependant qu'un traitement différent fût réservé à l'histoire dans le domaine de la recherche. Là se trouvent en partie les prodromes de la séparation entre une utilisation pratique et limitée de l'histoire comme introduction à l'étude des canons (qui réduisit l'histoire à un ornement érudit de l'étude pour former de « bons fonctionnaires de l'Église ») et une étude scientifique, mais séparée du droit vigueur. C'est précisément ce point que nous devons maintenant analyser.

4. LA SÉPARATION ENTRE L'HISTOIRE ET L'EXPOSITION DU DROIT EN VIGUEUR

En 1905 Auguste Boudinhon avertissait déjà les canonistes sur les conséquences possibles de la codification : « Les anciens textes garderont leur valeur historique, et même, jusqu'à un certain point, leur valeur juridique ; mais ils cesseront d'être des lois, et perdront toute valeur législative officielle⁴¹. » Certains commentaires d'Alfons Maria Stickler et d'Ulrich Stutz, focalisés sur la place laissée à la science historique dans le droit canonique après la codification semblent spécialement emblématiques du changement de statut épistémologique du droit antique au cours de son passage à l'histoire. Selon eux, le divorce entre histoire et droit en vigueur devait être interprété en termes positifs de libération de l'histoire et de voie enfin ouverte à une « pure historicité ».

³⁹ P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. 1. Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano 1956, p. 8. La traduction est nôtre.

⁴⁰ C. R. M. REDAELLI, *Il metodo esegetico*, op. cit., p. 77-78. La traduction est nôtre.

⁴¹ A. BOUDINHON, *De la codification du droit canonique (1905)*, « Le canoniste contemporain », 28 (1905) 77.

Ils observent tout d'abord, comme nous l'avons vu, que les normes des collections canoniques précédentes furent à la fois intégrées et abolies par la codification. Il s'agissait là d'une nouveauté dans l'histoire de la législation ecclésiastique. Ainsi, selon Stickler, qui reprenait alors les très pertinentes observations de Stephan Kuttner, « le code a créé de façon involontaire ce divorce entre histoire et droit en vigueur que l'on peut aujourd'hui constater, sauf à de rares mais notables exceptions, dans l'enseignement et dans l'application pratique du droit canonique⁴². » Mais en retour, au lieu de nuire à la discipline historique du droit canonique, cela lui a plutôt été bénéfique, parce qu'en la libérant de sa fonction pratique, superficielle et souvent non scientifique, du point de vue proprement historique, cette situation lui a ouvert de larges possibilités pour un s'organiser de façon autonome et suivant les critères de la science moderne⁴³.

La remarque de Stickler porte sur deux aspects. Il reconnaît d'un côté le divorce entre les deux disciplines scientifiques : le droit du passé fait pleinement partie de l'histoire en ce qui concerne sa formulation, mais il est précisément « histoire » parce qu'il a cessé d'être « droit » ! D'où la seconde observation : ce divorce est interprété de façon positive en termes de libération. En somme, le droit antique aurait été soulagé de son utilisation pratique, non scientifique, et le prix à payer (son abolition ou sa mort officielle en tant que droit) serait la condition de sa renaissance sous une forme autonome et maintenant vraiment scientifique. Stickler a en fait raison, car, sous le profil de la considération de l'histoire, la codification a en effet consenti de percevoir l'historicité des sources et cela a eu des conséquences bénéfiques sur le développement spécialisé de la science historique du droit canonique⁴⁴.

Une telle séparation avait en effet été préconisée par Stutz dans sa conférence de 1905, où il réclamait l'autonomie méthodologique pour la science historico-canonique⁴⁵. Juste après la promulgation du code, Stutz avait repris

⁴² Cf. A. M. STICKLER, *La funzione della scienza storica*, op. cit., p. 534. L'auteur fait référence à S. KUTTNER (éd.), *Commemorazione*, op. cit., p. 39, dont nous traduisons ici nous-mêmes le texte.

⁴³ Nous traduisons ici librement A. M. STICKLER, *La funzione della scienza storica*, op. cit., p. 534. L'auteur fait référence à U. STUTZ, *Der Geist des Codex*, op. cit., p. 166-173.

⁴⁴ Cf. C. J. ERRÁZURIZ MACKENNA, *Lo studio della storia*, op. cit., p. 117-118, que nous traduisons ici librement. L'auteur semble suivre la même idée que Stickler, quand celui-ci écrivait : « Fino al Codice di diritto canonico del 1917 l'accumulo delle fonti almeno formalmente in vigore produceva certo un qualche contatto pratico del canonista con la storia, ma nello stesso tempo favoriva una mancanza di vera mentalità storica, dal momento che i vari strati delle fonti apparivano anzitutto come testi giuridici vincolanti in ciò che non fosse stato abrogato. » (A. M. STICKLER, *La funzione della scienza storica*, op. cit., p. 534).

⁴⁵ U. STUTZ, *Die Kirchliche Rechtsgeschichte : Rede zur Feier des 27. Januar 1905 gehalten in der Aula der Universität zu Bonn*, Stuttgart 1905. Cf. les analyses de C. FANTAPPIÈ, *Problems of Methodology in*

le même argument et affirmait que le nouveau code, en abolissant le droit précédent, avait en fait permis de rendre « purement historique » tout un matériel qui, avant la codification, était en même temps la discipline canonique toujours en vigueur⁴⁶. En référence au canon 6 § 2-4⁴⁷, Stutz précisait que cela valait pour les lois du passé en contradiction avec le nouveau code, pour les lois non mentionnées dans le code, spécialement les lois pénales⁴⁸, mais aussi pour le droit en harmonie avec le nouveau code. Tout ce matériel juridique « tombait » pour ainsi dire dans le domaine de l'histoire, car il ne servait encore au droit en vigueur que dans la mesure où il pouvait aider à interpréter une nouvelle norme⁴⁹. Selon Stutz, le droit passé en concordance avec le nouveau droit avait donc une vie subsidiaire, secondaire comme droit, mais pouvait acquérir une « vie nouvelle » en entrant dans l'histoire. Quant au droit qui n'avait pas été repris ou qui se trouvait en contradiction avec le nouveau code, il n'était même plus une source juridique, mais seulement un « *Rechtsdenkmal* »⁵⁰. Tout le droit en vigueur jusqu'au code de 1917 appartenait désormais à l'histoire du droit et

Canon Law in the 20th Century, dans M. FAGGIOLI – A. MELLONI (éd.), *Religious Studies in the 20th Century. A Survey on Disciplines, Cultures and Questions. International Colloquium Assisi 2003*, 2006, p. 121-134; *Storia del diritto canonico in epoca moderna : problemi e prospettive*, op. cit., p. 485.

⁴⁶ U. STUTZ, *Der Geist des Codex*, op. cit., p. 161 : « Der Erlass des neuen Gesetzbuchs bewirkt auch, dass eine Unmenge von Rechtsstoff, der bisher als geltend mitgeführt wurde, wiewohl er vielleicht tatsächlich nicht mehr zur *vigens disciplina ecclesiae* gehörte, in aller Form außer Geltung gesetzt und der Geschichte überwiesen, also rein historisch wird. » Stutz se réfère au can. 6 §1 : « Leges quaelibet, sive universales sive particulares, praescriptis huius Codicis oppositae, abrogantur, nisi de particularibus legibus aliud expresse caveatur. »

⁴⁷ Can. 6 § 2 « Canones, qui ius vetus ex integre referunt, ex veteris iuris auctoritate, atque ideo ex receptis apud probatos auctores interpretationibus, sunt aestimandi ; § 3 Canones qui ex parte tantum cura veteri iure congruunt, qua congruunt, ex iure antiquo aestimandi sunt ; qua discrepant, sunt ex sua ipsorum sententia diiudicandi ; § 4 In dubio num aliquod canonum praescriptum cum veteri iure discrepet, a veteri iure non est recedendum. »

⁴⁸ Can. 6 §5 : « Quod ad poenas attinet, quarum in Codice nulla fit mentio, spirituales sint vel temporales, medicinales vel, ut vocant, vindicativae, latae vel ferendae sententiae, eae tanquam abrogatae habeantur. »

⁴⁹ Cf. U. STUTZ, *Der Geist des Codex*, op. cit., p. 163 : « Doch nicht genug damit. Auch das ältere Gesetzesrecht, das mit den Bestimmungen des Kodex übereinstimmt, fällt tatsächlich der Rechtsgeschichte anheim. Es ist zwar nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt. Aber es dient höchstens noch als Auslegungsmittel. Kanones des neuen Gesetzbuches, die ganz oder zum Teil mit dem alten Rechte übereinstimmen, sollen nämlich in dessen Sinn verstanden werden. Weiter nichts. Mit anderen Worten : Das bisherige Recht führt auch in dem Regelfalle der Übereinstimmung des neuen mit ihm nur noch ein Scheindasein, es lebt bloß der Idee nach in der ursprünglichen Fassung fort, es ist nur, um die Tradition zu wahren und den Zusammenhang mit der kirchlichen Vergangenheit nicht zu stören, nicht ausdrücklich aufgehoben worden. »

⁵⁰ *Ibid.*, p. 164 : « Die vor dem Kodex ergangenen Kirchengesetze, die in dem Gesetzbuch nicht ausdrücklich aufrechterhalten sind, haben, auch soweit sie und die neuen Kanones materiell übereinstimmen, tatsächlich nicht mehr die Bedeutung von Rechtsquellen, sondern nur noch die von Rechtsdenkmälern. »

dans le meilleur ou, peut-être pour Stutz, le pire des cas, il restait une source indirecte du droit en vigueur⁵¹. Ainsi naissait et pouvait se développer selon Stutz une vraie science historique du droit. D'une certaine manière, et de façon assez surprenante, la codification avait donné naissance à une science historique du droit canonique en « rejetant » le droit passé dans l'histoire :

À peu près à la même époque que la codification, se développa un mouvement scientifique qui voulait assurer à la science du droit canonique un traitement égal à celui des sciences du droit romain et du droit allemand. Il fallait pour cela opérer une division nette entre histoire, dogmatique ou systématique dans le droit canonique et promouvoir l'histoire du droit canonique au statut d'objet de recherche et de connaissance⁵².

Quelles sont les conséquences de cette « pure historicité » revendiquée par Stutz, et comment les qualifier ? Elles sont sans doute positives si l'on considère comme Stutz que seul un droit « mort » comme droit peut devenir un objet d'étude scientifique historique et si l'on pense en outre que la canonistique soit au fond exclusivement une science du code⁵³. Néanmoins, la notion de « pure historicité » semble aussi liée à une vision partielle du statut épistémologique de l'histoire comme science. Rémi Brague offrait récemment une réflexion sur la science historique au cours de la Modernité, qui pourrait être parfaitement appliquée ici à notre problématique :

Nous aimons le passé historique dans la mesure où il est tenu à distance de nous par la science historique qui le « prépare » comme un animal à disséquer, et le réduit au statut d'objet de connaissance. Le passé devient alors ce qui est autre que nous⁵⁴.

La « pure historicité » comprise comme altérité et éloignement du droit en vigueur confère sans doute à l'histoire une certaine autonomie et permet à la

⁵¹ *Ibid.*, p. 164-165 : « Er wird dadurch zur Hauptquelle, zu der die älteren, nur noch für Auslegungszwecke in loser – man möchte sagen, höchst akademischer – Beziehung verbleiben. Nicht einmal als subsidiäre Quelle im eigentlichen Sinne [...] kommt das *Corpus iuris canonici* für das Recht des Kodex im Betracht [...] nur in dem oben erwähnten beschränkten Sinne, nämlich zur Auslegung, zum Verständnis übernommenen alten Rechtes tritt das *Corpus iuris canonici* noch dem Kodex hinzu, ist in diesem, und zwar nicht einmal ausdrücklich, sondern nur unter der Bezeichnung *veteris iuris auctoritas* auf jenes mit verwiesen. » L'auteur fait référence au canon 20 : « Si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis, norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique sententia doctorum. »

⁵² *Ibid.*, p. 167. La traduction est nôtre.

⁵³ *Ibid.*, p. 169 : « Die Kanonistik der Zukunft, wenigstens der nächsten, wird also eine durchaus exklusive Kodizistik sein. Und dennoch erhoffe ich von dem Kodex eine Förderung unserer auf die Verselbständigung der kirchlichen Rechtsgeschichte abzielenden Bewegung. »

⁵⁴ R. BRAGUE, *Modérément moderne*, op. cit., p. 57. L'auteur ajoute : « Une formule de Nietzsche met en lumière, sans le thématiser ce parallélisme : une certaine sorte d'histoire consiste à faire « le promeneur gâté dans le jardin du savoir » (F. W. NIETZSCHE, *Unzeitgemässe Betrachtungen, II : Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben*, Stuttgart 1964, préface, t. 1, p. 245).

science de se développer en travaillant sur un matériel devenu inerte, mais elle perd en même temps son intérêt, précisément parce qu'elle n'est plus vivifiée par le contact avec la réalité. Les mots de Rémi Brague nous mettent en garde contre une telle tentation :

Comme pour le passé naturel, nous utilisons volontiers le passé historique comme un supermarché de modèles anthropologiques dépassés alimentant notre relativisme. En revanche, nous nous méfions du passé historique dans la mesure où nous en sentons la présence en nous comme ce qui nous détermine plus ou moins consciemment à une conduite particulière ; là aussi, nous avons trouvé un terme péjoratif et parlons du « traditionnel ». Nous nous présentons alors le devenir historique non plus comme une prolongation créatrice du passé, mais comme un dépassement qui doit progresser par rapport à celui-ci⁵⁵.

Il n'est donc pas aussi certain que la « pure historicité » aide la science historique et rende aussi service à la canonistique, « dans la mesure où elle a porté à une profonde rupture ou à un divorce, comme Kuttner n'hésitait pas à le définir, entre histoire et droit. Cette scission a été remarquée à maintes reprises dans l'enseignement et dans l'application du droit canonique⁵⁶. » Carlos-José Errázuriz a aussi remarqué que, « comme contrecoup presque inévitable, le recours pratique à l'histoire de la part des canonistes qui s'occupaient du droit en vigueur, sauf cas exceptionnel, a passablement diminué⁵⁷. » Les sources du passé, spoliées de la valeur juridique qu'elles pouvaient encore avoir pour le présent, ne sont pas parvenues à trouver, en dépit de leur nouveau statut épistémologique d'expression proprement et seulement historique, des raisons suffisantes pour susciter l'intérêt, ni chez les canonistes et ni peut-être même chez les historiens⁵⁸.

5. NOTION DE DROIT ET ÉTUDE DE L'HISTOIRE

Dans l'introduction de *Chiesa romana e modernità giuridica* Carlo Fantappiè insistait sur la nécessité de « récupérer la dimension historico-spatiale du droit

⁵⁵ R. BRAGUE, *Modérément moderne*, op. cit., p. 58.

⁵⁶ Cf. J. SEDANO RUEDA, *Dal « Corpus iuris canonici »*, op. cit., p. 233-234. L'auteur fait référence à U. STUTZ, *Die Kirchliche Rechtsgeschichte*, op. cit. ; *Der Geist des Codex*, op. cit., p. 166-173 ; S. KUTTNER, *The Code of Canon Law in Historical Perspective*, op. cit., p. 139.

⁵⁷ C. J. ERRÁZURIZ MACKENNA, *Lo studio della storia*, op. cit., p. 118.

⁵⁸ Cf. *Ibid.*, p. 118-119 : « I progressi della scienza storica, che nel discorso di Stutz venivano caldeggiati non solo come di per sé interessanti ma anche come di grande rilevanza per meglio comprendere il diritto vigente contribuiscono spesso ad approfondire la distanza psicologica nei suoi confronti da parte dei cultori della scienza canonica sul diritto vigente. Normalmente essi ammirano il rigore del lavoro storiografico, ma non osano avvicinarsi ad esso, in quanto lo considerano una sorta di mondo scientifico separato, molto esigente e quasi inaccessibile ai non specialisti. » L'auteur fait référence à U. STUTZ, *Die Kirchliche Rechtsgeschichte*, op. cit., p. 19-27.

dans l'Église catholique » afin de dépasser une vision statique et abstraite du droit, victime d'un processus de *de-historisation* et de *de-spatialisation* advenu lors de la première codification⁵⁹. Comme nous l'avons vu, les raisons de la *de-historisation* du droit sont multiples : un processus de codification aux visées essentiellement pratiques, la prédominance d'une option positiviste, une méthode d'enseignement basé sur l'exégèse des seuls canons, le désir des canonistes de se libérer de l'histoire et celui des historiens de rendre autonome leur propre discipline.

Pour récupérer le lien effectif entre l'étude du droit en vigueur et l'histoire, réaffirmer l'importance de cette dernière est néanmoins aussi nécessaire qu'insuffisant. Personne ne s'oppose en fait vraiment à l'enseignement de l'histoire. Le normativisme accentuerait même paradoxalement et apparemment l'historicité du droit⁶⁰ au prix toutefois de sa réduction à un pur contexte culturel, social et politique. Le processus d'éloignement de l'histoire et du droit est en réalité double et concomitant : la science historique s'est centrée sur un objet purement historique, détaché du droit en vigueur et a par conséquent perdu ou renoncé à sa capacité d'interaction avec l'aspect juridique, tandis que le droit s'est lui-même réduit au seul texte normatif, produit de la seule volonté du législateur. Histoire et droit, victimes de leur revendication de scientificité pure, ont donc de concert contribué à rendre leur rapport extrinsèque, plus décoratif qu'herméneutique.

L'histoire, privée de finalité et de contenu juridique, ne semble plus être en mesure de remplir son rôle principal : comprendre les différences entre la

⁵⁹ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, op. cit., p. XXVI-XXVII : « Conquistare il codice canonico al *dominio della storia* resta [...] un obiettivo di primaria importanza non solo e non tanto per gli storici delle codificazioni [...] ma anche e soprattutto per i canonisti che si trovano ad insegnare o ad interpretare il diritto della Chiesa. Dopo l'aggiornamento dei canoni e il rinnovamento dell'impostazione generale voluti dai padri del Vaticano II, essi continuano a sentirsi gravati nei loro movimenti dalla pesante tutela della Scuola esegetica e ad avere il loro orizzonte limitato dal *diaframma* del codice pio-benedettino. Un diaframma solamente in apparenza neutro e privo di retaggi dottrinali e culturali, ma in realtà densissimo di premesse filosofiche, ecclesiologiche e giuridiche che l'opera di depurazione e di formalizzazione compiuta dai redattori ha volutamente celato per poter elevare il diritto canonico all'altezza della scienza giuridica secolare. »

⁶⁰ Cf. C. J. ERRÁZURIZ MACKENNA, *Lo studio della storia*, op. cit., p. 112-113. Ainsi, pour le normativisme, « la storia del diritto canonico sarebbe la storia dei canoni, ossia delle norme canoniche, del loro originarsi e succedersi nel tempo. [...] Secondo questa visione del diritto, ogni norma ha certamente dei precedenti, che vanno attentamente vagliati, specialmente quando concernono la stessa nascita della norma, nonché le norme precedenti che sono state di fatto considerate nel processo di elaborazione della nuova norma. Questo normativismo, tendenzialmente positivista, accentua in qualche modo la storicità del diritto canonico, poiché lo vede anzitutto come un prodotto culturale dell'uomo, legato ad un determinato momento del pellegrinaggio storico della Chiesa. Si tratta però di una storicità piuttosto ambigua, in quanto tende a separare il diritto dalla realtà ecclesiale. »

forme et la substance du droit, entre les normes pérennes et ce qui résulte de leur adaptation dans le temps. En d'autres termes, elle ne permet plus de comprendre, grâce à la confrontation entre les différentes périodes comment agir de façon juste dans l'Église. C'était pourtant là tout son intérêt⁶¹ ! Il serait ici utile de citer quelques réflexions de Benoît XVI dans le contexte plus large de l'expression de la foi. Il affirmait qu'il serait toujours opportun de se demander ce qui relève des propositions essentielles et ce qui n'est au contraire que propre à une certaine époque. Ainsi, pour savoir ce qui est vraiment essentiel au christianisme, dit Benoît XVI, il faut toujours en revenir à l'évangile et se demander en premier lieu : qu'est-ce qui en fait partie ? Ensuite : qu'est-ce qui change avec le temps ? Enfin : qu'est-ce qui ne lui appartient pas ? Le plus important est finalement toujours de savoir opérer la bonne distinction⁶². Il semble possible d'appliquer au droit canonique ces trois dernières demandes. Elles confèrent à l'histoire du droit un rôle de toute première importance : l'histoire du droit nous intéresse dans la mesure où elle explique la réalisation de la justice au cours de chaque époque, c'est-à-dire dans la mesure où elle nous dit quelque chose de non seulement historique, mais aussi de juridique.

Encore faut-il dans le même temps préciser ce que nous entendons par juridique ! Voilà le second défi : trouver la notion de droit susceptible d'intégrer la dimension historique. D'un côté le droit peut être vu comme norme régulatrice extrinsèque à la réalité ecclésiale, de l'autre comme une dimension constitutive

⁶¹ Cf. N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Il codice di diritto canonico di 1983 : Sua storia e nella storia. – Considerazioni al margine sulla quaestio del contributo del diritto canonico alla vita della Chiesa*, « Folia theologica et canonica » (2015) 250-251. À propos de l'approche fondamentale de l'histoire du droit, l'auteur écrit : « È chiaro che in essa si possono trovare sia modelli, sia precedenti o alternativi a questioni particolari della legislazione attuale. Logicamente, questi approcci offrono abbondante materiale di riflessione per il canonista. Tuttavia, se c'è qualcosa che hanno in comune la storia del diritto canonico e la storia della teologia è che in entrambi si può trovare come diverse generazioni hanno risposto alle stesse domande essenziali, e come nelle risposte successive, si siano lentamente sedimentati, come convinzioni acquisite, elementi che oggi devono essere considerati irrinunciabili. Pertanto, il grande insegnamento che offre la storia del diritto canonico si trova nella risposta alle questioni essenziali che ogni generazione si pone. Sono domande sulla modalità giusta di agire nella Chiesa e sul modo di proteggere quella giustizia. Queste risposte si sono consolidate in quella speciale saggezza giuridica che riceve il nome di tradizione canonica. »

⁶² BENEDIKT XVI, P. SEEWALD (éd.), *Licht der Welt : der Papst, die Kirche und die Zeichen der Zeit*, Freiburg im Breisgau ; Basel ; Wien 2010², p. 170 : « Man muss natürlich immer fragen, welche Dinge, auch wenn sie einmal als wesentlich christlich galten, in Wirklichkeit nur Ausdruck einer bestimmten Epoche waren. Was also ist das wirklich Wesentliche ? Das heißt, wir müssen immer wieder auf das Evangelium und die Worte des Glaubens zurückgehen, um zu sehen : erstens, was gehört dazu ? ; zweitens, was ändert sich rechtmäßig im Wandel der Zeiten ? ; und drittens, was gehört nicht dazu ? Der maßgebliche Punkt ist letztendlich also immer, die richtige Unterscheidung zu finden. »

de l'Église⁶³. Limiter le juridique à la norme s'avère de ce point de vue rédhitoire : l'histoire du droit consistera seulement à énoncer la succession des textes normatifs⁶⁴. Si l'on considère au contraire que le droit est une dimension constitutive de l'Église, alors « l'histoire du droit ecclésial est l'histoire de la dimension de justice propre et constitutive de l'Église elle-même. C'est avant tout l'histoire de la compréhension d'une telle dimension, en tant qu'aspect essentiel de la vérité de l'évangile⁶⁵. » C'est en effet à cette condition que les disciplines historique et juridique entretiennent un rapport intrinsèque⁶⁶.

Certaines caractéristiques spécifiques du droit canonique rendent le problème du lien entre droit et histoire encore plus aigu⁶⁷. Le fait que le droit canonique soit un des plus anciens droits aujourd'hui en vigueur invite aussi à réfléchir sur la signification, les raisons et les conséquences d'une expérience juridique bimillénaire qui constitue un « laboratoire social » unique, porteur de solutions en termes de coordination des traditions juridiques⁶⁸. Or, l'intérêt de cette histoire est précisément lié à la spécificité du droit canonique. Fantappiè remarquait récemment que le droit canonique est davantage fondé sur des principes que sur des normes juridiques. Selon la distinction proposée par Max Weber, il s'agit un ordre rationnel matériel, dans la mesure où il privi-

⁶³ Cf. C. J. ERRÁZURIZ MACKENNA, *Lo studio della storia*, op. cit., p. 110.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 109-110 : « Si è soliti evidenziare ad esempio quanto il positivismo giuridico di taglio normativista e formalista abbia influito nel determinare una scissione almeno tendenziale con la storia, in diversi rappresentanti della cd. scuola laica italiana. Ritengo che sarebbe altresì opportuno meditare sugli effetti benefici che un'adeguata concezione del diritto in generale, e poi specificamente di quello esistente nella Chiesa, possa procurare nell'ambito dei rapporti tra conoscenza storica ed attuale del diritto canonico. »

⁶⁵ *Ibid.*, p. 113-114. La traduction est nôtre.

⁶⁶ Cf. *Ibid.*, p. 120. L'auteur parle d'une convergence d'intérêts qui permettrait de « evitare dannosi isolamenti, che possono portare, da parte degli storici, a trascurare gli aspetti più tecnici della storia giuridica oppure ad orientare il campo delle ricerche secondo interessi diversi da quelli dei grandi problemi giuridici permanenti nella Chiesa, e, da parte dei cultori del diritto vigente, a perdere quella sensibilità storica tanto importante per il loro lavoro scientifico e prudenziale, che sa mettere costantemente in rapporto e valorizzare il diritto umano con riferimento alle circostanze di ogni luogo e momento. »

⁶⁷ Cf. C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico in epoca moderna : problemi e prospettive*, op. cit., p. 489.

⁶⁸ Cf. C. FANTAPPIÈ, *Il diritto canonico : una creazione giuridica superata ?*, « Quaderni di diritto e politica ecclesiastica » (2017) 242, 248. Cette expérience bimillénaire met à nôtre disposition une immense réserve qui contient de nombreux champs de l'activité humaine : juridique, culturel, religieux, social, psychologique. Cf. P. LEGENDRE, *L'histoire du droit canonique classique et la science des cultures*, dans S. KUTTNER – J. J. RYAN (éd.), *Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law. Boston College, 12-16 August 1963*, Città del Vaticano 1965, p. 281-292 ; *L'inscription du droit canon dans la théologie. Remarques sur la Seconde Scolastique*, dans S. KUTTNER – K. PENNINGTON (éd.), *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law. Salamanca, 21-25 September 1976*, Città del Vaticano 1980, p. 443-454.

légie la protection des exigences ético-religieuses et pratiques, de caractère substantiel⁶⁹.

L'histoire du droit est donc une histoire qui a pour objet un droit dont la rationalité est *matérielle*, substantielle⁷⁰. Le droit canonique n'est pas un ensemble de lois, mais plutôt une « mentalité juridique », qui dépasse le normatif. En affirmant cela, Fantappiè se référait aussi à Paolo Grossi, qui parlait d'une « mentalité empirique, qui privilégie le particulier, les circonstances d'un acte, les circonstances humaines en premier lieu mais aussi le contexte et qui conçoit par conséquent la règle juridique comme étant naturellement élastique. Parce qu'elle se concrétise précisément dans une analyse attentive de tant d'individualités, elle donne un rôle central et moteur au juge plus qu'au législateur⁷¹. » Perdre le lien avec l'histoire ou le comprendre comme un rapport seulement extrinsèque, c'est ôter au droit canonique sa spécificité, le priver de ses avantages comparatifs vis-à-vis des systèmes juridiques modernes et priver le droit en général des richesses de l'expérience canonique.

Le droit canonique trouve la raison de son développement dans les situations réelles. Or le phénomène de la codification, combiné au renforcement du positivisme juridique l'en a éloigné pour concevoir le droit comme une norme générale et abstraite que par une suite de syllogismes déductifs on appliquerait à un cas concret. Sans doute la solution au problème méthodologique du rapport entre droit et histoire passe-t-il de façon prioritaire à travers la redécouverte du caractère matériel et substantiel de la rationalité du droit canonique.

⁶⁹ Cf. C. FANTAPPIÈ, *Il diritto canonico : una creazione giuridica superata ?*, op. cit., p. 238 : « Ciò fa la differenza rispetto agli ordinamenti di tipo *razionale formale*, fondati sull'imperio della legge e sulle esigenze di coerenza del sistema giuridico. Qui la preminenza viene data al carattere logico, alla deduzione di norme da norme ossia alla "previsione" e alla "calcolabilità". »

⁷⁰ Les conséquences sont importantes, comme le souligne Fantappiè (*Ibid.*, p. 240) : « La « razionalità materiale » del diritto canonico, rivolta a combinare aspirazioni etiche e prescrizioni tecnico-giuridiche, è poi produttiva di un'altra distinzione fondamentale : quella tra *legalità* e *legittimità*. L'ordinamento della Chiesa non può essere concepito come un cosmo di regole astratte, soggette all'interpretazione puramente logica. Piuttosto esso è portatore di imperativi etici che necessariamente conducono al riconoscimento del primato di ciò che è giusto e non di ciò che è legale. »

⁷¹ P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, dans C. FANTAPPIÈ (éd.), *Scritti canonistici*, Milano 2013, p. 238.

LA PROBLEMATICAM GIURIDICO-CANONICA SUL MATRIMONIO E SULLA FAMIGLIA NELL'ORIZZONTE DELLA GIUSTIZIA E DELLA MISERICORDIA. ASPETTI FONDAMENTALI

*Carlos José Errázuriz M.**

SOMMARIO: 1. Impostazione abituale della problematica giuridico-canonica sul matrimonio e la famiglia alla luce del diritto come norma generale e della sua applicazione misericordiosa al caso singolo. – 2. La dimensione di giustizia come chiave ermeneutica in quest'ambito: il matrimonio e la famiglia come bene giuridico ecclesiale. – 3. Il matrimonio come rapporto di giustizia e di amore. – 4. Alcune conseguenze dell'esistenza di una dimensione di giustizia nel matrimonio e nella famiglia. – 5. La rilevanza della misericordia nella dimensione giuridica del matrimonio e della famiglia nella Chiesa. 5.1. Considerazioni generali. 5.2. La misericordia nell'applicazione della legge canonica.

1. IMPOSTAZIONE ABITUALE DELLA PROBLEMATICAM GIURIDICO-CANONICA SUL MATRIMONIO E LA FAMIGLIA ALLA LUCE DEL DIRITTO COME NORMA GENERALE E DELLA SUA APPLICAZIONE MISERICORDIOSA AL CASO SINGOLO

Quando si pensa al diritto matrimoniale canonico, e anche al tante volte auspicato diritto canonico di famiglia, quasi sempre la parola «diritto» viene intesa come complesso o sistema normativo della Chiesa in quest'ambito. Del resto, in ciò si segue la concezione abituale dell'intero diritto ecclesiale. Il binomio diritto canonico-diritto civile si intende anche come dualità di sistemi od ordinamenti, di cui si tengono presenti gli influssi reciproci, senza concepire un ordine giuridico comune, che di fatto risulta sempre più problematico anche sotto il profilo della mera comparazione¹.

* Pontificia Università della Santa Croce.

¹ La progressiva distanza tra entrambi i sistemi è agli occhi di tutti, a partire dall'abbandono del principio di indissolubilità fino al rigetto dell'eterosessualità. Come presentazioni d'insieme del diritto secolare di famiglia, con un penetrante sguardo critico di una situazione che nel frattempo si è aggravata di molto, conservano il loro interesse le opere di R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y*

In tale ottica, le norme canoniche matrimoniali e familiari appaiono come regole generali umane, in questo caso emanate per lo più dal Supremo Legislatore. È vero che generalmente si accetta la categoria del diritto divino, naturale e divino-positivo, inerente alla realtà ecclesiale in maniera intrinseca; ma è pur vero che, tranne per alcuni problemi specifici (come ad es. la retroattività del dolo come capo di nullità introdotto dal Codice del 1983), tale categoria sembra piuttosto ininfluenza in pratica. Ho l'impressione che prevalga largamente l'idea secondo cui i canoni matrimoniali, alla stregua degli altri canoni, costituiscano delle griglie estrinseche che si applicano a certi aspetti dei rapporti familiari nella Chiesa. In fondo è lo stesso concetto di diritto come sistema di norme, con il suo normativismo che sfocia facilmente in positivismo, un fattore decisivo che impedisce di cogliere la nozione di un diritto matrimoniale canonico che sia intrinseco alla realtà dei matrimoni dei fedeli.

In questa cornice ermeneutica il sistema normativo matrimoniale canonico consiste soprattutto nell'ordinamento legislativo e giudiziario delle nullità del matrimonio, cui si aggiungono le ipotesi eccezionali di scioglimento. La giustizia viene vista pertanto in relazione alla sua amministrazione ad opera del potere giudiziale. I tribunali ecclesiastici devono operare secondo ciò che è giusto, nel senso che devono applicare la normativa vigente trattando i casi uguali in modo uguale e quelli diversi secondo quanto richiesto dalla diversità. La giustizia costituirebbe quindi un'esigenza dell'operatività del sistema normativo, piuttosto che una dimensione della stessa realtà regolata ed oggetto di giudizio giurisdizionale.

Di solito non si sente bisogno di invocare la misericordia in questo quadro per quel che riguarda le nullità matrimoniali, a differenza delle ipotesi di scioglimento, impostate proprio come grazie e quindi come attuazione della misericordia che oltrepassa la giustizia. Anzi, l'invocare la misericordia nell'interpretazione e nell'applicazione dei capi di nullità appare a ragion veduta fuorviante e pericoloso, in quanto sembra una minaccia contro lo stesso senso del giusto, indebitamente soggettivizzato e relativizzato. Ci si deve chiedere pertanto quale senso possa avere la misericordia nell'operato dei tribunali ecclesiastici in tema di nullità matrimoniale.

D'altra parte, è chiara la rilevanza della misericordia in altre questioni che toccano pure il diritto nella Chiesa in questo campo. Si pensi a un tema tanto attuale come quello dell'atteggiamento dovuto nei confronti dei fedeli che vivono le cd. situazioni matrimoniali irregolari, specialmente per quel che attiene all'amministrazione dei sacramenti e a certe responsabilità ecclesiali. La

Derecho, Madrid 1995; e C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el derecho de familia*, Madrid 1996.

misericordia viene vista in tali casi come un adattamento del diritto canonico alle situazioni concrete dei fedeli e delle comunità allo scopo di raggiungere la finalità salvifico-pastorale della stessa disciplina ecclesiale. Dovremo esaminare dunque il rapporto tra giustizia e misericordia per cercare criteri validi di soluzione a tali questioni.

La mia esposizione prenderà le mosse dalla giustizia, indispensabile per comprendere la giuridicità del matrimonio e della famiglia anche nella Chiesa, ed esaminerà poi il ruolo della misericordia nell'ambito canonico.

2. LA DIMENSIONE DI GIUSTIZIA COME CHIAVE ERMENEUTICA IN QUEST'AMBITO: IL MATRIMONIO E LA FAMIGLIA COME BENE GIURIDICO ECCLESIALE

La questione più fondamentale che si pone in qualsiasi ambito del diritto consiste nella determinazione del bene giuridico che è in gioco. Il bene giuridico di cui ci occupiamo qui è il matrimonio e la famiglia. A poco a poco si andrà chiarendo il significato di tale affermazione. In partenza dobbiamo ribadire che questo bene possiede una duplice ed inscindibile dimensione: naturale e soprannaturale o salvifica. Il secondo aspetto è il fondamento immediato della rilevanza giuridica intraecclesiale di questo bene, ma va sottolineato che all'interno della Chiesa il bene mantiene intatta la sua costitutiva indole naturale. Per il nostro tentativo iniziale di evidenziare l'essere di questo bene giuridico nella Chiesa, risulta perciò necessario incominciare dalla dimensione naturale, per poi passare a quella soprannaturale.

Il matrimonio e la famiglia costituiscono un bene giuridico. Per comprendere la peculiarità di questo bene conviene osservare che si tratta di un bene che non solo è oggetto di relazioni giuridiche, ma consiste esso stesso in un insieme di relazioni giuridiche. In altri termini, in questo caso il bene è intrinsecamente relazionale sotto il profilo giuridico. Il matrimonio e la famiglia sono realtà in se stesse giuridiche, nella misura in cui i rapporti di giustizia sono in essi costitutivi. Com'è ovvio, questa visione si discosta radicalmente da quella positivista secondo cui la giuridicità verrebbe data dal rapporto di queste realtà, di per sé non giuridiche, con il sistema normativo e con il potere pubblico.

Il matrimonio e la famiglia sono realtà essenzialmente inseparabili. Il senso veramente matrimoniale dell'unione tra un uomo e una donna si illumina in funzione della famiglia che intendono fondare. Reciprocamente la famiglia si costituisce in virtù del matrimonio, per cui lo stesso rapporto tra i coniugi è di natura veramente familiare. Il fatto che la generazione umana possa avvenire al di fuori del matrimonio, e che pertanto si possa istaurare così una certa

famiglia imperfetta, non deve far dimenticare che ad essa manca una condizione essenziale per la sua corrispondenza con le esigenze naturali. Perciò lo stesso concetto di famiglia si applica in senso analogico a tale realtà, le cui differenze rispetto alla famiglia di fondazione matrimoniale vanno sempre tenute presenti, allo scopo anzitutto di non relativizzare la necessità di tale fondazione.

Nel matrimonio e nella famiglia si possono distinguere due tipi di relazioni giuridiche: quelle intercorrenti tra le persone che li compongono (tra i coniugi, tra genitori e figli, tra i vari altri parenti), e quelle riguardanti la famiglia in quanto soggetto giuridico unitario. Questa è la peculiarità che viene sottolineata dall'espressione "comunità familiare"², la quale ha dei rapporti sia con i suoi propri membri sia con altri soggetti privati e pubblici. Particolare rilievo possiedono le relazioni giuridiche delle famiglie con le varie comunità umane in cui esse naturalmente si integrano e di cui costituiscono la cellula fondamentale (a livello locale, regionale, nazionale, internazionale)³.

Ogni persona umana partecipa al bene giuridico del matrimonio e della famiglia, e ciò costituisce una dimensione primordiale della sua biografia. Tale partecipazione si basa su relazioni familiari che implicano delle identità personali permanenti (marito, moglie, padre, madre, figlio, figlia, fratello, sorella, ecc.). In primo luogo, la persona è membro di una famiglia d'origine in cui è anzitutto figlio o figlia. Il suo sviluppo personale è legato in modo decisivo alla sua vocazione matrimoniale⁴, mediante la quale fonda una nuova famiglia, oppure alla scelta di rimanere celibe o nubile, che può anche assumere un senso vocazionale. Opera dunque prima la possibilità del matrimonio come diritto fondamentale della persona umana (lo *ius connubii*), e poi il bene di essere coniuge e potenziale padre o madre. La distinzione tra le relazioni riguardanti la famiglia d'origine e quelle concernenti la nuova famiglia costituita mediante il matrimonio, e in definitiva la difesa delle identità personali permanenti che

² A questi effetti la soggettività del noi di marito e moglie si può far rientrare in quella della famiglia cui hanno dato vita, anche qualora non abbiano figli.

³ La Santa Sede, dopo il Sinodo dei Vescovi del 1980, presentò all'attenzione dei governi e di tutte le istituzioni e persone interessate una *Carta dei diritti della famiglia*, 22 ottobre 1983. Nel contesto della formulazione dei diritti delle famiglie in quanto tali, si enunciano i principi giuridici fondamentali circa il matrimonio, la vita umana e l'educazione, e si presentano le diverse conseguenze del diritto fondamentale a esistere e a progredire come famiglia (cfr. art. 6): vita religiosa, partecipazione attiva alla vita sociale, beneficiare di giuste politiche familiari pubbliche, adeguata organizzazione del lavoro, abitazione adatta, protezione in caso di migrazione. Anche all'interno della Chiesa esistono diritti della famiglia in quanto tale, i quali iniziano dal riconoscimento degli stessi principi naturali sul matrimonio, la vita umana e l'educazione, e poi si estendono al rispetto e promozione della famiglia nella vita ecclesiale, sia nell'ambito associativo che in quello della Chiesa come istituzione.

⁴ Cfr. R. DÍAZ DORRONSORO, *La naturaleza vocacional del matrimonio a la luz de la teología del siglo XX*, Roma 2001.

sono frutto di tali relazioni, è protetta da sempre nelle culture umane tramite la proibizione dell'incesto ossia dei rapporti sessuali tra parenti stretti che non siano gli stessi coniugi.

Il bene della dimensione differenziata e complementare della persona come uomo e come donna (mascolinità e femminilità) è primariamente orientato secondo la natura umana verso il matrimonio. In esso tale bene assume la dimensione vincolata della coniugalità. Tuttavia, non solo è possibile il pieno sviluppo umano senza il vincolo coniugale, ma va tenuto presente che il bene della persona umana in quanto sessuata, uomo o donna, riguarda l'insieme della sua vita umana individuale e sociale. In questo senso devono essere riconosciuti e tutelati due grandi principi giuridici: l'uguale dignità personale di uomini e donne, contro ogni ingiusta discriminazione basata sul sesso; e la valorizzazione della reale diversità tra l'essere persona-uomo e persona-donna, contro ogni ingiusta uniformità che pretenda abolire la differenza, adottando uno dei sessi come modello per l'altro. Il bene della mascolinità o della femminilità, nella ricchezza personale delle sue dimensioni corporee e spirituali, è un diritto della singola persona ma anche della società nel suo insieme. Perciò tale bene deve essere socialmente riconosciuto secondo giustizia da tutti nei suoi vari aspetti: verità essenziale sulla condizione sessuale umana, intimità e pudore con cui va vissuta, libertà per vivere la sessualità in modo umano con la capacità di impegnarsi in scelte vocazionali matrimoniali e celibatarie, esigenza di educazione e ambiente sociale adeguato al suo sviluppo, ecc.

Il bene del matrimonio e della famiglia, compresa la sua dimensione di giustizia, è intrinsecamente appartenente alla realtà soprannaturale della Chiesa di Cristo. La massima espressione di questo inserimento nell'economia della salvezza cristiana è la natura di sacramento in senso stretto che è propria del matrimonio tra battezzati. Ne segue che il matrimonio costituisce un bene giuridico immediatamente salvifico, come gli altri sacramenti cristiani, ma con la specificità propria dell'essere un segno sacramentale che possiede una consistenza d'indole naturale, per cui non esistono due matrimoni, uno naturale ed un altro soprannaturale, bensì uno solo, nel quale s'intrecciano le due dimensioni. Unitamente alla vocazione matrimoniale, propria della stragrande maggioranza delle persone ed inseparabile dalla vocazione radicale alla santità e all'apostolato, Cristo ha mostrato la grandezza della vocazione al celibato assunto per motivi soprannaturali. Questo dono di Dio, di fedeli sacerdoti, religiosi o laici, costituisce certamente un bene giuridico specificamente ecclesiale di grande rilievo nella vita dell'intero Popolo di Dio.

D'altra parte, questa considerazione certamente centrale della sacramentalità del matrimonio non deve oscurare la rilevanza soprannaturale complessiva

del matrimonio e della famiglia, che ha altre manifestazioni, tutte in fondo connesse con quella dignità sacramentale. Innanzitutto, va ricordato che il matrimonio e la famiglia sono stati sempre inseriti nell'ordine salvifico, per cui anche nei loro confronti non è mai esistito uno stato di natura pura. Ciò si applica certamente al matrimonio nello stato di giustizia originale, ma anche al matrimonio di tutti dopo il peccato originale, il quale malgrado il disordine conseguente partecipa all'anelito della redenzione in Cristo. Ne deriva che l'ottica cristiana dinanzi a qualunque unione matrimoniale include la percezione della sua ordinazione a diventare sacramento in senso proprio, mediante il battesimo dei coniugi.

Nello stesso tempo, anche la famiglia, con i rapporti giuridici che le sono propri, è un bene giuridico legato all'ordine soprannaturale, il che trova la sua compiuta realizzazione nelle famiglie costituite dal matrimonio tra battezzati. Le varie relazioni giuridiche ad esse concernenti, in primo luogo tra i coniugi e tra genitori e figli, possiedono quindi un rilievo ecclesiale anche sotto il profilo del diritto. E nel Popolo di Dio tutti gli aspetti naturali del bene della mascolinità e della femminilità, di qualsiasi persona che abbia contatti con la Chiesa e con i cristiani, devono essere oggetto di un riconoscimento e tutela speciale, anche perché possiedono una rilevanza salvifica.

3. IL MATRIMONIO COME RAPPORTO DI GIUSTIZIA E DI AMORE

Per meglio comprendere il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale, conviene molto approfondire la giuridicità del matrimonio come fondamento della famiglia. Viviamo tempi in cui il matrimonio è per molti un bene da riscoprire. E tale riscoperta comprende sia la dimensione dell'amore che quella della giustizia⁵.

Per cercare di mostrare queste dimensioni, ci possiamo chiedere in che consista l'una sola carne, cioè l'unione tra l'uomo e la donna in quanto tali che costituisce il matrimonio indissolubile e aperto alla vita? Come i due riescono ad essere uno, come marito e moglie e come possibili genitori? Certamente non si tratta di una fusione ontologica, poiché le due persone non possono perdere l'incomunicabilità propria del loro essere personale, e pertanto l'intrasferibile dignità, libertà e responsabilità di ciascuna anche nel loro rapportarsi come

⁵ Le considerazioni che espongo sono in linea con quelle di diversi altri autori: cfr. ad es. J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano 2000; P.J. VILADRICH, *La definición del matrimonio*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, X Congreso internacional de Derecho Canónico, Pamplona 2000, pp. 205-312; J.I. BAÑARES, *La dimensión conyugal de la persona: de la antropología al derecho*, Madrid 2005.

coniugi. La questione verte proprio sulla determinazione del modo di comunicare, e perciò di mettere in comune, l'essere maschile e l'essere femminile, compresa la sua essenziale dimensione procreativo-educativa. Anzitutto, va tenuto presente che la mascolinità e femminilità sono relazionali, per cui, presupposta la vocazione e la decisione matrimoniale, sono di per sé orientati a entrare in comunione, sia nel corpo che nell'anima.

Quale modo di comunicare la mascolinità e la femminilità è facile pensare all'amore che unisce gli sposi, a quell'amore talmente legato al matrimonio che si chiama per l'appunto coniugale o matrimoniale. San Paolo esprime il nesso tra amore ed *una caro* con grande efficacia: «Così anche i mariti hanno il dovere di amare le mogli come il proprio corpo: chi ama la propria moglie, ama se stesso» (Ef 5, 28). Si noti che egli parla di «dovere di amare», e che il fondamento di tale dovere risiede nella profonda unità che si è stabilita tra marito e moglie. A quest'unità, attinente sia al corpo che all'anima, si riferisce lo stesso Paolo a proposito dell'atto coniugale: «Il marito dia alla moglie ciò che le è dovuto; ugualmente anche la moglie al marito. La moglie non è padrona del proprio corpo, ma lo è il marito; allo stesso modo anche il marito non è padrone del proprio corpo, ma lo è la moglie» (1 Cor 7, 3-4). Questi testi evidenziano che il legame coniugale ha un'essenziale componente di giustizia, in virtù del quale l'uomo e la donna si coappartengono, e sono davvero l'uno per l'altro "mia moglie" e "mio marito", in una maniera permanente che oltrepassa l'ambito dell'agire insieme. Poiché il rapporto riguarda un aspetto così personale come l'essere uomo o donna, esso può essere vissuto soltanto mediante l'amore mutuo interpersonale. Ma questo amore è dovuto, non già nel senso in cui si deve amare ogni persona umana in quanto prossimo, bensì secondo le esigenze specifiche del vincolo coniugale. E tali esigenze rientrano nell'ambito della giustizia, perché presuppongono un'unione peculiare tra l'uomo e la donna, in virtù della quale ciascuno di loro è dell'altro. Consideriamo brevemente il rapporto tra amore e giustizia nel matrimonio.

Il disegno naturale sul matrimonio e la famiglia si attua mediante la libertà umana, e tale libertà si esercita autenticamente nell'amore interpersonale. In questo senso, nel magistero della Chiesa nel sec. XX vi è una grande attenzione all'amore coniugale, in particolar modo nel Concilio Vaticano II⁶. *Amoris laetitia* di Papa Francesco è dedicata proprio all'amore nella famiglia, e i due

⁶ Cfr. cost. past. *Gaudium et spes*, 46-52. Ciò si verifica anche senz'altro nell'ampio insegnamento di San Giovanni Paolo II, ma nell'enc. *Casti Connubii* di Pio XI (31 dicembre 1930, in «AAS» 22 [1930] 539-592), efficace sintesi magisteriale in materia nella prima metà del sec. XX, appare molto frequentemente la dimensione dell'amore, ed esso occupa un posto di speciale rilievo nell'enc. *Humanae vitae* di San Paolo VI, nn. 8-9.

capitoli centrali trattano dell'amore (cap. IV: «L'amore nel matrimonio»; cap. V: «L'amore che diventa fecondo»). Il matrimonio e la famiglia in esso fondata si costituiscono mediante un libero atto di amore mutuo tra gli sposi (essendo tale amore nella sua essenza un atto della volontà della persona che si dona e accetta come coniuge e quindi anche come potenziale genitore), e il matrimonio già costituito è un'«intima comunità di vita e di amore coniugale», secondo la celebre espressione conciliare⁷. Tale comunità è dovuta, e va vissuta e cresce attraverso l'amore coniugale. Tuttavia, lo stesso testo, nel parlare del «consenso personale irrevocabile» che ne è la causa, dell'«istituzione che ha stabilità per ordinamento divino» e che è un «vincolo sacro» che «non dipende dall'arbitrio dell'uomo», esclude una semplicista identificazione tra amore effettivo e matrimonio, e pertanto impedisce di concepire quale essenza del matrimonio la realizzazione esistenziale di quell'intima comunità di vita e d'amore. L'esigenza dell'amore nei rapporti tra genitori e figli, nonché in tutte le relazioni familiari, corrisponde alla sostanza interpersonale di tali rapporti e delle rispettive identità relazionali dei membri della famiglia. Emerge così la dimensione del vincolo, collegata alla giustizia ma nel contempo pienamente connessa all'amore⁸, come lo evidenzia la stessa *Amoris laetitia*: «In definitiva, la spiritualità matrimoniale è una spiritualità del vincolo abitato dall'amore divino» (n. 315).

La dinamica dell'amore nel matrimonio e nella famiglia presuppone e si fonde con quella della giustizia. L'amore coniugale è vero se muove verso l'attualizzazione di ciò che è giusto nei rapporti tra marito e moglie, che in fondo implica sempre conformarsi alla loro coniugalità, ossia alla relazione di mutua coappartenenza tra loro nella mascolinità e la femminilità. Se si toglie questo riferimento alla giustizia allora si perde il senso dell'amore matrimoniale, che risulta così fragile e instabile come le reazioni emotive. A sua volta essere giusti nella loro relazione coniugale richiede l'amore, perché gli atti esterni che si devono vicendevolmente possono essere compiuti solo nel modo che è matrimonialmente giusto se c'è amore, sia pure in minimo grado. Non si può concepire il vincolo se non lo si comprende quale relazione in cui l'amore è dovuto. Amore e giustizia s'intrecciano profondamente: il primo indica l'orizzonte interpersonale dell'unione e la pienezza cui è chiamata, la seconda corrisponde alla struttura fondamentale dell'unione secondo la sua natura, in cui l'uomo e la donna, rimanendo autonomi tra di loro, sono veramente diritto-realtà giusta dell'altro per quel che attiene alla loro dimensione maschile e femminile (è il senso profondo dell'essere «mio marito» e «mia moglie»), la

⁷ Cfr. cost. past. *Gaudium et spes*, 48a.

⁸ Cfr. J.J. PÉREZ-SOBA, *El amor crea vínculos: un anuncio liberador*, in «Revista Española de Teología» 75 (2015) 141-171.

quale implica sempre l'orientamento verso i possibili figli oppure altre modalità di accoglienza di altri nel rapporto d'amore matrimoniale. Nelle altre relazioni familiari, a cominciare da quelle tra genitori e figli, c'è un vincolo di parentela di sangue (inesistente nel matrimonio in quanto tale), sul quale si fondano le esigenze dell'amore e della giustizia. Anche lì si può ravvisare una priorità fondativa nel rapporto di giustizia, in quanto la specificità della relazione con l'altro segna le esigenze della verità dell'amore, e una priorità vitale nel rapporto d'amore, che muove a vivere secondo il diritto e ad andare oltre.

Per meglio comprendere il vincolo di giustizia inerente all'unione coniugale bisogna determinare il diritto che ne è alla base. Se intendiamo per diritto il bene di una persona in quanto le è dovuto da un'altra, diventa fondamentale precisare quale sia tale bene nel matrimonio. Si potrebbe pensare che la stessa persona umana degli sposi, nella totalità del loro essere relazionale, costituisca il bene coniugale, ossia che i coniugi siano diritto l'uno per l'altro secondo una pienezza di vita che deve essere condivisa. Una simile impostazione presenta almeno due problemi: la stessa persona non può costituire un diritto, un bene giuridico appartenente ad un altro, giacché ciò contraddirebbe la sua incomunicabilità; e il preteso bene giuridico avrebbe un'estensione così ampia ed indeterminata come la vita delle persone nella loro relazionalità. D'altra parte, il bene matrimoniale non può ridursi a un insieme di prestazioni mutue, le quali non spiegherebbero la permanenza dell'unione e porrebbero anche problemi circa la loro determinazione concreta, nella misura in cui tali prestazioni dipendono dalle circostanze mutevoli. Scartate queste due risposte, si comprende meglio il senso dell'affermazione secondo cui il bene nell'unione coniugale è costituito dalla stessa relazione tra la mascolinità e la femminilità delle persone sposate. Questa tesi, che potrebbe apparire tautologica, racchiude invece a mio parere una comprensione realistica e profonda del matrimonio, molto in linea con la nozione dell'una sola carne.

Sotto il profilo del diritto, la mascolinità è anzitutto un bene dello stesso uomo, così come la femminilità appartiene alla stessa donna, dovendo essere tenuto sempre presente che tali beni non esistono quali beni chiusi nelle persone dei coniugi, ma comportano essenzialmente una teleologia verso i figli. Si tratta di beni naturali inerenti alle stesse persone umane, la cui giuridicità dipende dall'esistenza di doveri di giustizia da parte degli altri e della stessa società, anzitutto il rispetto socialmente dovuto alla condizione maschile e femminile, compresa la condizione genitoriale. Per comprendere l'indole essenziale di tali doveri di giustizia va tenuto presente che la mascolinità e la femminilità sono beni relazionali, in quanto pongono di per sé la persona in una determinata relazione con gli altri. Questa relazione comporta soprattutto l'inclinazione

naturale all'unione con una persona dell'altro sesso. Quando avviene l'unione, come frutto del concorso della natura e della libertà, si verifica un qualcosa di unico nel mondo umano: dei beni naturali inerenti a due persone, la mascolinità e la femminilità nella loro relazionalità specificamente coniugale, passano a costituire dei veri diritti dell'altro. La mascolinità dell'uomo in quanto unito alla donna diventa un bene di quest'ultima, che cioè le appartiene e le è dovuto secondo giustizia da suo marito. Contemporaneamente, come aspetto inseparabile di una sola unione, la femminilità della donna in quanto legata all'uomo passa a essere un diritto di quest'ultimo, un bene suo che gli è dovuto dalla donna. In questo modo vi è una vera comunicazione e condivisione tra marito e moglie, la quale nella sua essenza è giuridica, perché implica i due presupposti essenziali del diritto: la configurazione di un bene come proprio di una persona, e la dipendenza dell'effettività di tale appartenenza dall'agire altrui. Il matrimonio e la famiglia in esso fondata risultano così naturalmente determinati, con una determinazione essenziale che è garanzia di autentica vitalità.

«Così non sono più due, ma una sola carne. Dunque l'uomo non divida quello che Dio ha congiunto» (Mt 19, 6). La prima conseguenza che Gesù trae dalla verità del principio sull'una sola carne, riguarda l'indissolubilità. Ciò si spiega ovviamente nel contesto del dialogo con i farisei, il cui tema era proprio la possibilità del ripudio. Ma ritengo che per la stessa comprensione dell'una sola carne la proprietà essenziale dell'indissolubilità risulti completamente decisiva. L'unione tra l'uomo e la donna non raggiunge la sua piena verità se non impegna la totalità anche temporale della loro mascolinità e femminilità. La comunicazione e partecipazione dell'essere maschile e femminile è inautentica se viene minacciata dalla caducità mentre i coniugi vivono. Una donazione parziale di queste dimensioni non solo è ingiusta, con un'ingiustizia che non scompare in virtù del reciproco assenso, ma in realtà non può essere matrimoniale, in quanto contraddice il fatto che l'uomo e la donna coniugati, in quanto tali, non sono più due.

È facile ammettere, sulla scia della fenomenologia dell'amore umano, che l'indissolubilità è un bell'ideale. La difficoltà nasce quando, per cause volontarie o meno, la vita matrimoniale non va avanti. È allora che il vincolo appare come una realtà vuota, che sussisterebbe unicamente in un registro e nell'applicazione di una legge positiva. Tuttavia, è proprio in tali circostanze che risuona in tutta la sua forza il monito di Gesù: "l'uomo non divida quello che Dio ha congiunto", con il suo appello alla riconciliazione dei coniugi e comunque al mutuo rispetto della loro identità relazionale, tenuto conto di tutta la sua rilevanza per loro stessi, per i figli e per la società. *L'una caro* non è stata

il mero prodotto della volontà umana: è Dio stesso, Creatore dell'uomo e della donna, della loro relazionalità naturale, che ha unito il loro essere maschile e femminile in matrimonio. E il "per sempre" appartiene alla configurazione naturale di tale unione, alla sua struttura giuridica essenziale. Si rimane marito e moglie anche quando sembrano esserci tante buone ragioni per sciogliere tale legame, quando per motivi giustificati o meno si è instaurata una separazione, oppure quando si è cercato di stabilire una nuova unione.

È innegabile che in questo vincolo di giustizia che resta intatto in ogni circostanza si scorge un mistero, che s'illumina nel contesto del piano salvifico di Dio per l'umanità in Cristo, senza dimenticare che quell'illuminazione mediante la fede rimanda al disegno naturale, creazionale, del principio. Nell'accogliere l'indissolubilità dell'una sola carne, si prende assolutamente sul serio l'essere relazionale secondo giustizia dell'unione tra uomo e donna. Ed è proprio questa relazionalità quella realtà che assume un significato e un'efficacia salvifica: «*Per questo l'uomo lascerà il padre e la madre e si unirà a sua moglie e i due diventeranno una sola carne.* Questo mistero è grande: io lo dico in riferimento a Cristo e alla Chiesa!» (Ef 5, 31-32). Nella mia trattazione ho preferito lasciare implicito questo profilo, perché esso meriterebbe una trattazione separata, nella quale converrebbe evidenziare che in ogni rapporto di vera giustizia tra gli uomini vi è, almeno in modo implicito ma realmente operante, una dimensione trascendente e religiosa, da sempre avvertito nella connessione tra il diritto e il sacro; e che tale dimensione è certamente molto più profonda quando si tratta del rapporto matrimoniale e di tutti i rapporti familiari. Ciò spiega il perché la crisi religiosa sia così determinante nelle crisi matrimoniali: la percezione della giustizia in quest'ambito sfugge a chi nel rapporto con l'altro si chiude vitalmente in pratica alla trascendenza. Mi bastano questi accenni per ribadire l'esistenza di un solo disegno globale di Dio sul matrimonio e la famiglia, in cui si fondono e compenetrano, anche sul piano giuridico, gli aspetti umani e quelli salvifici.

4. ALCUNE CONSEGUENZE DELL'ESISTENZA DI UNA DIMENSIONE DI GIUSTIZIA NEL MATRIMONIO E NELLA FAMIGLIA

Mettere in luce la dimensione di giustizia inerente al vero matrimonio non implica compiere un passo indietro rispetto alla visione acquisita mediante il Concilio Vaticano II e alla base della codificazione postconciliare. Tale rischio potrebbe derivare da un'inadeguata comprensione egoistica e conflittuale della giustizia, in contrapposizione all'amore, oppure da una logica che collocasse l'oggetto della giustizia coniugale nelle mere prestazioni. Invece, la rilevanza del

profilo di giustizia, ovvero del diritto quale suo oggetto, va presentata secondo l'ermeneutica della continuità, in modo che mostri la ricchezza dell'autentica personalismo della *Gaudium et spes*.

In questa sede non vorrei dilungarmi su questi profili fondamentali, che richiederebbero un'esposizione troppo vasta ed articolata. Preferisco concentrarmi su alcuni aspetti del matrimonio che a mio parere si chiariscono quando si tiene presente il loro spessore di giustizia. La mia trattazione sarà dunque piuttosto esemplificativa, ma ho cercato di scegliere dei capisaldi, che poi possano servire a illustrare temi più particolari.

In primo luogo, sono convinto che il punto di vista del giusto e dell'ingiusto sia decisivo per cogliere il vero senso del diritto divino nel matrimonio e nella famiglia⁹. In effetti, poggiando sulla nozione di diritto come insieme di norme è molto facile che l'attenzione si rivolga quasi esclusivamente alle norme umane, per cui il diritto divino diventerebbe una categoria problematica e quasi vuota, piuttosto inoperante nell'elaborazione teorica e nella prassi del diritto matrimoniale canonico. Al massimo essa servirebbe come limite, ma lo stesso fondamento del limite tende ad apparire come estrinseco, più riguardante un dato tramandato che un'esigenza intrinseca della realtà. Ciò certamente non comporta una permanente discussione di tutte le norme, ma la loro stabilità è percepita più come umana che come divina, il che in definitiva lascia l'intero sistema matrimoniale in uno stato fragile, privo di quella solidità che unicamente può provenire da una fondazione reale che rimandi a Dio. Anzi, questa stessa solidità può essere vista come frutto di ingenuità e dogmatismo.

Allo scopo di superare tale situazione vanno chiamati in causa tutti gli aspetti della realtà matrimoniale e familiare. Non deve essere però sottovalutato il contributo della considerazione della dimensione di giustizia e di diritto. La ragione è molto semplice: il diritto divino, sia naturale che positivo, se esiste davvero, è vero diritto, diritto vigente. Altrimenti c'è un grosso equivoco nella stessa denominazione. E se è vero diritto, per comprenderlo occorre prendere le mosse da un'idea di diritto. Se, come sono convinto, tale idea implica l'inseparabilità tra diritto e giustizia, il diritto divino in questo campo sarà visto come oggetto della giustizia nell'ambito familiare, cioè come l'insieme dei beni appartenenti alle persone – a cominciare da quei beni inerenti alle stesse persone, come la coniugalità, la condizione genitoriale o filiale, ecc. – in quanto sono dovuti dagli altri secondo giustizia nel vivere

⁹ Cfr. H. FRANCESCHI, "Ius divinum" e "ius humanum" nella disciplina matrimoniale. La "verità del matrimonio" come ragione e fondamento del sistema matrimoniale canonico, in AA.VV., *Ius divinum* (relazione nel XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico, Venezia 17-21 settembre 2008), a cura di J.I. ARRIETA - coordinatore edizione: C.-M. FABRIS, Venezia 2010, pp. 773-817.

queste relazioni familiari. In questo modo il diritto divino acquista la centralità che gli è propria sia in teoria che in pratica, e si pongono le premesse per una antropologia giuridica del matrimonio, secondo l'espressione usata da Benedetto XVI¹⁰. L'intero sistema di dichiarazione e tutela del bene giuridico del matrimonio poggia sul riconoscimento di una realtà giuridica che, essendo nel suo nucleo divina, non può essere mutata né dalle parti né dai giudici.

In secondo luogo, l'aver in mente la giustizia agevola la comprensione dell'indissolubilità¹¹, o forse meglio dello stesso matrimonio quale vincolo. È facile rendersi conto che se non esiste il giusto e l'ingiusto nel rapporto tra uomo e donna, regna l'incertezza e la fragilità della pura integrazione esistenziale, sempre minacciata da crisi che non solo metterebbero a rischio la convivenza, ma intaccherebbero la sussistenza dello stesso rapporto. Tale rapporto muterebbe essenzialmente, dall'essere un'esigenza di amore dovuto nella coniugalità all'essere un incontro sottratto a doveri che non siano quelli elementari del rispetto che si deve a qualunque persona. Un amore uomo-donna senza giustizia non può essere amore coniugale. L'indissolubilità diverrebbe un onere esterno, a rigore incomprendibile e da cui ci si vorrebbe liberare anche attraverso pseudoprocessi di nullità.

In positivo, la riscoperta antropologico-giuridica dell'indissolubilità costituisce un aspetto decisivo di quella pastorale del vincolo cui chiama Papa Francesco in *Amoris laetitia*, n. 211: tutti gli aiuti spirituali, psicologici, ecc. devono fondarsi sulla convinzione di essere veramente rivolti a coniugi, cioè legati da un vincolo che proprio per essere vivo va percepito nel suo essere per sempre. L'indissolubilità non è più una clausola che pretende dare l'apparenza di osservanza della dottrina della Chiesa, ma si trasforma in condizione essenziale del vissuto coniugale, fino al punto di potersi parlare di «una spiritualità del vincolo, abitato dall'amore divino», come fa lo stesso Papa Francesco in *Amoris laetitia*, n. 315.

In terzo luogo, l'ottica della giustizia consente di approfondire il matrimonio *in fieri*, e anzitutto il consenso matrimoniale. Quando si prescinde da tale profilo, per impostare il matrimonio solo come relazione d'amore, si rende oscura la rilevanza del momento costitutivo dell'unione. Tale momento infatti si chiarisce quando si avverte che esso segna una novità nello stesso rapporto d'amore, e cioè la nascita di un amore dovuto secondo giustizia. Perciò, se nell'unione coniugale c'è un legame di giustizia è possibile che esista un prima

¹⁰ Cfr. *Discorso alla Rota Romana*, 27 gennaio 2007.

¹¹ Sviluppo questa idea in *La indisolubilidad del matrimonio: su problemática comprensión actual y la importancia de una fundamentación antropológico-jurídica*, in «Ius Canonicum» 57 (2017) 129-150.

e un dopo, un prima certamente preceduto da una storia di preparazione, e un dopo che apre alla realizzazione dell'intera comunità di vita e di amore, ma il consenso, mediante il quale si attua liberamente il piano naturale e salvifico del matrimonio, non è un momento qualunque nella biografia dei coniugi, bensì quello che costituisce la loro alleanza matrimoniale. Ciò va tenuto presente nell'esame sia della capacità che dell'atto del consenso: altrimenti le esclusioni e le incapacità vengono riferite alla vita matrimoniale, perdendosi la stessa possibilità di un matrimonio celebrato per sempre.

In quarto luogo, il vincolo di giustizia, proprio per la sua rilevanza sul piano naturale, risulta determinante per l'esistenza del sacramento matrimoniale tra i battezzati. È lo stesso rapporto di giustizia coniugale a costituire, attraverso la celebrazione che l'ha fatto nascere e lo rende visibile, la *res et sacramentum* del matrimonio. Esiste qui una singolare compenetrazione tra realtà giuridica e realtà sacramentale, tanto profonda che la dimenticanza della prima lascia nell'incertezza la determinazione della seconda, dovendosi cercare altri elementi, d'indole intenzionale, formale, ecc., che contraddicono l'unità tra la dimensione creaturale e quella salvifica del matrimonio.

In quinto luogo, vorrei accennare ad una questione, molto attuale, concernente la rilevanza giuridica della dimensione oggettiva del vincolo di giustizia che unisce i coniugi¹². L'oggettività della giustizia è peculiare in virtù della sua relazionalità, e permette di affermare che esistono azioni oggettivamente giuste o ingiuste sotto il profilo del vincolo, a prescindere dalle disposizioni soggettive di chi le compie, e che tali azioni, qualora diano luogo a una situazione esterna d'indole stabile, non possono essere esternamente ignorate. Questo profilo di giustizia consente di comprendere come si debba richiedere una coerenza esterna, d'indole veramente giuridica, per ricevere la Comunione eucaristica e gli altri sacramenti nonché per incarichi e mansioni ecclesiali che per loro natura esigono tale coerenza nella comunione ecclesiale. Anche in questa materia il fatto di ricordare l'esistenza di rapporti di giustizia aiuta a comprendere il fondamento di soluzioni tradizionali, che non intendono in alcun modo discriminare o allontanare le persone, e che anzi si dimostrano molto rispettose della coscienza delle persone, in quanto non la giudicano.

¹² Ho sviluppato brevemente questo tema in *La rilevanza pastorale della giustizia oggettiva nella situazione dei fedeli che vivono relazioni affettivo-sessuali non matrimoniali*, in «Ius Ecclesiae» 28 (2016) 579-588.

5. LA RILEVANZA DELLA MISERICORDIA NELLA DIMENSIONE GIURIDICA DEL MATRIMONIO E DELLA FAMIGLIA NELLA CHIESA

5.1. *Considerazioni generali*

Dopo aver presentato la prospettiva della giustizia nella problematica canonica sul matrimonio e la famiglia, ci si può chiedere se tale prospettiva sia veramente valida nell'ambito ecclesiale, oppure se essa andrebbe superata mediante un'accoglienza decisa e onnicomprensiva della misericordia, in modo che quest'ultima costituisca il principio fondamentale del diritto matrimoniale canonico. La centralità della misericordia nel Pontificato di Papa Francesco, e in particolare nei Sinodi sulla famiglia da lui convocati e nell'esortazione *Amoris laetitia*, potrebbe indurre a una simile conclusione. Del resto essa sarebbe facilmente collegabile con le tesi secondo cui alla carità, anziché alla giustizia, spetterebbe il primato immediato e costitutivo nell'impostazione dell'intero diritto canonico¹³.

In questa sede vorrei limitarmi ad alcune considerazioni basilari sul rapporto tra giustizia e misericordia, sperando che esse possono essere utili per le singole questioni canoniche. Non mi addentro nella complessa storia di quel binomio, che si rispecchia soprattutto nel concetto di equità, né nel dibattito specifico tuttora in corso sull'interpretazione del capitolo ottavo di *Amoris laetitia*¹⁴.

Anzitutto, vorrei ribadire con forza che la virtù della giustizia non può essere eliminata, o comunque messa da parte, da nessuna accresciuta consapevolezza circa il rilievo intraecclesiale della misericordia. Mettersi in tale direzione sarebbe ricadere nell'antigiuridismo, che riduce il diritto della Chiesa ad un assetto di norme meramente umane per tutelare alcuni beni organizzativi. Secondo tale orientamento i canonisti dovrebbero accontentarsi di cercare soluzioni strumentali per venir incontro ai gravi problemi umani e di fede nell'ambito familiare riguardanti tanti cattolici nell'attualità, senza potersi pronunciare sulla sostanza delle soluzioni da adottare, poiché essa non sarebbe giuridica. Di conseguenza, la misericordia così intesa relativizzerebbe la giustizia, come se quest'ultima perdesse importanza davanti alle situazioni problematiche e dolorose, oppure come se la giustizia consistesse nell'adeguarsi semplicemente alle esigenze di ogni caso secondo criteri pragmatici.

¹³ Per un superamento critico di tale tesi rimando a quanto ho scritto in *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000, pp. 124-130.

¹⁴ Su questi due versanti rimando ai notevoli lavori di Javier OTADUY, che oltre all'abbondante informazione assumono posizioni ben calibrate: *Dulcor misericordiae. Justicia y misericordia en el ejercicio de la autoridad canónica. I. Historia*, in «Ius Canonicum» 56 (2016) 585-619; *Dulcor Misericordiae. Justicia y misericordia en el ejercicio de la autoridad canónica. II. El capítulo octavo de Amoris Laetitia*, in «Ius Canonicum» 57 (2017) 153-201.

Quando invece si prendono sul serio tanto la giustizia quanto la misericordia, allora si vede subito come regni tra di esse la medesima armonia esistente tra qualunque coppia di vere virtù. In effetti, tra il dare a ciascuno il suo diritto, e il venir incontro per amore alle necessità altrui per alleviarle, non può sussistere nessuna contrapposizione.

Da una parte, servire il prossimo nei suoi bisogni, praticando le opere di misericordia concepite in maniera che coprano tutto il vissuto del cristiano, presuppone il riconoscimento dei diritti di colui che viene aiutato nonché dei diritti dei terzi e della comunità. Tutto l'operare misericordioso è condizionato da tale atteggiamento di giustizia, senza il quale la stessa misericordia diventa falsa, in quanto contraria alla dignità delle persone che si esprime nel rispetto di ciò che secondo giustizia spetta ad esse. Questo principio non viene intaccato dalla possibilità che il titolare del diritto introduca, per motivi di misericordia, cambiamenti negli aspetti umani del diritto (cfr. n. 5.2), poiché nel mutare il suo oggetto in aspetti mutevoli e ad opera di chi è competente per farlo, la giustizia continua ad essere rispettata.

D'altra parte, quando si tende a vivere la virtù della giustizia nella sua pienezza umana e cristiana, senza accontentarsi dell'adempimento esterno del giusto oggettivo, si scopre che la misericordia costituisce un potente motore di giustizia. Infatti l'ingiustizia, attuale o potenziale, e a prescindere dall'intenzionalità ingiusta, rappresenta uno stato di necessità dotato di speciale rilevanza, nella misura in cui è particolarmente in gioco la dignità di chi la soffre. Perciò, la compassione suscitata da tale situazione mostra la sinergia profonda che esiste tra l'impulso della giustizia e quello della misericordia.

Per evidenziare quest'armonia giova rileggere un testo del *De civitate Dei* di Sant'Agostino¹⁵, citato da San Tommaso d'Aquino proprio quando si domanda se la misericordia sia una virtù¹⁶. Nel contesto di un esame dell'insegnamento della sacra Scrittura e dei filosofi antichi sul valore morale delle passioni, Agostino scriveva: «Cos'è la misericordia se non una certa compassione del nostro cuore alla miseria altrui, mediante la quale, se ci è possibile, siamo spinti ad alleviarla?» Ed aggiungeva subito il passo poi citato dall'Aquinate: «E questo movimento è utile alla ragione quando la misericordia si offre in modo da conservare la giustizia, tanto nel contribuire al bisognoso quanto nel perdonare il pentito»¹⁷.

¹⁵ IX, 5, in PL 41, 261.

¹⁶ *Summa Theologiae*, II-II, q. 30, art. 3, in c.

¹⁷ «Quid est autem misericordia nisi alienae miseriae quaedam in nostro corde compassio, qua utique si possumus subvenire compellimur? Servit autem motus iste rationi, quando ita praebetur

Mi pare specialmente interessante ed attuale l'idea secondo cui l'indole virtuosa della misericordia dipende dal fatto che essa muova alla giustizia. Ritengo che la menzione della giustizia nel testo agostiniano vada intesa in senso ampio, comprendente la stessa carità, che spinge verso l'ausilio a chi è nel bisogno e verso il perdono. Ma si può e si deve applicare quella veduta alla giustizia che ha come oggetto il diritto. L'autentica compassione, che non è sentimentalismo, inizia con il rispetto e la promozione del diritto come ciò che è giusto. L'insistenza di Papa Francesco sulla misericordia contiene un messaggio speciale per i giuristi, il quale non può essere ridotto alle eccezioni che possono e devono essere fatte alle norme generali umane, ma abbraccia l'approccio complessivo al mondo giuridico, poiché la misericordia muove a rispettare appieno i diritti dei più bisognosi nonché i diritti di tutti, e a cercare vie efficaci per la loro promozione e tutela. È urgente scoprire la sensibilità e l'azione in favore della giustizia contenute nella vera misericordia cristiana. Un aspetto molto importante del cuore misericordioso dei Pastori e di tutti i fedeli, e del contributo specializzato dei canonisti, è la maturazione di un'autentica mentalità giuridica in questa materia, di una preoccupazione costante ed efficace per il matrimonio e la famiglia come realtà giuste, il che implica attenzione ai diritti delle persone, delle famiglie e della Chiesa. Se invece la misericordia si trasformasse in un sentimento disordinato, non virtuoso, che portasse a misure incompatibili con la giustizia, sia contro il diritto divino sia contro il legittimo diritto umano, in tal caso non ci sarebbe sollievo dai mali, ma essi si moltiplicherebbero.

Il passaggio dall'idea di diritto come sistema normativo a quella dell'insieme di beni giusti esistenti nella realtà dei rapporti intersoggettivi, consente di allargare le vedute circa il posto della misericordia nel matrimonio e nella famiglia. Infatti, si osserva che la rilevanza prioritaria della misericordia nelle relazioni giuridiche in questo campo riguarda la stessa vita familiare, e molto specialmente la vita coniugale. La dimensione di giustizia, essenziale per comprendere il vincolo tra marito e moglie, va vissuta costantemente nell'amore mutuo, ed una delle principali esigenze, quasi costanti, del vero amor coniugale, è il reciproco perdono. Non è possibile delimitare con precisione quando tale perdono concerne delle vere ingiustizie, ma il sistema canonico tiene conto di casi che indubbiamente lo sono, come l'adulterio, in cui la legge della Chiesa mostra chiaramente la duplice dimensione dello stretto diritto, che autorizza la separazione perpetua (cfr. can. 1152), e della carità misericordiosa, di cui si fa

misericordia, ut iustitia conservetur, sive cum indigenti tribuitur, sive cum ignoscitur paenitenti» (IX, 5, in PL, 41, 261). La traduzione è mia.

eco con insistenza lo stesso legislatore (cfr. cann. 1152, 1155, 1695), muovendo verso la riconciliazione.

La premura della Chiesa circa l'accessibilità e la celerità nei processi di nullità matrimoniale, alla base della riforma promossa da Papa Francesco mediante il m.pr. *Mitis iudex*, va letta anche come espressione istituzionale di misericordia nel venir incontro al diritto dei fedeli ad un sistema giuridico veramente operativo. È ovvio che con ciò non s'intende introdurre un fattore di misericordia nello stesso giudizio di nullità matrimoniale, o un atteggiamento approssimativo che toglie vero rilievo a tale giudizio, ma si vuol spingere verso un'amministrazione di giustizia più vicina e solerte, il che è espressione di vera compassione verso i disagi dei fedeli che toccano profondamente la loro interiorità.

Anche in tutta la complessa questione sul modo di discernere, accompagnare ed integrare i fedeli che si trovano nelle cd. situazioni matrimoniali irregolari è evidente l'afflato profondamente misericordioso che sorregge l'esortazione *Amoris laetitia*. Ciò però non significa dimenticare la giustizia, anche nella sua dimensione oggettiva, di cui abbiamo parlato prima (cfr. 4). A nostro avviso, si tratta piuttosto di presentare ed attuare le esigenze della giustizia con squisita carità, evitando accuratamente che si possa verificare in pratica quella sola giustizia, sganciata dalla misericordia, che diventa crudeltà. Il celebre monito di San Tommaso d'Aquino risuona molto attuale: «iustitia sine misericordia crudelitas est; misericordia sine iustitia mater est dissolutionis»¹⁸. Come ha detto uno studioso del capitolo ottavo di *Amoris laetitia*, «*Amoris Laetitia* si comprende meglio se si percepisce come un modo di evitare ogni crudeltà nell'applicazione della giustizia»¹⁹. Deve però essere chiaro che la crudeltà non deriva dalla stessa giustizia – adeguandola all'occorrenza al caso singolo in ciò che è diritto umano –, bensì dall'assenza di un modo davvero umano e cristiano di trattare le persone e i loro problemi, in cui la dimensione di giustizia, sia nel momento pregiudiziale sia nello stesso processo, possa iscriversi come parte del processo di discernimento, accompagnamento ed integrazione dei fedeli nella fede e nella comunità ecclesiale.

5.2. *La misericordia nell'applicazione della legge canonica*

Un aspetto specifico della relazione tra giustizia e misericordia è quello concernente l'applicazione della legge canonica. Anche con riferimento a va-

¹⁸ *Super Evangelium Matthaei*, cap. 5, lectio 2.

¹⁹ Javier OTADUY, *Dulcor Misericordiae. Justicia y misericordia en el ejercicio de la autoridad canónica. II. El capítulo octavo de Amoris Laetitia in «Ius Canonicum»* 57 (2017) 32. La traduzione è mia.

rie altre nozioni come la *oikonomia* degli orientali, l'equità canonica, la *salus animarum* quale *suprema lex*, è stata proposta la misericordia come principio molto rilevante in tale applicazione²⁰. Mi limiterò a qualche osservazione critica alla luce del contenuto non meramente umano del diritto come oggetto della giustizia.

A questo proposito si possono leggere alcune parole del Cardinal Walter Kasper nel paragrafo intitolato «Misericordia nel diritto canonico?» del suo noto libro *Misericordia. Concetto fondamentale del vangelo - Chiave della vita cristiana*²¹: «Teologicamente si tratta di fare la verità con amore (Ef 4,15), cioè di fare ciò che è giusto guidati dall'amore. Perciò, nel caso del giudice canonico, alla capacità umana del giudizio si aggiunge il fatto che egli deve essere un giudice giusto e misericordioso sul modello di Gesù. Egli non distorcerà ovviamente, per una malintesa bontà d'animo, il senso oggettivo della legge a seconda della situazione, ma lo applicherà in modo che esso risulti giusto ed equo nelle varie situazioni, inoltre terrà conto, nel senso della misericordia cristiana, della situazione dell'altro e cercherà di capirlo in base ad essa»²².

Questa presentazione sembra a prima vista ineccepibile ed equilibrata, ma prende le mosse da un presupposto che conviene evidenziare, e cioè dall'identificazione tra diritto canonico e legge o disciplina positiva della Chiesa. Si tratta di una precomprensione che comunemente è quasi scontata, essendo tra l'altro favorita dallo stesso aggettivo "canonico" con cui abitualmente viene designato il diritto della Chiesa cattolica. In quest'ottica, pur affermandosi in linea di massima il valore della stessa legge umana, essa viene relativizzata in quanto sarebbe suscettibile delle applicazioni più disparate e perfino contraddittorie tra di loro.

Vale la pena di tornare alle parole con cui Benedetto XVI, nel suo discorso alla Rota Romana del 2012, sull'interpretazione della legge nella Chiesa, descrisse gli atteggiamenti di questo tipo: «Negli ultimi tempi alcune correnti di pensiero hanno messo in guardia contro l'eccessivo attaccamento alle leggi della

²⁰ Il principale lavoro monografico in tal senso è quello di T. SCHÜLLER, *Die Barmherzigkeit als Prinzip der Rechtsapplikation in der Kirche im Dienste der salus animarum: ein Kanonistischer Beitrag zu Methodenproblemen der Kirchenrechtstheorie* (Forschungen zur Kirchenrechtswissenschaft, 14), Würzburg 1992. Per un'impostazione concorde con quella che presento, cfr. E. BAURA, *Misericordia, oikonomia e diritto nel sistema matrimoniale canonico*, relazione tenutasi nella Giornata di Studio "Misericordia e diritto nel matrimonio" (22 maggio 2014), organizzata dalla Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce, in *Misericordia e diritto nel matrimonio*, a cura di C.J. ERRÁZURIZ M. - M.A. ORTIZ, Roma 2014, pp. 23-45; Id., *Misericordia e diritto nella Chiesa*, in *Ius quia iustum. Festschrift für Helmuth Pree zum 65. Geburtstag*, a cura di E. GÜTHOFF e S. HAERING, Berlin 2015, pp. 23-37.

²¹ Trad. it, 2ª ed., Brescia 2013.

²² *Ibidem*, pp. 266-267.

Chiesa, a cominciare dai Codici, giudicandolo, per l'appunto, una manifestazione di legalismo. Di conseguenza, sono state proposte delle vie ermeneutiche che consentono un approccio più consono con le basi teologiche e gli intenti anche pastorali della norma canonica, portando ad una creatività giuridica in cui la singola situazione diventerebbe fattore decisivo per accertare l'autentico significato del precetto legale nel caso concreto. La misericordia, l'equità, l'*oikonomia* così cara alla tradizione orientale, sono alcuni dei concetti a cui si ricorre in tale operazione interpretativa. Conviene notare subito che questa impostazione non supera il positivismo che denuncia, limitandosi a sostituirlo con un altro in cui l'opera interpretativa umana assurge a protagonista nello stabilire ciò che è giuridico. Manca il senso di un diritto oggettivo da cercare, poiché esso resta in balia di considerazioni che pretendono di essere teologiche o pastorali, ma alla fine sono esposte al rischio dell'arbitrarietà. In tal modo l'ermeneutica legale viene svuotata: in fondo non interessa comprendere la disposizione della legge, dal momento che essa può essere dinamicamente adattata a qualunque soluzione, anche opposta alla sua lettera. Certamente vi è in questo caso un riferimento ai fenomeni vitali, di cui però non si coglie l'intrinseca dimensione giuridica»²³.

Il Cardinal Kasper ritiene però che questo intervento non riguardi la sua visione: «Non si può ovviamente che assentire a una simile critica della misericordia. Non può ovviamente trattarsi di un'interpretazione soggettiva o di una pura giustizia situazionale. Si tratta al contrario di applicare ragionevolmente il senso oggettivo del diritto in una situazione concreta spesso complessa e di farlo in modo che esso sia realmente giusto ed equo in tale situazione. Non si tratta quindi di un'errata interpretazione arbitraria, ma di affermare il senso del diritto oggettivo in modo oggettivamente e situazionalmente giusto»²⁴.

In questo modo però rimane indeterminato quel «senso oggettivo del diritto in una situazione concreta», perché non si tiene conto di ciò che Benedetto XVI in quel discorso chiama «l'intrinseca dimensione giuridica». Nonostante la migliore buona volontà, ritengo che si apra lo spazio di arbitrarietà temuto da Benedetto XVI. Perciò credo che una questione di fondo decisiva per comprendere la relazione tra misericordia e diritto sia quella concernente il senso dello stesso diritto. Come abbiamo detto all'inizio (cfr. n. 1), occorre superare una concezione che identifica il diritto canonico con le norme ecclesiastiche umane e non tiene presente l'esistenza di norme che dichiarano il diritto divino, le quali per loro natura si trovano al di fuori dell'applicazione dell'equità. Come asserito nel passo citato di Benedetto XVI, il positivismo canonico non viene superato

²³ 21 gennaio 2012.

²⁴ *Ibidem*, p. 265.

dalla sola attenzione al caso concreto, evitando ogni legalismo, perché si può cadere in un positivismo della singola situazione. Occorre invece affermare l'esistenza del diritto nella stessa rete dei rapporti intraecclesiali, in modo che si possa coglierlo davvero nel caso concreto, sia quando corrisponda a un'esigenza inerente alla realtà ecclesiale (diritto divino), sia quando vi siano delle esigenze poste dall'uomo che non risultano ingiuste né sono state dispensate nel caso singolo (diritto umano).

D'altra parte, sempre alla luce di una considerazione realistica del diritto, mi pare opportuno osservare che vanno distinte l'equità come giustizia del caso particolare, e cioè l'*epicheia* aristotelica²⁵, e l'equità quale *iustitia dulcor misericordiae temperata*, secondo la definizione attribuita dall'Ostiense a San Cipriano²⁶. Nel primo senso l'equità si muove nella logica della stessa giustizia, correggendo quanto di ingiusto vi può essere nell'applicazione della norma umana generale in virtù della sua connaturale imperfezione derivante dal suo fondarsi su una generalizzazione. Nel secondo senso l'equità va oltre, non più per evitare l'ingiusto, ma per trovare una soluzione più conveniente, la quale deve essere adottata da chi è competente per mutare il diritto prestabilito. In questo secondo ambito opera la misericordia con la sua dolcezza per aggiustare la soluzione del caso singolo, ed eventualmente per modificare la stessa norma generale, rientrando in quella che è tradizionalmente chiamata *aequitas scripta*, presente nella stessa legge. Non si può invece attribuire alla misericordia la ricerca di una risposta giusta nel caso particolare, secondo il primo significato dell'equità, perché così non si coglierebbe la norma generale quale regola di giustizia, né si comprenderebbe il senso e la doverosità delle eccezioni dovute a una vera ingiustizia. Estendendo la misericordia ad entrambi i sensi dell'equo si finisce per relativizzare ogni norma, e si dimentica che il *dulcor misericordiae*, dinanzi a una legge umana che è giusta nel caso concreto, spetta soltanto al titolare del diritto, il quale trattandosi di questioni di rilevanza pubblicamente ecclesiale è la stessa Chiesa come istituzione rappresentata dai sacri Pastori.

Queste considerazioni risultano pienamente applicabili alla leggi canoniche sul matrimonio e la famiglia. Infatti, il ricorso alla misericordia, tanto fecondo quando conferma e promuove la giustizia, o modifica legittimamente il suo contenuto umano, diventa invece ingiusto quando non rispetta il diritto divino circa l'indissolubilità e gli altri aspetti essenziali del matrimonio. In tali casi della vera misericordia non vi è altro che l'apparenza di una compassione sentimentale.

²⁵ Cfr. *Etica a Nicomaco*, V, 10, 1137a-1138a.

²⁶ Cfr. *Summa*, V, de dispensationibus, 1.

LA PROBLEMATICA GIURIDICO-CANONICA SUL MATRIMONIO E LA FAMIGLIA NELL'ORIZZONTE DELLA GIUSTIZIA E DELLA MISERICORDIA. ASPETTI PROCESSUALI

*Manuel Jesús Arroba Conde**

SOMMARIO: Introduzione. – 1. La credibilità dell'istituzione processuale. – 2. I limiti di risorse materiali e personali. – 3. La deontologia forense canonica. – 4. Aspetti tecnici del processo. – 5. L'impatto circoscritto della sentenza.

INTRODUZIONE

La potenziale vastità del tema da trattare in questo intervento suggerisce di formulare subito tre premesse, per delimitare l'oggetto della riflessione.

1) *Sul tipo di processo*: è giustificato riferirsi solo ai processi di nullità e principalmente alla loro recente riforma, perché portata a termine in un contesto di rinnovata attenzione all'evangelizzazione del matrimonio e della famiglia¹. Tale obiettivo non escluderebbe, anzi dovrebbe indurre a studiare anche i temi della separazione coniugale; gli aspetti processuali sul punto però sono collegati a temi più generali inerenti alla dinamica del processo, tra i quali quelli derivanti dalla possibilità, sempre problematica, di procedere per via amministrativa o seguendo le norme del processo orale²; merita invece un cenno la possibilità di adire il solo foro civile con licenza del Vescovo³. Sui

* Pontificia Università Lateranense.

¹ Per ragioni pratiche, considerando la quasi totale identità delle norme con cui si è provveduto alla riforma della disciplina orientale, mi riferirò solo alla normativa latina, cfr. FRANCESCO, *Litterae Apostolicae Motu Proprio datae Mitis Iudex Dominus Iesus quibus canones Codicis Iuris Canonici de causis ad matrimonii nullitatem declarandam reformantur*, 15.8.2015, in «AAS» 107 (2015) 958-970.

² Cfr. A. INGOLIA, *La separazione coniugale in diritto canonico*, Milano 2004.

³ Così prevede il CIC can. 1692. Su questa questione farò un breve cenno nell'ultimo punto.

processi penali mi limito a dire che l'innegabile impatto che hanno alcuni delitti più gravi sulla vita delle famiglie di vittime minori di età meriterebbe uno studio a parte⁴; ma anche in questo caso gli aspetti processuali hanno minor rilievo, attesa la preferenza dell'ordinamento per risolvere la questione dei danni per vie extraprocessuali. Al riguardo avrei poco da aggiungere a quanto suggerisce il collega e amico Prof. Riondino nel suo noto studio sul valore della mediazione nel diritto penale canonico⁵. Per tali motivi ho preferito riferirmi esclusivamente alle cause di nullità.

2) *Sul significato da attribuire al termine "problematiche"* dove appare invece utile riferirsi a una molteplicità di livelli che vanno dall'istituzione processuale in sé (anche nell'ottica dell'evoluzione delle culture processuali secolari), all'esame di alcune apparenti difficoltà della disciplina, fino ad indicare soprattutto disfunzionalità a livello applicativo derivanti da interpretazioni errate delle norme e soprattutto dalla loro disapplicazione. Proporrò cinque gruppi di problemi, sperando che l'inevitabile selezione ricada sulle principali preoccupazioni. Avverto che le preoccupazioni espresse nel contesto di una rilevante opera legislativa, quale fu l'elaborazione del codice del 1917, si erano manifestate in epoche precedenti e si sono di nuovo presentate ora⁶, in occasione dei recenti *motu proprio*.

3) *Sul rapporto tra giustizia e misericordia*, tematica di portata meta-giuridica, ma dalla quale lo studioso del processo canonico non può evadere, almeno per ribadire l'impossibilità di scindere i due valori e al contempo riconoscere (come avverte l'amico e collega al Laterano, prof. Eusebi) la permanenza di una certa fatica a sbarazzarsi di espressioni teologiche che sembrano presumerli in tensione, se non proprio contrapposti⁷. Nel formulare un fondamento solido della loro unità emerge imprescindibile il tema della verità. Il Papa, nel discorso tenuto all'atto di riconciliazione celebrato da poco in Colombia, disse che "la

⁴ Sul punto, cfr. D. CITO, *Appunti su questioni penali nell'istruttoria matrimoniale*, in G. DALLA TORRE – C. GULLO – G. BONI, *Veritas non auctoritas facit legem. Studi in onore di P.A. Bonnet*, Città del Vaticano 2012, pp. 199-210.

⁵ Cfr. M. RIONDINO, *Giustizia riparativa e mediazione nel diritto penale canonico*, Città del Vaticano 2011, specialmente pp. 169-174.

⁶ Mi sono riferito a questa circostanza nella prima delle giornate di studio in commemorazione del centenario della codificazione canonica organizzate dalle Università di Padova, Cattolica di Milano e Lateranense, cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Svilupo in tema di tutela processuale dei diritti*, in «Il Diritto Ecclesiastico» 1-2 (2017) 25-42; basti pensare alle richieste di disegnare una procedura più snella per le cause matrimoniali presentatesi in occasione dell'elaborazione del primo codice canonico, cfr. J. LLOBELL, E. DE LEÓN, J. NAVARRETE, *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. I, Milano 1999, pp. 94-101.

⁷ Cfr. L. EUSEBI, *Misericordia: "superamento" del diritto o "dimensione" della giustizia?*, in G. COLOMBO (ed.), *La misericordia e le sue opere*, Milano 2017, pp. 121-130.

verdad es compañera inseparable de la justicia y la misericordia”, e aggiunte che è la verità a garantire che la giustizia non sia compressa come vendetta e a permettere che il suo pronunciamento sia arricchito dalla richiesta e dall’offerta di perdono. Ai nostri fini merita menzione il carattere “performativo” della verità, argomento circa il quale rimando agli studi dell’amico e collega Prof. Iaccarino, in uno dei quali prende spunto dal richiamo del Papa nella lettera *Misericordia et misera* conclusiva del giubileo⁸.

Detta dimensione performativa nel processo esige di affrontarlo con quell’atteggiamento che, nel cercare la verità, mette al centro la persona, non nella sua solipsista individualità ma nella sua proiezione relazionale e comunicativa, cioè, nella sua più ricca dimensione giuridica. Ciò evita di comprendere la legge come “pietra da scagliare” ma evita altresì un illegittimo “buonismo distruttivo” che, come avvertì il Papa alla fine del sinodo del 2014, è opera di una “misericordia ingannatrice”⁹. La centralità della persona nel processo è riflesso del fondamento missionario del diritto della Chiesa e della sua condizione di strumento volto a facilitare l’annuncio del Vangelo e l’esperienza di liberazione integrale ivi racchiusa e rivolta a ogni persona, soprattutto se immersa in situazioni di sofferenza. Non avrebbe giustificazione una norma canonica che sia di ostacolo a tali obiettivi della missione, ma la missione esige di assicurarli senza prescindere dalla Giustizia e dalla Verità, oggetto ineliminabile dell’annuncio evangelico¹⁰.

Il riferimento alla verità come obiettivo degli ordinamenti processuali è in cima alle problematiche che indicherò e si rivela come questione di fondo che, in diversa misura, serpeggia in tutte le altre.

1. LA CREDIBILITÀ DELL’ISTITUZIONE PROCESSUALE

Iniziamo quindi dal primo gruppo di problematiche che formulerei come crisi di “credibilità” della istituzione processuale, intendendo riferirmi alla considerazione che nella vita delle società e della Chiesa si riserva oggi ad

⁸ Cfr. A. IACCARINO, *Discernimento e pluralismo. Spunti di riflessione all’origine del senso della giustizia*, in «Apollinaris» 87 (2014) 603-604; ID., *Il principio dell’equità alla prova dell’esercizio della giurisdizione. Una certezza altra*, in «Vergentis» 4 (2017) 336-338.

⁹ Così si espresse Papa Francesco nel discorso conclusivo all’assemblea straordinaria del sinodo dei Vescovi di 2014.

¹⁰ Per una presentazione sintetica della *norma missionis* come presupposto e chiave di lettura dell’ordinamento canonico in chiave personalista e istituzionale, cfr. P. GHERRI, *Lezioni di teologia del diritto canonico*, Città del Vaticano, pp. 39-42; M. J. ARROBA CONDE – M. RIONDINO, *Introduzione al diritto canonico*, Milano 2017 (2^a ed.), pp. 2-5.

essa, soprattutto sui nostri temi. Sembra estendersi il dubbio su quanto sia utile ricorrere a un processo per affrontare in modo adeguato le controversie familiari e coniugali. Idea di fondo è che serva a poco porsi in una prospettiva di verifica delle cause di tali controversie anziché in un'ottica utilitaristica, volta ad evitare o diminuire gli aspetti più conflittuali. Il problema è però riflesso di altri di portata processuale più estesa. Cerco di riassumerli in tre questioni.

1) *Lo scetticismo sulla comprensione del processo come strumento credibile di verifica* di fatti utili per risolvere secondo giustizia i rapporti giuridici controversi; come già detto, si tratta del punto problematico di maggior rilievo, la cui principale manifestazione è l'insistenza piuttosto rassegnata sulla certezza del diritto come unico obiettivo dei processi, intesa come un valore che, nei fatti, non è però riferito tanto al Diritto con la maiuscola ma alla fermezza dei pronunciamenti processuali¹¹. In relazione ai nostri argomenti è significativa l'evoluzione degli ordinamenti di qualsiasi tradizione culturale, dove si registra un incremento delle possibilità di ricorrere a metodi di risoluzione delle controversie alternativi al processo¹². Detta evoluzione obbedisce a svariate e eterogenee ragioni, ma tra queste si annovera l'idea che tali metodi siano più positivi per il bene della famiglia di quanto lo sia un'attività processuale tradizionale¹³. A ciò si aggiunge una certa sfiducia nell'amministrazione della giustizia, nell'amara convinzione che le decisioni dell'autorità giudiziale siano troppo discrezionali, e quindi che si tratti di atti di mero imperio, non sufficientemente controllabili secondo quanto esige il principio di legalità, soprattutto rispetto all'accertamento di fatti. Tra i processualisti di ambito secolare ci sono noti autori che indicano la ricerca della verità degli enunciati di fatto prodotti in un processo come il vero obiettivo di essi, ritenuto irrinunciabile in una società democratica e giusta. Si tratta della corrente dottrinale che tanto insiste sul valore epistemico dell'attività processuale¹⁴. Alle ragioni metagiuridiche che supportano una tale impostazione, questi autori aggiungono un fondamento ancorato anche nel diritto positivo: mi riferisco alla struttura condizionale

¹¹ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Conoscenza e giudizio nella Chiesa*, in «Apollinaris» 84 (2011) 505-534, specialmente pp. 512-515.

¹² Cfr. O. GRAZIOLI, *Gli sviluppi della mediazione familiare*, Roma 2017; per il caso dell'Italia, cfr. R. ROSSI, *Divorzio breve e negoziazione assistita: tutte le novità*, in *Il civilista*, Speciale riforma, 2015.

¹³ La ragione di tale considerazione risiede nel fatto che la tecnica della mediazione è indirizzata a promuovere la comunicazione tra le parti in conflitto e si fonda sul reciproco riconoscimento, per cui si tratta di una forma di giustizia de-regolarizzata che trova molta accoglienza nell'evoluzione normativa internazionale nell'attualità; sul punto, cfr. M. RIONDINO, *Mediazione familiare e interculturalità. Profili di diritto comparato*, in «Il diritto di famiglia e delle persone» 4 (2010) 1845-1870.

¹⁴ Tra gli autori che più insistono su questa impostazione veritativa de processo, cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009; J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano 2012.

delle norme sostanziali tramite le quali gli ordinamenti riconoscono i diritti soggettivi, la cui garanzia si affida alla potestà giudiziale in caso di conflitto. In effetti, le norme sostanziali fanno dipendere gli effetti giuridici in esse previsti dall'esistenza di determinati fatti. Perciò l'azione giudiziale non può essere volta solo a risolvere controversie ma ad accertare situazioni giuridicamente qualificate, verificando i fatti posti a fondamento di esse¹⁵. Così, la correttezza della decisione giudiziale dipende da quanto sia conforme al diritto, nella *quaestio iuris*, e conforme a verità, nella *quaestio facti*, perché si è titolare di un diritto non se si possiede riconoscimento formale o pacifico del medesimo, ma solo se sono veri i fatti da cui l'ordinamento lo fa dipendere.

2) *L'irrinunciabile orientamento epistemico di ogni processo canonico*, soprattutto di quelli aventi ad oggetto lo stato di vita delle persone; al fondamento di diritto positivo appena indicato, incidente ugualmente sul ruolo della potestà giudiziale ecclesiastica, si aggiunge la rilevanza teologica della verità, irrinunciabile nella vita della Chiesa in quanto continuatrice della missione di Qualcuno che, proprio nel processo in cui fu condannato a morte, definì se stesso come testimone di Verità¹⁶. Se sul *favor veritatis* nel processo non è dato dubitare, è invece meno chiaro comprendere che il contributo che offre un processo al raggiungimento della verità dei fatti è solo quello derivante dalla speciale attendibilità dei metodi di verifica che lo caratterizzano come strumento giusto, cioè quei metodi fondati in un contributo interpersonale e ragionevolmente dialettico, così come esige il concetto di giusto processo¹⁷. In proposito si deve ricordare che l'opzione più determinante nell'opera di riforma del processo canonico di nullità, maturata progressivamente nel contesto sinodale e manifestata dal legislatore in modo chiaro nel Proemio dei *motu proprio*, è il mantenimento della via giudiziale come l'unica di fatto percorribile per la revisione della validità del vincolo coniugale¹⁸. Il legislatore giustifica detta scelta adducendo le maggiori garanzie a tutela della verità effettiva che offre il metodo giudiziale.

¹⁵ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, p. 117-118. In tal senso, un processo non può essere considerato aderente al concetto di "giusto processo" se nel disciplinarlo si trascura del tutto l'obiettivo di pervenire ad una decisione anche giusta, fondata su fatti veri; sul punto, cfr. M. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Id.*, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, 225-228; *Id.*, *La semplice verità*, 117-118; G. UBERTIS, *Il processo come scelta: Il giudice*, in «*Apollinaris*» 87 (2014) 645-665; M.J. ARROBA CONDE, *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, Roma 2016, 178.

¹⁶ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Conoscenza e giudizio*, pp. 510-512.

¹⁷ Sul significato epistemologico del principio del contraddittorio quale primo principio base di un processo giusto, cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma (6ª ed.) 2012, pp. 29-30 e 193-196; *Id.*, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, Lugano 2008, pp. 56-65.

¹⁸ Cfr. M.J. ARROBA CONDE – C. IZZI, *Pastorale giudiziaria e prassi processuale nelle cause di nullità del matrimonio*, Cinisello Balsamo 2017, pp. 22-23.

Tale opzione implica riaffermare che, anche il nuovo processo debba continuare ad essere inteso come un insieme strutturato di attività volte ad acquisire conoscenze veritiere su fatti rilevanti, ridimensionandosi lo scopo solo strumentale rappresentato dall'obiettivo di porre fine celermente alle controversie; anche tale obiettivo non è trascurabile, ma la volontà di risolvere non autorizza a trattare le cause in modalità esposte all'errore e non coerenti con le esigenze di verità¹⁹.

L'esigenza di garantire gli obiettivi di verità al di sopra di altri obiettivi spiega alcune scelte. Merita menzione quella di aver mantenuto la non prescrizione dell'azione di nullità. Ci sono stati tentativi di modificare la disciplina in ragione degli anni di convivenza, con la proposta di considerare la lunga durata come limite per esercitare l'azione o come motivo per un appello obbligatorio presso la Rota romana. Tali idee, manifestate prima dell'elezione di Papa Francesco, sono state alimentate da pronunce di Corti secolari reticenti a ricevere sentenze ecclesiastiche riguardanti matrimoni con un certo numero di anni di convivenza²⁰. Provvedere in tal senso avrebbe comportato sacrificare la verità e, in parole del prof. Mirabelli, un'indebita concessione alla cultura del matrimonio fatto, abbandonando la cultura del matrimonio come atto²¹. Nella riforma, gli anni di convivenza sono presi in considerazione solo nella loro brevità e come possibile indizio di insufficiente intenzione sulla perpetuità del vincolo²². Ferma restando la non rilevanza diretta circa la nullità, la lunga durata della convivenza richiede ora maggiore attenzione nell'adempiere con diligenza il dovere di esortare le parti nella sentenza a farsi carico degli obblighi naturali sorti da un matrimonio putativo, ragionevolmente più previsibili in un'unione durata a lungo²³; ma su questo punto tornerò alla fine.

¹⁹ In tali termini, per evitare ogni slittamento ad ambiti metagiuridici impropri dell'attività processuale, si può parlare di ricerca razionale della verità nel processo; rispetto al processo canonico, cfr. E. DI BERNARDO, *Accertamento razionale dei fatti nella fase probatoria*, Città del Vaticano 2002; per un'impostazione analoga rispetto ad ogni tipo di processi giudiziari, cfr. G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015.

²⁰ Basti riferirsi alla nota sentenza della Corte di Cassazione italiana, in sezioni unite, del 17.7.2014 (N. 16379).

²¹ In tali termini si esprimeva il prof. Mirabelli in un suo intervento per il giornale *Avvenire* del 19.7.2014.

²² Così si deduce all'inclusione di detta circostanza all'art. 14 delle Regole Procedurali, dove si offrono esempi di circostanze che potrebbero consentire di seguire il processo più breve; sul punto, cfr. F. CATOZZELLA, *La durata della convivenza coniugale. Valore probatorio alla luce della giurisprudenza rotale*, in «Apollinaris» 89 (2016) 509-544.

²³ Si tratta di obblighi reciproci, ma soprattutto di quelli derivanti dalla prevalenza che si deve riconoscere al supremo interesse dei figli; sul punto, cfr. M. RIONDINO, *Famiglia e minori. Temi giuridici e canonici*, Città del Vaticano 2011, pp. 116-118; ID., *La mediazione come decisione condivisa*, in «Apollinaris» 84 (2011) 621-622.

3) *Alcune manifestazioni di sfiducia circa la esigenza di verifica propria di un processo di nullità matrimoniale*; alcuni testi anteriori ai sinodi si riferivano alle riluttanze dei coniugi nel considerare il loro insuccesso matrimoniale come riflesso di una nullità²⁴; credo che la riluttanza abbia ad oggetto piuttosto la disponibilità a intraprendere in profondità la revisione di una esperienza non facile; la disinformazione sul senso del processo di nullità è spesso la causa di tale scetticismo, ma ad essa si aggiunge la poca preparazione di altri operatori pastorali sul funzionamento dei processi, con ulteriore disorientamento circa gli obiettivi e i metodi. A detta situazione bisogna porre urgente e adeguato rimedio, essendo obiettivo della riforma moltiplicare il servizio, anche se ciò non significa moltiplicare le nullità²⁵. Sono però più allarmanti le deviazioni da parte di operatori del diritto; sono deviazioni con diverso oggetto ma coincidenti nell'idea che il processo di nullità, e la decisione risultante, siano attività di comando, non importa se di concessione o di diniego, anziché attività dichiarative previa verifica di fatti condotta secondo le regole ragionevoli, consolidate e abbastanza comuni nella loro sostanza tra le culture; sono le regole di un processo giudiziale giusto, rinnovabili in fedeltà creativa per rispondere a nuove sfide. Perciò il Papa, nelle prime parole dei recenti *motu proprio*, unisce la riforma al miglior compimento dell'opera della Giustizia e della Verità. Gli obiettivi più specifici di celerità, semplificazione e accessibilità, ugualmente indicati nel proemio, non possono essere enfatizzati a scapito di esigenze intrinseche al fenomeno processuale come tale.

2. I LIMITI DI RISORSE MATERIALI E PERSONALI

Alla credibilità in declino del processo come istituzione si unisce il problema dell'organizzazione, in concreto, delle strategie per superare la scarsità di risorse materiali e personali di fronte alle tante necessità di intervento che la famiglia e il matrimonio presentano. Gli ordinamenti secolari barcollano tra esigenze di ridurre i costi e le strutture giudiziarie, e una maggiore e diversifi-

²⁴ Un intervento noto in tal senso fu quello del cardinale Kasper nel suo discorso al collegio cardinalizio nel concistoro tenutosi i giorni 21 e 22 febbraio 2014, prima del Sinodo; cfr. W. KASPER, *Il Vangelo della famiglia*, Brescia 2014.

²⁵ Che si tratti moltiplicare il servizio lo si deduce dal Proemio laddove afferma la necessità di venire incontro ai bisogni di un "ingente numero di fedeli". Risulta un modello adeguato per raggiungere gli obiettivi di integrazione indicati in *Amoris Laetitia* quello recentemente stabilito nella diocesi di Pescara-Penne dall'Arcivescovo; cfr. T. VALENTINETTI, *Vademecum per l'applicazione del cap. VIII dell'esortazione apostolica sull'amore nella famiglia "Amoris Laetitia"*; in esso si indica come primo passo nell'accompagnamento pastorale delle persone in situazioni matrimoniali complesse la verifica dell'eventuale nullità del matrimonio fallito.

cata specializzazione degli operatori, ma non è facile evitare che si diffonda un senso di lontananza dell'amministrazione della giustizia dalle necessità sociali. Nel caso dell'ordinamento canonico tale sentimento si manifestò nelle risposte al questionario per preparare il sinodo straordinario del 2014²⁶. I testi di detta assemblea, ripresi nella successiva e in *Amoris Laetitia*, offrono elementi utili per superarlo²⁷. Tra questi si segnalano due.

1) *Il maggior inserimento pastorale dell'attività dei tribunali*; la riforma offre criteri utili a facilitare che l'avvio di un processo di nullità non sia sentito come esperienza estranea al discernimento e accompagnamento pastorale, personalizzato e autentico, che è sempre auspicabile intraprendere e offrire nelle varie situazioni di fragilità matrimoniale e familiare. Da ciò la previsione di una fase previa al processo diversificata, sulla cui realizzazione ancora non abbiamo sufficienti dati, ma sulla quale è bene attrezzarsi per evitare che la comprensibile difficoltà ad organizzarla diventi una scusa per la sua mancata istaurazione²⁸. La Segnatura ha già incluso questo aspetto nelle nuove disposizioni date ai tribunali per redigere il loro rapporto annuale²⁹; detta circostanza riguarda in se il governo e la vigilanza, ma vi è un aspetto scientifico interessante: mi riferisco alla connessione tra lo sforzo per progredire nell'inserimento pastorale dell'attività giudiziale e ciò che gli autori dell'orientamento dottrinale prima citato esprimono con il concetto di "contesto ermeneutico", intendendo l'insieme di fattori, spesso solo latenti, che influiscono nel processo decisionale³⁰. In effetti, sarebbe riduttivo considerare la decisione giudiziale come mero sillogismo avente ad oggetto l'esclusiva applicazione di una catena di regole logico-formali. Gli autori avvertono che a tali regole, comunque necessarie, si aggiunge il senso comune e il contesto culturale che anima il processo; più precisamente, si tratta di cultura intesa, non solo come tradizione giuridica e tecnica ma anche come ideologia, vale a dire, come insieme di valori condivisi da quella comunità pratica

²⁶ Sulle proposte indicate nell'*Instrumentum laboris* della riferita assemblea e di altre emerse nella celebrazione della medesima, cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Le proposte di snellimento dei processi matrimoniali nel recente sinodo*, in L. SABBARESE (ed.), *Sistema matrimoniale canonico in synodo*, Roma 2015, pp. 61-85.

²⁷ Sul criterio di vicinanza e prossimità delle strutture giudiziarie, cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Aspectos pastorales de la reciente reforma procesal*, in «*Commentarium pro religiosis*» 97 (2016) 76-78.

²⁸ Ad essa si riferiscono Le Regole Procedurali negli artt. 1-5; sul punto, cfr. M.J. ARROBA CONDE – C. IZZI, *Pastorale giudiziaria*, pp. 31-46.

²⁹ Cfr. SEGNAURA APOSTOLICA, *Lettera circolare "Inter munera" sullo stato e l'attività dei tribunali*, 30.7.2016, in «*Monitior Ecclesiasticus*» 131 (2016) 215-220.

³⁰ Per una presentazione sintetica di questo concetto, cfr. M. TARUFFO, *Comentarios*, in J. FERRER BELTRÁN – C. VÁZQUEZ, *Debatendo con Taruffo* (edd.), Madrid 2016, p. 419.

costituita dai partecipanti al processo e dalla più ampia comunità sociale di riferimento³¹.

Affermare l'incidenza di questi aspetti non implica smentire che funzione precipua del processo sia determinare, tramite regole oggettive, la verità dei fatti. Piuttosto, i fattori del contesto ermeneutico, culturale e espressivi di un sentire rinnovato della comunità, che nel presente della Chiesa sono riconducibili all'obiettivo di favorire una più personalizzata e maggiore integrazione nella comunità a chi ha vissuto il fallimento coniugale, danno volto concreto alle analisi delle prove, soprattutto ai criteri sulla loro estensione (*comprehensiveness*) e completezza (*completeness*), necessari ma anche sufficienti, nonché ai criteri di attendibilità delle parti e dei testi. La combinazione tra strumenti e criteri tecnici del processo e incidenza dei valori che si rinnovano nella comunità offre indicazioni per superare pregiudizi gratuiti e per perseguire la migliore accettazione della decisione da parte dei diretti destinatari e dalla comunità ecclesiale³². Rimangono operatori del foro del tutto impermeabili al riferito contesto ecclesiale. Riferisco il caso recente di un giudice che esprimeva orgoglioso nella sua sentenza negativa la gioia di essere riuscito, come il profeta Daniele, a sbugiardare i testi.

2) *Il relativo incremento del criterio di vicinanza senza compromettere la qualità (giuridica) del servizio*, propugnandosi nei testi sinodali un maggior numero di persone preparate per realizzarlo, chierici e laici, con dedizione prioritaria³³. In forza della maggiore vicinanza sono stati eretti nuovi tribunali diocesani e interdioesani di minore estensione territoriali dei precedenti³⁴. Nel decreto di erezione di uno dei nuovi si stabilisce l'esclusione dei laici come giudici, nonostante il precedente tribunale li avesse. Spero sia un caso isolato. Comunque, l'equilibrio tra la maggiore vicinanza e l'inalterata esigenza di qualità nel servizio giudiziale richiede di abbandonare l'immobilismo (che si trincea nella carenza di persone con titoli richiesti) ma anche l'improvvisazione nella formazione.

Una vicinanza senza improvvisazioni sulla qualità può essere favorita dal maggiore e più flessibile ricorso alle rogatorie e alle trasferte, quando le sedi

³¹ La prof.ssa Di Bernardo avvertiva tempo fa dell'insufficienza dell'impostazione meramente sillogistica, specialmente in un processo come quello canonico, cfr. E. DI BERNARDO, *Il sillogismo giudiziale. Prerogative e limiti di applicabilità nel processo canonico*, in «Apollinaris» 77 (2004) 415-453.

³² Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Incidencias de la reforma procesal en la sentencia*, in «Anuario Argentino de Derecho Canónico» 23/1 (2017) 61-62 e 67-70.

³³ In tali termini si sono espressi i testi conclusivi delle recenti assemblee sinodali (*Relatio Synodi* 49, del 2014; *Relatio Finalis* 82, del 2015) e l'esortazione postsinodale (*Amoris laetitia* 244).

³⁴ Sui criteri che dovrebbero guidare la riorganizzazione eventuale delle strutture giudiziarie, cfr. M.J. ARROBA CONDE – C. IZZI, *Pastorale giudiziaria*, pp. 63-86.

sono distanti dalla residenza delle persone che debbono intervenire. Certi tribunali hanno reso difficile la collaborazione tra strutture giudiziarie, limitando la disponibilità dei propri locali e del proprio personale. Sui criteri di qualità del servizio gli ordinamenti secolari si sono orientati verso la professionalizzazione dell'ufficio giudicante, per le cause contenziose non suscettibili di soluzioni conciliative e, in certi casi, anche per queste³⁵. In ambito canonico un'evoluzione analoga manifestano le differenze tra il primo e il secondo codice; l'attuale dispone che la scelta dei giudici ricada su persone con licenza o dottorato e non solo con quella generica perizia canonica prevista dal diritto precedente per i c.d. giudici sinodali, scelti tra sacerdoti. Il m.p. *Causas matrimoniales* di Paolo VI aprì l'ufficio giudicante a uomini laici, di cui uno poteva integrare il collegio dei tre giudici. Il nuovo codice mantenne tale margine senza più distinguere tra uomini e donne laici chiamati a integrare il collegio con due chierici (quindi, anche diaconi)³⁶. È un ulteriore progresso che ora possano essere chiamati a costituire il collegio due giudici laici provvisti del titolo, evitando il moltiplicarsi di richieste di dispensa alla Segnatura in favore di chierici senza titolo. Ricordo che la riforma non porta modifiche sull'esigenza dei titoli e che la maggior autonomia del vescovo nel provvedere al suo tribunale non deroga il can. 87, dove si sottrae ai vescovi la dispensa dalle leggi processuali, ivi inclusa quella sui titoli richiesti per coloro a cui si intendono affidare i vari uffici.

La riforma conferma la collegialità come garanzia ordinaria di qualità. Ora spetta al vescovo (senza bisogno di permesso della conferenza episcopale) decidere se affidare a un solo giudice le cause in prima istanza; il punto II del Proemio avverte però che in tal caso al vescovo urge la responsabilità di evitare lassismo. Unire il rischio di lassismo all'affidamento di cause a un solo giudice vuol dire che presumere maggiore qualità in un giudizio collegiale, al punto che l'impossibilità di formare il collegio (neanche con due laici) rimane presupposto obbligato per poter affidare la causa a un unico giudice; una possibilità comunque esclusa (sotto pena di nullità) nel giudizio di appello³⁷. Se la collegialità è collegata alla qualità nel decidere, credo che la sinodalità possa essere vista come una garanzia di qualità nel procedere³⁸.

³⁵ Rispetto all'ambito penale, cfr. L. PICOTTI – G. SPANGHER (ed.), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza del giudice di pace*, Milano 2202.

³⁶ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Servizio alla persona e tecnica giudiziale nel diritto canonico*, in G. BONI – E. CAMASSA – P. CAVANA – P. LILLO – V. TURCHI, *Recte Sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, I, Torino 2014, pp. 22-24.

³⁷ Così dispone il nuovo can. 1673 § 5.

³⁸ Alla sinodalità si riferì Papa Francesco nel discorso del 17.10.2015 nel 50 anniversario della creazione del Sinodo dei Vescovi da parte di Paolo VI; l'agire sinodale si traduce in adeguata partecipazione e corresponsabilità nelle decisioni; per il peso che possiede nel ordinamento ca-

Il dilagare di interpretazioni distorte sull'esigenza di procedere con le garanzie che offre il rispetto della varietà di ruoli processuali necessari per un giusto processo è stato fonte (per me non aspettata) di una problematica applicazione della riforma.

Il valore della sinodalità, quale modo di essere Chiesa e di svolgere in essa il servizio di governo, compreso quello giudiziale, non si esaurisce nel coinvolgere più agenti di pastorale nei compiti di consiglio, informazione e mediazione nella fase preprocessuale; deve raggiungere lo svolgimento del processo stesso, rafforzando la corresponsabilità degli operatori nella diversità dei ruoli. Si sono diffuse idee non coerenti con la sinodalità nel procedere. Oltre all'enfasi sulla dimensione giudiziale della potestà episcopale, vorrei segnalare due. La prima riguarda la difesa del vincolo nel processo più breve; non mancano insinuazioni sul fatto che, in tal caso, è compromessa la facoltà della parte pubblica di presentare appello contro la decisione affermativa del vescovo; è chiara l'infondatezza di tale considerazione³⁹. La seconda riguarda il ruolo degli avvocati. Le allusioni nei testi sinodali all'ideale di gratuità è stata interpretata come ostilità verso i difensori. Si deve distinguere tra la gratuità del servizio che offre la struttura giudiziale (le tasse) e la gratuità del servizio degli avvocati (gli onorari). Diminuire le tasse esige generosità istituzionale per destinare più risorse. Sugli onorari invece, oltre a vegliare perché siano giusti, per evitare ogni mercimonio (essendo in gioco un sacramento) e per facilitare ai bisognosi il gratuito o semigratuito patrocinio (con le cause di ufficio o con il servizio di un patrono stabile), non possono esserci manifestazioni istituzionali (nemmeno indirette) di ostacolo al patrocinio di fiducia, inaccettabili nel contesto dell'attuale cultura processuale, dove i patroni sono visti come collaboratori della giustizia, pur nel ruolo di difensori della parte⁴⁰. Ciò non smentisce la necessità di promuovere negli avvocati di fiducia la consapevolezza sulla dimensione pastorale, e non solo professionale, del loro servizio⁴¹.

nonico e per la sua manifestazione peculiare nella dinamica processuale (in favore del principio irrinunciabile del *favor veritatis*), proposi tempo fa di considerare la corresponsabilità uno tra i principi generali del diritto ai quali ricorrere per un'adeguata applicazione e interpretazione delle norme processuali, cfr. M. J. ARROBA CONDE, *Corresponsabilità e diritto processuale*, in «Apollinaris» 82 (2009) 201-225.

³⁹ Non serve attardarsi nel dimostrare che, come ogni ufficio ecclesiastico, quello di difensore del vincolo (qualsiasi sia il tipo di processo) si esercita solo *coram Domino*, e non dinanzi all'autorità ecclesiastica che lo abbia confidato.

⁴⁰ Sul punto, cfr. M.J. ARROBA CONDE, *La giusta mercede dell'avvocato ecclesiastico*, in «Monitor Ecclesiasticus» 131 (2016) 487-499.

⁴¹ Cfr. M. MIELE, *Diritto di scelta del difensore davanti alla Rota Romana e principi fondamentali dell'ordinamento italiano*, in «Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica» 2 (2017) 527 ss.

3. LA DEONTOLOGIA FORENSE CANONICA

Il difficile equilibrio tra qualità del servizio giudiziale nella Chiesa e la sua reale percezione da parte degli operatori come un aiuto pastorale alle persone e alle famiglie bisognose autorizza a formulare come ulteriore problematica il tema della deontologia e le sue peculiarità nel foro canonico. Negli ordinamenti secolari i temi della deontologia sono solitamente gestiti in chiavi di autogoverno di ogni categoria di professionisti del processo, con previsione di fattispecie generali riconducibili all'abuso, la negligenza e l'imperizia⁴². Le scarse risorse di personale preparato e rettamente motivato per portare avanti questo servizio ecclesiale, senza negare il peso di certi abusi (anche economici) e negligenze (soprattutto per la non sufficiente dedizione ad esso), pongono come primo problema deontologico l'imperizia canonica, sulla quale possono essere segnalate tre questioni:

1) *Le difficoltà di accesso allo studio del diritto canonico*, meritevoli ormai di intervento normativo che abbia presenti la varietà di livello di preparazione che si richiede per i diversi ruoli pastorali e processuali, che si faccia carico delle situazioni diversificate esistenti nelle Chiese particolari e che venga incontro (tramite strategie adeguate) alle esigenze di diffusione della scienza processuale⁴³.

2) *Il rilievo scarso della giurisprudenza dei Tribunali Apostolici in materia processuale*, in quanto non molto abbondante e poco conosciuta. Ritengo che il tema sia connesso al lento progresso della medesima, anche rispetto del diritto matrimoniale sostanziale, e soprattutto alla sua esigua e tardiva diffusione. Ciò non favorisce l'aggiornamento degli operatori né la loro coesione nell'interpretare il diritto in modo omogeneo, seppur nei rispettivi ruoli. L'eliminazione dell'obbligo di ottenere due decisioni conformi per dichiarare la nullità può diminuire il numero di cause in cui intervengono i tribunali apostolici, permettendo una maggiore cura del loro specifico ruolo giurisprudenziale nel trattare le questioni più complesse⁴⁴; potrà però abbassarsi ulteriormente la loro incidenza.

⁴² Tra i vari studi che ho dedicato al tema, cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Deontologia e norme processuali, in Deontologia degli operatori dei tribunali ecclesiastici*, Città del Vaticano 2011, 61-78.

⁴³ A tale esigenza di facilitazione, senza deprimere la promozione dei titoli tradizionali di studio in diritto canonico, vuol rispondere la recente istruzione della Congregazione per l'educazione cattolica (del 4.5.2018) dove si prevedono diversi percorsi di formazione straordinaria, tra i quali uno annuale per il Diploma in diritto matrimoniale e processuale.

⁴⁴ Per una retta interpretazione dei compiti che affida la Pastor Bonus alla Rota Romana rispetto alla giurisprudenza continua ad essere punto obbligato di riferimento la fondata e puntuale riflessione offerta da C. BEGUS, *L'armonia della giurisprudenza canonica*, Città del Vaticano 2002.

3) Il bisogno di consolidare negli operatori una ermeneutica processuale integrale e corretta, che ai sensi dei cann. 17 e 19, sia di supporto adeguato alla responsabilità personale assunta nel trattare le cause e assicuri l'orientamento personalista del processo canonico. Gli eccessivi richiami alla *mens legislatoris* (non di rado più presunta che reale) e la tentazione di sollecitare e avere presto interpretazioni di autorità su alcune delle novità, hanno fatto assomigliare la riforma della giustizia canonica a quella dell'evoluzione del processo nel diritto romano giustiniano che, come è noto, rappresentò l'accentramento dell'interpretazione nelle mani dell'imperatore, ritenendo nocivi la *disputatio fori* e il pluralismo delle soluzioni dei *iuris periti*, allontanando così l'idea di un diritto (come quello romano antico) che si forma in maniera spontanea, che non si sente né lontano né caduto dall'alto, e che si consolida con la collaborazione di tutti⁴⁵. Sarebbe paradossale una deriva accentratrice rispetto a una riforma voluta nel pieno della valorizzazione di una Chiesa sinodale e di una amministrazione della giustizia più vicina ai fedeli. Perciò credo che tra i criteri ermeneutici non si possa trascurare, anzi debba essere preferito ad altri (non ancora usufruibili rispetto a una riforma appena promulgata), quello dei principi generali del Diritto applicati con equità. L'equità offre l'equilibrio tra l'irrinunciabile principio di legalità nel decidere e nel procedere e l'altrettanto imprescindibile esigenza di farsi carico degli aspetti irripetibili di ogni causa. Tale obiettivo richiede una più diligente consapevolezza sulla connessione e contemporanea distinzione tra legge e Diritto (con la maiuscola) da pronunciare nel caso concreto, senza spazio all'idea di scindere diritto, verità, giustizia e bene della persona. L'equità accorcia le distanze tra legge, quale previsione che tutela la coerenza dell'ordinamento e l'uguaglianza, e la giustizia del caso concreto, che tutela con realismo la centralità della persona, riaffermando l'unione inseparabile tra giustizia e misericordia⁴⁶.

4. ASPETTI TECNICI DEL PROCESSO

Speciale perizia canonica si richiede soprattutto circa alcuni aspetti tecnici della nuova disciplina del processo; indico solo tre che hanno maggior relazione con la possibilità di percepire l'attività processuale come strumento di giustizia

⁴⁵ Su alcuni segni di questo singolare parallelismo, cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Evoluzione della interpretatio iuris nel Tardo Antico e alcune tentazioni nell'odierna attività giudiziale ecclesiastica* in «Koinonia» 41 (2017) 103-117.

⁴⁶ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Incidencias de la reforma procesal en la sentencia*, p. 66; ID., *La misericordia nel diritto occidentale*, in «Monitor Ecclesiasticus» 130 (2015) 540.

e misericordia verso le persone coinvolte in problemi coniugali e familiari; sui tre elementi la cultura processuale canonica presenta profili specifici che esigono di prendere le distanze da altre culture processuali, almeno nelle loro recenti evoluzioni

1) *Il valore della dichiarazione delle parti per la certezza morale*, tema connesso al riconoscimento valorizzato delle convinzioni di coscienza dei fedeli, presente già nel CIC 1983, le cui grandi novità rispetto al CIC del 1917 non furono del tutto accolte, costituendo uno tra i più chiari segni di non aggiornamento e di confusione rispetto ad alcuni concetti tecnici e al fondamento oggettivo della certezza morale⁴⁷. I processualisti sottolineano la fatica degli ordinamenti secolari nello stabilire gli standard oggettivi della prova; la maggioranza di ordinamenti non include le dichiarazioni delle parti tra le prove, almeno non su fatti indicati solo da esse, prevalendo il pregiudizio sul maggior peso dei loro interessi in causa rispetto alla verifica effettiva dei fatti. Situazione opposta risulta essere quella canonica sin dal CIC 1983, le cui norme sono ora state riformulate in termini positivi⁴⁸.

La rinnovata consapevolezza sul rapporto che deve esserci tra l'accertamento giudiziale della verità e i convincimenti di coscienza dei fedeli esige speciale accuratezza nell'indagine processuale, per assicurare che l'approccio ai fatti di causa, diversamente da quanto possa essere accaduto nella fase preprocessuale o in altri generi di discernimento, sia un approccio squisitamente giuridico, in grado cioè di aiutare la persona a porre la sua verità soggettiva in una relazione di verifica costruttiva e auto-critica rispetto ad altri elementi veritativi, soprattutto rispetto alle verità dell'altro coniuge.

L'art. 12 delle regole procedurali riprende l'art. 247 della *Dignitas Connubii*, dove si contrappone il fondamento obiettivo della certezza morale alla mera prevalenza delle prove, un concetto utilizzato nelle *Normae speciales* date prima del CIC per la Conferenza episcopale degli USA. In realtà, la *preponderance of evidence*, nella cultura processuale degli Stati Uniti, non si intende come criterio quantitativo o automatico, che esima da un'analisi oggettiva delle prove, in termini non dissimili a quelli della certezza morale. Che la preponderanza delle prove, ancor meno se intesa in termini quantitativi, non sia criterio automatico di oggettività, non significa che il giudice possa pervenire ad un giudizio ogget-

⁴⁷ Cfr. A. RIPA, *La novità mancata Il valore probativo delle dichiarazioni delle parti dal CIC 1983 alla Dignitas Connubii; il contributo della giurisprudenza rotali*. Città del Vaticano 2010. I concetti ai quali mi riferisco sono quelli di di indizio, ammenicolo ed elemento di credibilità, cfr. M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 424-427.

⁴⁸ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Las pruebas y su valoración en la reforma, canon 1678*, en S. SÁNCHEZ MALDONADO (ed.), *X Simposio de derecho matrimonial y procesal canónico*, Granada 2017, pp. 183-204.

tivo per il tramite di criteri diversi dalle prove, tali come il privilegio, la grazia di stato o un presuntuoso intuito pastorale⁴⁹. Servono metodi di conoscenza dei fatti attendibili e che riducano il margine di errore mettendo in atto, come strumenti razionali, garanzie coerenti con il carattere comunicativo della ragione, vale a dire, le garanzie di una vera discussione giudiziale, corresponsabile nella sua dinamica, aperta nei modi, e particolareggiata e completa rispetto ai fatti.

2) *Il peso dell'accordo tra le parti*, sia per un litisconsorzio in processo ordinario sia rispetto alla possibilità di avviare un processo più breve, dove detto accordo è stabilito come prima condizione di procedibilità. Non è il caso di entrare nelle varie interpretazioni relative all'oggetto dell'accordo⁵⁰; basti dire che questa prima condizione è inseparabile della seconda; quindi, se le parti sono in disaccordo sui fatti di causa raramente si potrà ritenere evidente la nullità; non sono invece adeguate interpretazioni più proprie dei processi di volontaria giurisdizione verso i quali si sono evoluti gli ordinamenti secolari circa i temi di cui trattiamo. La stima ora rinnovata per la concordanza tra le parti non modifica l'estensione dell'accertamento, come se l'obiettivo fosse risolvere i disaccordi o i conflitti tra i coniugi, o come se la verifica non riguardasse le questioni sulle quali coincidono⁵¹. Un giudizio all'altezza della vita e missione della Chiesa include la corrispondenza della decisione con la verità. E per verità nei processi non può intendersi niente di diverso che la reale esistenza dei fatti enunciati nelle dichiarazioni.

La coincidenza tra le parti sullo svolgimento dei fatti orienta l'impostazione dell'accertamento da fare, fermi restando i più che conosciuti e ragionevoli richiami ad evitare che le parti finiscano per essere giudici in causa propria⁵². Ora risulta accresciuta l'idea, presente anche nella dottrina secolare, secondo la quale il contraddittorio è una dinamica di collaborazione alla ricerca della verità e non solo né necessariamente una contrapposizione di versioni. Così, il contraddittorio non è un principio connesso tanto o solo al diritto di difesa, ma piuttosto alle garanzie per la conoscenza razionale dei fatti necessari per

⁴⁹ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Conoscenza e giudizio*, pp. 533-534.

⁵⁰ Sulle varie posizioni, cfr. M.J. ARROBA CONDE, *El proceso más breve ante el Obispo*, en L. RUANO – C. GUZMÁN (edd.), *Reforma de los procesos de nulidad matrimonial y otras novedades legislativas de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, Madrid 2017, pp. 258-260; G.P. MONTINI, *L'accordo dei coniugi quale presupposto del processus matrimonialis brevior (can. 1683, 1 MIDI)*, in «Periodica» 105 (2016) 395-415.

⁵¹ Per una critica ai maldestri tentativi di interpretare come deriva divorzista la stima sull'accordo tra le parti, cfr. E. DI BERNARDO, *Il processus brevior: una forma sui generis di divorzio canonico breve?*, in «Monitor Ecclesiasticus» 131 (2016) 441-457.

⁵² Tali richiami non smentiscono la ragionevole esigenza di impostare l'istruttoria partendo dalle dichiarazioni delle parti, per ricostruire i fatti nel modo più condiviso possibile, cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa*, pp. 54-56.

decidere⁵³. Non è compatibile con il giusto processo sacrificare il contraddittorio per acquisire le prove in nome di presunte esigenze di verità, come se gli obiettivi veritativi non siano interesse delle parti. Siamo lontani dai sospetti presenti nelle norme precedenti al codice del 17, in una delle quali si obbligava al giudice e al difensore del vincolo a indagare eventuali collusioni tra le parti, se le loro dichiarazioni erano troppo coincidenti⁵⁴.

3) *Il concetto di nullità manifesta* come seconda condizione per il processo più breve, concetto ovviamente riferibile a una evidenza provvisoria ma che qualche Vicario giudiziale, a quanto pare, confonde con una evidenza preprocessuale così elevata da rendere del tutto inutile non solo il processo ordinario ma anche un qualsiasi tipo di accertamento. Il prof. Bonnet, nel suo studio sul processo documentale, suggerisce di distinguere l'evidenza e la certezza morale in base al loro oggetto; l'evidenza è riferibile al documento, quale motivo che autorizza quel tipo di processo; la certezza morale si riferisce invece all'esistenza della nullità⁵⁵. Mons. Montini, in modo convincente, ragiona in termini identici rispetto all'evidenza richiesta per avvalersi del processo più breve⁵⁶.

5. L'IMPATTO CIRCOSCRITTO DELLA SENTENZA

Una importante problematica è quella costituita dall'impatto troppo circoscritto che riesce ad avere la sentenza (affermativa o negativa che sia) in un processo di nullità, se non per le persone singole dei coniugi, si certamente per la famiglia da loro costituita e per eventuali altri progetti di famiglia futuri; impatto ugualmente esiguo si può affermare rispetto alla comunità ecclesiale, come famiglia che si propone di compiere un accompagnamento giusto e misericordioso delle persone, della loro esperienza passata e dei loro progetti. Al riguardo sono degne di menzione tre questioni:

1) *L'idoneità della motivazione* a compiere la funzione di giustificare le ragioni della decisione in modo convincente per i destinatari, e indirettamente, a poter essere percepita come atto di giustizia e misericordia, vale a dire, compresa

⁵³ Cfr. G. UBERTIS, *Il processo come scelta*, 654-663.

⁵⁴ Così era previsto in un'istruzione del S. Ufficio del 1883; sul punto, cfr. M. CABREROS DE ANTA, *Comentarios al Código de Derecho Canonico*, III, Madrid 1964, p. 287.

⁵⁵ Cfr. P.A. BONNET, *Il processo documentale* (artt. 295-299), in P.A. BONNET – C. GULLO, *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione Dignitas Connubii*. III. *La parte dinamica del processo*, Città del Vaticano 2008, p. 726.

⁵⁶ Cfr. G.P. MONTINI, *Gli elementi pregiudiziali del processus brevior: Consenso delle parti e chiara evidenza di nullità*, in *Prassi e sfide dopo l'entrata in vigore del m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus e del Rescriptum ex audientia del 7 dicembre 2015*, Città del Vaticano 2018, pp. 54-56.

come decisione certamente di autorità ma frutto di una verifica effettivamente compiuta sulla base di regole di accertamento comuni⁵⁷. L'opzione per il solo processo giudiziale implica che la sentenza nel nuovo processo debba continuare ad essere compresa come un insieme coerente di enunciati di fatto emersi nel processo posti a giustificazione della pronuncia. Le motivazioni della sentenza dovrebbero quindi spiegare l'analisi delle prove che si è compiuta sui vari elementi di fatto proposti. Mi permetto di ribadire l'importanza di non confondere il principio del libero convincimento del giudice e della libera valutazione delle prove, da ritenere un progresso per assolvere l'attività giudiziale con più garanzie di verità ed equità, con il principio del c.d. intimo convincimento, che costituisce una rischiosa deviazione verso la valutazione arbitraria, contraria all'esigenza di legalità nel giudicare⁵⁸. L'obbligo di motivare è l'antidoto più efficace per evitare l'arbitrarietà, ma sul modo di assolverlo bisogna fare ulteriori progressi. La questione più delicata riguarda la valutazione delle prove libere; insisto nell'idea di intenderle come quelle in cui la legge, pur rimandando al giudice il valore da attribuire ad esse, stabilisce comunque i criteri che il giudice deve seguire quando assolve tale compito. Pur dati per la prova testimoniale, i criteri del can. 1572 (condizione, fonte e tempo di conoscenza, coerenza e concordanza) sono validi per valutare ogni altro mezzo di prova libera, per cui il can. 1572 stabilisce lo *standard* concreto di valutazione per distinguere, nelle cause canoniche (ordinarie o *breviora*) tra convincimento libero e arbitrario⁵⁹.

2) *L'attenzione agli obblighi familiari derivanti dalla decisione*, rispetto ai quali si deve sempre favorire la permanente condivisione di responsabilità dei coniugi nei confronti dei figli, nel rispetto però dell'interesse supremo dei minori⁶⁰; le norme dispongono di pronunziarsi al riguardo almeno in termini esortativi, ma la prassi canonica è molto latitante, forse per la separazione di competenze in favore della giurisdizione civile. Sul punto è auspicabile trovare vie in chiave di quella *sana cooperatio* che dovrebbe guidare i rapporti tra giurisdizioni, in forza degli interessi comuni, lungi quindi da anacronistici orientamenti di taglio apologetico o difensivista⁶¹. In ogni caso, il rinnovato contesto ermeneutico, costituito dagli obiettivi di ripartire dalla famiglia, richiede di affrancare le

⁵⁷ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Risultati della prova e tecnica motivazionale nelle cause di nullità matrimoniale. Casi pratici di prima istanza*, Città del Vaticano 2013, pp. 5 ss.

⁵⁸ Cfr. G. UBERTIS, *Il processo come scelta*, pp. 654-657.

⁵⁹ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, pp. 412-416; *Id.*, *Prova e difesa*, pp. 51-52 e 108-111.

⁶⁰ Sul significato di questo concetto, cfr. M. RIONDINO, *L'evoluzione del concetto di interesse del minore nella cultura giuridica europea*, in «Civitas et Iustitia» 6 (2008) 389-411.

⁶¹ Cfr. M. NACCI, *Chiesa e Stato dalla potestà contesa alla sana cooperatio. Un profilo storico-giuridico*, Città del Vaticano 2015.

pronunce sull'atto costitutivo dal quale sorge il valido matrimonio dal rischio di muoversi in una intollerabile astrazione, che prescindendo dallo stato di vita di fatto avviatosi con il matrimonio putativo, e dal quale sono sorte responsabilità e aspettative tra coniugi e prole. Specifica cura necessita il modo di riferire nella sentenza gli aspetti che, nella giurisdizione civile, si prestano a strumentalizzazioni ulteriormente disgreganti delle responsabilità genitoriali comuni, come accade con l'incapacità psichica⁶².

3) *La destinazione ecclesiale della decisione* in quanto strumento che può essere di ausilio anche ad altri operatori di pastorale coinvolti nell'accompagnamento delle persone e delle famiglie. È quindi necessario redigere il testo della sentenza in modo che sia anche di utilità per il discernimento pastorale successivo. Senza dedizione prioritaria al servizio giudiziale non sarà possibile attribuire alla sentenza tale ulteriore compito. Credo però che il discernimento giudiziale su fatti di proiezione interpersonale e familiare compiuto nel processo, viste le garanzie che (in astratto) derivano dalla natura anche interpersonale del processo, sia contributo di primo ordine per aiutare le persone a proseguire nella revisione di vita, nella conversione e in una responsabile maggiore integrazione nella vita della Chiesa⁶³. In caso di sentenza negativa, fermo restando (come per le affermative) il diritto di appello, l'accertamento compiuto nel processo può aiutare a valutare se ci siano gli estremi per ulteriori iniziative giudiziali rispetto alla validità dell'unione, o dove il caso lo suggerisca, per pronunciare la legittima separazione *manente vinculo* anche *coram Ecclesia*, senza attenersi sempre e solo alla prassi di consentire (di fatto o di diritto) di risolvere la separazione in sede civile.

⁶² Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Incidencias de la reforma procesal en la sentencia*, pp. 74-75.

⁶³ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Aspectos pastorales*, pp. 75-76.

SUMMA DIVISIO DELLE COMPETENZE COME PRIMA REGOLA DELL'AMMINISTRAZIONE DEI BENI DELLA SANTA SEDE

Mauro Rivella*

La pubblicazione del *Motu proprio I beni temporali* (4 luglio 2016)¹ costituisce un punto fermo nella chiarificazione del percorso di riforma del settore economico amministrativo della Santa Sede, una delle prime e più caratterizzanti scelte del pontificato attuale. Al di là della ragione contingente che lo motiva («*delineare meglio i rispettivi ambiti di attività tra la Segreteria per l'Economia e l'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, il loro modo di procedere ed il reciproco coordinamento*»), esso contiene un'affermazione di carattere generale, sulla quale merita soffermarsi, approfondendone il significato, la rilevanza e la connessione con la normativa e la dottrina canonistica. Così si esprime il Sommo Pontefice: «*Intendo ribadire la direttiva fondamentale che è necessario separare in maniera netta e inequivocabile la gestione diretta del patrimonio dal controllo e vigilanza sull'attività di gestione. A tale scopo, è della massima importanza che gli organismi di vigilanza siano separati da quelli vigilati. Segue, come prima regola, la summa divisio delle competenze tra Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica e Segreteria per l'Economia, nel senso che alla prima compete l'amministrazione dei beni e la gestione finanziaria; alla seconda il controllo e la vigilanza sull'attività di amministrazione e gestione*».

Il testo afferma la necessità di separare in maniera netta e inequivocabile la gestione diretta del patrimonio della Santa Sede dalle funzioni di controllo e vigilanza sull'attività di gestione, postulando, quale conseguente "prima regola", la *summa divisio* delle competenze tra l'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica (= APSA), a cui spetta amministrare i beni e gestire le finanze, e la Segreteria per l'Economia (= SpE), a cui è affidato il controllo e la

* Segretario Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica.

¹ «AAS» 108 (2016) 862-865.

vigilanza sull'attività di amministrazione e gestione svolta non solo dall'APSA, ma da tutte le amministrazioni della Santa Sede.

Dal momento che tale direttiva è "ribadita", è legittimo chiedersi dove, nella disciplina canonica di carattere generale o in quella riferita specificamente alla Santa Sede, essa sia stata in precedenza affermata. Un primo rimando, almeno implicito, è desumibile nella Costituzione Apostolica sulla Curia Romana *Pastor bonus* (28 giugno 1988)² – la *legge peculiare* che definisce la costituzione e la competenza della Curia Romana (cf. can. 360) – che attribuiva alla Prefettura degli Affari Economici della Santa Sede «*la vigilanza ed il controllo sulle amministrazioni che dipendono dalla Santa Sede o che ad essa fanno capo, quale che sia l'autonomia di cui possano godere*» (art. 176).

Focalizziamo l'attenzione sui documenti appartenenti alla fase della riforma intrapresa da Papa Francesco. Nel primo di essi, il *Motu proprio Fidelis dispensator et prudens* (24 febbraio 2014)³, con cui vennero costituiti il Consiglio per l'Economia, la Segreteria per l'Economia e l'Ufficio del Revisore Generale, si trova la determinazione dei compiti della SpE, a cui viene assegnato il controllo economico e la vigilanza sui Dicasteri della Curia Romana, le Istituzioni collegate con la Santa Sede e quelle dello Stato della Città del Vaticano, come pure la definizione delle politiche e delle procedure relative agli acquisti e all'adeguata allocazione delle risorse umane, nel rispetto delle competenze proprie di ciascun ente (cf. art. 5). Tale determinazioni costituiscono in certo modo il punto di arrivo dei lavori della Pontificia Commissione referente sull'Organizzazione della struttura economico-amministrativa della Santa Sede (COSEA), istituita con Chirografo del 18 luglio 2013⁴, alla quale a sua volta era stato affidato il compito di elaborare «*soluzioni strategiche di miglioramento, atte ad evitare dispendi di risorse economiche, a favorire la trasparenza nei processi di acquisizione di beni e servizi, a perfezionare l'amministrazione del patrimonio mobiliare e immobiliare, ad operare con sempre maggiore prudenza in ambito finanziario, ad assicurare una corretta applicazione dei principi contabili ed a garantire assistenza sanitaria e previdenza sociale a tutti gli aventi diritto*». Nulla si dice, nel *Motu proprio* del febbraio 2014, circa le relazioni e il riparto delle competenze fra i nuovi organismi della Santa Sede e le amministrazioni preesistenti.

A ben vedere, il testo in cui la regola della *summa divisio* viene affermata con chiarezza risale ai primi mesi del 2015, ma non è stato divulgato. Si tratta del Chirografo pontificio indirizzato al Prefetto della SpE in occasione dell'approvazione degli statuti dei nuovi organismi economico-amministrativi,

² «AAS» 80 (1988) 841-912.

³ «AAS» 106 (2014) 164-165.

⁴ «AAS» 105 (2013) 707-708.

avvenuta il 22 febbraio 2015. In esso il Santo Padre afferma: «Ritengo che sia necessario separare in maniera netta e inequivocabile il controllo e la vigilanza dalla gestione diretta del patrimonio. È infatti uno dei principi cardine della buona amministrazione che gli organi di vigilanza siano separati dagli enti vigilati. Ciò è chiaramente riconosciuto dai parametri internazionali che il processo di riforma intende adottare ed è certamente adeguato a quel “principio dei quattro occhi” che Lei giustamente annovera al primo posto tra i “principi cardine delle riforme” in materia economica». La citazione contenuta nel Chirografo rimanda a sua volta alla *Raccomandazione finale*, n. 5, della SpE, del 10 febbraio precedente.

In questa presa di posizione tanto netta, particolarmente rilevante perché contestuale all'approvazione degli statuti dei nuovi organismi economico-amministrativi⁵, potremmo riconoscere una correzione di rotta rispetto a un'interpretazione estensiva delle funzioni della SpE, diffusa dalla stampa e avvalorata dal *Motu proprio Confermando una tradizione* (8 luglio 2014)⁶, che, trasferendo a essa le competenze attribuite sino a quel momento alla Sezione Ordinaria dell'APSA, la configurava come una sorta di superdicastero economico, che assommava al suo interno compiti non solo di controllo e vigilanza, ma anche di amministrazione e gestione. Dei potenziali rischi connessi a questo modello pare consapevole lo statuto stesso della SpE, che – prevenendo l'articolazione del Dicastero in due sezioni, una per il controllo e la vigilanza e una amministrativa – stabilisce all'art. 4 § 7: «La Segreteria adotta tutte le misure e procedure necessarie a garantire la piena distinzione e separazione operativa tra le due sezioni». Pur condividendo l'affermazione di principio, è lecito domandarsi come potrebbe di fatto risolversi un eventuale conflitto fra le due sezioni, dal momento che entrambe dipendono capitalmente dal medesimo Prefetto⁷, avendo presente che, secondo il dettato della *Pastor bonus*, colui che è posto a capo di un Dicastero della Curia Romana, «lo regge, lo dirige e lo rappresenta» (art. 5), cioè è personalmente responsabile di ogni decisione assunta al suo interno.

Oggi possiamo affermare che, in buona misura, il *Motu proprio I beni temporali* ha rimediato a tale aporia. L'art. 4, infatti, abroga l'art. 17 dello

⁵ Può risultare singolare che gli statuti dei nuovi organismi non siano in alcun modo connessi, o almeno coordinati, con quanto stabilito nella *Pastor bonus*. È ancor più singolare che *Fidelis dispensator et prudens* affidi al Prefetto della SpE la responsabilità di redigere gli Statuti dei tre organismi e che essi abbiano operato per più di un anno senza alcuna normazione, ancorché di carattere provvisorio. Solo nel dicembre 2017 è stato pubblicato (in «AAS» 109 (2017) 73) il Rescritto che stabilisce la soppressione della Prefettura degli Affari Economici della Santa Sede a far data dal 30 dicembre 2016 e la contestuale abrogazione degli artt. 176-179 della *Pastor bonus*.

⁶ «AAS» 106 (2014) 618-620.

⁷ Ho affrontato la questione nel contributo *L'APSA nella riforma economica della curia romana*, in «Ius Missionale» 9 (2015) 59-65.

statuto della SpE, che attribuiva alla Sezione Amministrativa il compito di fornire i servizi amministrativi e tecnici necessari per l'attività ordinaria dei Dicasteri della Santa Sede. Di conseguenza, sono tornate all'APSA, cioè al Dicastero a cui, secondo la *Pastor bonus*, compete istituzionalmente la funzione dell'*amministrazione* dei beni della Santa Sede, tutte le competenze conferite alla ex Sezione Ordinaria prima del *Motu proprio* del luglio 2014, con la sola eccezione dell'Ufficio del Personale⁸.

In conclusione, possiamo affermare che il travagliato e non sempre lineare percorso di riforma dell'area economico-amministrativa della Santa Sede ha condotto all'emersione del principio fondamentale, ma sinora implicito, della *summa divisio* delle competenze.

Tale più matura consapevolezza è stata senza dubbio propiziata dalla necessità di adottare in maniera formale i principi di trasparenza e di prevenzione di potenziali conflitti di interesse comunemente utilizzati dalle istituzioni finanziarie internazionali, per potersi rapportare a esse e ai connessi organismi di controllo su un piede di parità, in maniera analoga a quanto è avvenuto in ordine alla prevenzione del rischio di riciclaggio e del finanziamento al terrorismo con la costituzione, avvenuta il 30 dicembre 2010, dell'Autorità di Informazione Finanziaria⁹. Si tratta comunque di un principio di carattere generale, applicabile in ogni organizzazione complessa, e rispondente a un'esigenza di base di ogni

⁸ L'art. 2, lettera b), de *I beni temporali* precisa che spetta alla Sezione Amministrativa della SpE «adempiere – ferme restando le competenze proprie della Segreteria di Stato – tutto quanto riguarda il personale a norma dell'art. 16 dello Statuto della Segreteria per l'Economia, salvo il pagamento degli stipendi, che continuerà ad essere affidato all'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica». L'art. 16 dello statuto della SpE afferma a sua volta: «§ 1. Questa Sezione [Amministrativa], in collaborazione con la Segreteria di Stato, assicura che i requisiti legali e amministrativi riguardanti il personale degli enti e delle amministrazioni di cui all'art. 1 siano stabiliti ed osservati. § 2. In particolare, questa Sezione cura gli adempimenti giuridico-amministrativi relativi al personale dei dicasteri e degli uffici della Curia Romana e, su specifico mandato, quello di altre istituzioni collegate. In tale ambito operativo, fermo restando che spetta alla Segreteria di Stato l'accertamento dei requisiti di idoneità dei candidati all'assunzione, questa Sezione: a) collabora ad attività di studio per la stesura di normative e tabelle organiche; b) effettua attività di elaborazione degli stipendi; c) effettua pratiche di assunzione e segue l'iter di promozione, attribuzione di classi di merito, cessazioni dal servizio, trasferimenti, aspettative, occupandosi – per quanto di competenza – della gestione delle risorse umane; d) propone e valuta piani di formazione e percorsi di crescita professionali; e) svolge le pratiche relative alle assicurazioni contro gli infortuni e intrattiene i rapporti operativi con le compagnie assicuratrici; f) cura i dati anagrafici del personale». È evidente che molte di queste attribuzioni sono di carattere prettamente amministrativo, come emerge dalla constatazione che il testo dell'art. 16 è desunto *vere ad litteram* dall'art. 15 del regolamento dell'APSA del 26 novembre 2010. È lecito domandarsi se averle conservate in capo alla SpE rispetti il principio della *summa divisio*. Parrebbe più corretto – e forse anche più rispondente alla *mens* originaria della riforma – riservare a essa le sole competenze di indirizzo, orientate a una prudente, organica e prospettica gestione complessiva delle risorse umane, il cui costo incide in maniera significativa sul bilancio della Santa Sede.

⁹ «AAS» 103 (2011) 7-8.

buona amministrazione (sintetizzabile in maniera efficace come “il principio dei quattro occhi”), che non collide con le caratteristiche peculiari della Santa Sede e della Curia Romana in rapporto al Sommo Pontefice, favorendo invece il funzionamento ordinato e verificabile degli organismi che ne fanno parte. I Dicasteri della Curia Romana – che “sono giuridicamente pari tra di loro” (*Pastor bonus*, art. 2 § 1) – costituiscono, infatti, la modalità ordinaria di esercizio della potestà esecutiva del Romano Pontefice in rapporto alle questioni della Chiesa universale. Godono di potestà vicaria, dipendono da lui e a lui rendono conto. Non sembri forzata l’analogia con quanto avvenuto agli inizi del secolo passato, quando la legislazione canonica adottò in maniera innovativa la forma codiciale anche per rispondere al bisogno di individuare un linguaggio giuridico comune rispetto alla coeva legislazione degli Stati, in rapporto ai quali il diritto canonico a ragione rivendicava pari dignità e rigore metodologico. Anche oggi, l’adozione di regole e principi propri delle discipline economico-finanziarie è perfettamente lecita nella misura in cui non snatura né altera le peculiarità del sistema canonico. È questo, del resto, il criterio che regola la “canonizzazione” delle leggi civili, possibile «in quanto non siano contrarie al diritto divino e se il diritto canonico non dispone altrimenti» (can. 22).

Rebus sic stantibus, pare indubbio che il principio debba applicarsi non solo ai Dicasteri della Curia Romana e agli organismi collegati, ma al complesso dei beni temporali ecclesiastici. Tuttavia, se volgiamo lo sguardo al diritto universale, è evidente come fossero altre le priorità che ispiravano i *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant*, preparati dalla Commissione per la revisione del Codice di diritto canonico e approvati nell’ottobre 1969 dall’Assemblea generale del Sinodo dei Vescovi¹⁰. Non meraviglia, perciò, che la regola della *summa divisio* non sia esplicitata nel diritto patrimoniale come configurato nel CIC 1983 e nel CCEO, né sia stata oggetto di approfondimenti specifici da parte della dottrina successiva. Il Libro V del CIC, infatti, è caratterizzato dalla preoccupazione di rivendicare il diritto nativo della Chiesa di possedere beni temporali e di disporne liberamente, di destinarli ai fini propri della Chiesa stessa e di distinguerne la titolarità, attribuendo il *patrimonium Ecclesiae* a persone giuridiche autonome e distinte, coordinate e controllate mediante un meccanismo di superiori autorizzazioni per l’alienazione dei beni e gli atti comunque pregiudizievoli la disponibilità del patrimonio¹¹. Un riferi-

¹⁰ «Communicationes» 1 (1969) 77-85. Per un’esposizione sintetica dei criteri che hanno guidato la revisione del diritto patrimoniale nel CIC 1917 e la redazione del Libro V del CIC 1983, cf. V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*, nuova edizione aggiornata e integrata a cura di A. PERLASCA, Bologna 2011, pp. 50-58; J.-C. PÉRISSET, *Les biens temporels de l’Église*, Paris 1996, pp. 17-27.

¹¹ Si veda, fra tutte, l’esposizione dei principi costitutivi del diritto patrimoniale canonico proposta da J.-P. SCHOUPPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Milano 2008², pp. 9-34. Dopo

mento alla funzione di vigilanza – di carattere piuttosto generale – si rinviene nella Nota del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi *La funzione dell'autorità ecclesiastica sui beni ecclesiastici* (12 febbraio 2004)¹²: «*La vigilanza comprende il diritto di ispezione, di esigenza dei conti, di stabilire le modalità di una corretta ed ordinata amministrazione, di dare la licenza per alcuni atti amministrativi di una certa gravità o rilevanza (cfr. cann. 1277, 1281, 1285, 1292)*» (n. 5).

Non mancano, peraltro, nel dettato codiciale, alcune norme puntuali che evidenziano la convenienza di una distinzione fra compiti di governo e compiti di amministrazione dei beni. Il can. 494 § 1 prevede l'obbligo di nominare un economo in ciascuna diocesi. Il can. 423 § 2 sancisce l'incompatibilità fra l'ufficio di economo e quello di amministratore diocesano, al punto che, qualora l'economista sia eletto amministratore diocesano, il consiglio per gli affari economici deve nominare temporaneamente un nuovo economo. In ogni seminario deve esserci un economo, distinto dal rettore (can. 239 § 1), che ne ha la legale rappresentanza (can. 238 § 2). Il can. 636 § 1 stabilisce che ci sia un economo distinto dal superiore in ogni istituto religioso e in ogni provincia retta da un superiore maggiore. Per quanto possibile, è bene che anche nelle comunità religiose locali il superiore sia distinto dall'economista. Il can. 1280 prevede che ogni persona giuridica (pubblica) abbia il proprio consiglio per gli affari economici o almeno due consiglieri, che coadiuvino l'amministratore. Il consiglio economico è obbligatorio in ogni diocesi (can. 492 § 1) e in ogni parrocchia (can. 537).

Nonostante l'esiguità dei riferimenti testuali e dottrinali, sono dell'opinione che il principio della *summa divisio* delle competenze, rivestendo carattere generale, non possa essere disapplicato dalle persone giuridiche pubbliche che svolgono attività complesse e rilevanti dal punto di vista economico e finanziario. Non può esistere, infatti, una gestione patrimoniale corretta che non preveda, al suo interno, una chiara e verificabile distinzione tra funzioni di vigilanza e funzioni di amministrazione, vuoi per l'applicazione della "regola dei quattro occhi", vuoi perché nessuno può essere davvero affidabile in campo economico, se è nel contempo controllore e controllato. Si tratta, pertanto, di individuare modalità efficaci – non meramente formali o di facciata – per assicurare la distinzione dei compiti soprattutto all'interno di quegli enti che,

aver individuato nei cann. 1254-1258, preliminari del Libro V, i «*principi costitutivi o fondamentali del diritto patrimoniale canonico, (...) che definiscono le strutture essenziali della materia*» (p. 9), Schoupe enuncia i seguenti capisaldi: il diritto della Chiesa cattolica all'uso dei beni temporali in quanto mezzi per il raggiungimento dei propri fini; il carattere nativo e indipendente del diritto della Chiesa all'uso dei beni temporali; la capacità patrimoniale delle persone giuridiche pubbliche e private; la soggezione della proprietà delle persone giuridiche alla potestà di governo del Romano Pontefice.

¹² «*Communicationes*» 36 (2004) 24-32.

come le diocesi e le parrocchie, hanno un regime monocratico, ricadendo sul titolare dell'ufficio, nel caso il vescovo e il parroco, la facoltà di assumere le decisioni e la conseguente responsabilità, solo mitigata dal meccanismo dei controlli canonici sugli atti che eccedono l'amministrazione ordinaria.

AMMINISTRAZIONE E GESTIONE DEI BENI TEMPORALI DELLA CHIESA: PRIMI ELEMENTI DI CONCETTUALIZZAZIONE

Paolo Gherri*

SOMMARIO: 1. Delineazione del problema. – 2. Amministrazione e gestione: elementi concettuali. 2.1 Una premessa epistemologica. 2.2 Qualche elemento concreto. – 3. La gestione: elementi pratici. 3.1 Necessità d'individuare e costituire una gestione. 3.2 Competenze specifiche della gestione. – 4. Concludendo.

1. DELINEAZIONE DEL PROBLEMA

Delineare sommariamente la *consistenza tecnico-giuridica* da attribuire oggi ai concetti di “amministrazione” e “gestione” dei beni temporali della Chiesa richiede la volontà di evitare le inconsistenze e le ambiguità teoretico-dottrinali che da decenni continuano ad appesantire la Canonistica principalmente intorno al concetto di “amministrazione”, soprattutto in riferimento al Libro V del Codice latino (e Canoni paralleli del CCEO), senza offrire apporti realmente utili alla problematica in essere¹. Sul tema appare invece maggiormente efficace la riflessione relativa al Libro II del CIC, vista l'esplicita – per quanto insufficiente – normazione di alcune *figure ed attività istituzionali* che risultano del tutto assenti nel Libro V, sebbene ad esso strutturalmente connesse. Si tratta della figura ed attività degli “economi”, diocesani e religiosi (cfr. cann. 239 §1; 249; 636)², sulle

* Pontificia Università Lateranense.

¹ Per una panoramica dottrinale sul tema si vedano: C. BEGUS, *Diritto patrimoniale canonico*, Città del Vaticano 2007, 151-152; 153; V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*, a cura di A. Perlasca, Bologna 2011, 190-191; J. MIÑAMBRES, “Administración de bienes”, in *Diccionario general de Derecho canónico*, a cura di J. OTADUY - A. VIANA - J. SEDANO, vol. I, Pamplona 2012, 204-205; F. GRAZIAN, *Amministrazione e gestione dei beni nell'Ordinamento canonico*, in *Enti ecclesiastici e controllo dello Stato. Studi sull'Istruzione CEI in materia amministrativa*, a cura di J.I. ARRIETA, Venezia 2007, 63-64; I. PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, *Libro V del CIC. Bienes temporales de la Iglesia*, Valencia 2002, 119; M. LÓPEZ ALARCÓN, *La administración de los bienes eclesiásticos*, in «Ius Canonicum» 24 (1984) 89-99; J.-P. SCHOUPE, *Elementi di Diritto patrimoniale canonico*, Milano¹ 1997, 130-134; 140.

² Cfr. J. MIÑAMBRES, *Corresponsabilità e amministrazione dei beni della Chiesa*, in *Corresponsabilità e trasparenza nell'amministrazione dei beni della Chiesa*, a cura di F. LOZUPONE, Ariccia (RM) 83.

quali tuttavia continua a gravare la discontinuità sia della sistematica sia del linguaggio codiciale che, dal punto di vista tecnico, mostrano di non conoscere né il termine né il concetto di “gestione” (il termine “gestio”, infatti è presente una sola volta nel *CIC* – al can. 285 §4 – in riferimento ai beni di pertinenza di laici che i chierici *non devono gestire*). È questo uno dei maggiori esiti della concreta ed effettiva operatività di ben quattro differenti legislatori materiali – mai realmente integrati ed uniformati – intorno allo stesso tema codiciale: i Gruppi di Consultori che hanno elaborato le quattro materie “*De fidelium iuribus et Associationibus deque laicis*”, “*De sacra Hierarchia*”, “*De Institutis vitæ consecratæ per professionem consiliorum evangelicorum*”, “*De iure patrimoniali Ecclesiæ*”³.

Ad oggi il quadro dottrinale (e teoretico generale che ne deriva) risulta di tutta ambiguità, tanto più che i canonisti non sembrano porre alcuna attenzione alla differenza tra i due termini, che vengono quasi sempre utilizzati come sostanziali sinonimi oppure combinati in formule testuali incongrue come “gestione amministrativa”. L’orizzonte, in realtà, non migliora sensibilmente se si volge l’attenzione all’ambito giuridico statale: anch’esso infatti manifesta nei confronti dei concetti di *amministrazione* e *gestione* un disagio non minore; disagio di cui è testimone la scarsa consistenza che gli stessi termini/concetti mostrano in ambito giuridico laddove, emblematicamente, il “*Digesto delle discipline privatistiche*”⁴ non conosce affatto né la voce “*amministrazione*” né la voce “*gestione*”, dovendocisi accontentare di quanto scritto (indirettamente) ormai sessant’anni orsono a riguardo dell’*amministrazione*, in termini non dissimili dalle sue concettualizzazioni canoniche:

«Si può dire in generale che amministrare consiste in un’attività diretta allo scopo di ricavare la ragionevole utilità dagli elementi che compongono il patrimonio senza che ne diminuisca il complessivo valore sostanziale. L’attività di amministrazione è pertanto diretta ad un compito di varia natura che comprende quanto è necessario al fine descritto; i singoli atti, a lor volta, possono essere diretti alla custodia, allo sviluppo, all’alienazione dei vari elementi patrimoniali che ne compongono l’oggetto»⁵.

Per tali ragioni nelle riflessioni che seguiranno, in chiave espressamente canonistica, sia il *CIC* con i suoi istituti giuridici e le sue norme, sia la dottrina canonistica in genere, rimarranno solo sullo sfondo, mentre si utilizzerà un approccio più attento alle odierne *scienze contabili* che hanno spesso lambito

³ Cfr. «*Communicationes*» I (1969) 68-69; F. D’OSTILIO, *La storia del nuovo Codice di Diritto canonico. Revisione - promulgazione - presentazione*, Città del Vaticano 1983, 223-224.

⁴ Cfr. *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, 19 voll., Torino 1987-1999; *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, 16 voll., Torino 1987-1999. Allo stesso modo le altre maggiori opere giuridiche generali.

⁵ A. TRABUCCHI, “*Amministrazione (Atti di)*”, in *Novissimo digesto italiano*, vol. I, Torino 1957, 544.

la materia a partire dall'ambito "ecclesiasticistico"⁶, e più ancora tributario o societario, soprattutto nel complesso orizzonte italiano.

2. AMMINISTRAZIONE E GESTIONE: ELEMENTI CONCETTUALI

2.1. Una premessa epistemologica

Il primo elemento di cui tener conto in sede di concettualizzazione canonica è che il rapporto tra amministrazione e gestione non è soltanto *gerarchico*, cosicché un'attività "contenga" e "comporti" l'altra; tale rapporto, infatti, è – prima di tutto ed essenzialmente – un rapporto di espressa natura *giuridica*, guidato dall'effettiva *portata legale* degli istituti giuridici coinvolti i quali, di fatto, riconducono ai *solii amministratori* propriamente detti (e fissati per Legge – cfr. can. 1279) la titolarità capitale delle funzioni. Non di meno: «L'amministrazione appartiene al governo»⁷!

«Fa parte del governo della persona giuridica; essa può far capo a una stessa persona oppure a due distinti soggetti. La distinzione va mantenuta dove il Codice la impone. Il Diritto comune la prescrive in particolare per uffici di governo che comportano una speciale responsabilità ed onerosità»⁸.

In merito, si è affermato con lucidità e fondamento che «amministrare significa *disporre dei beni*, e implica *l'esercizio del diritto di dominio*»⁹, individuando nell'*amministrazione* l'attività che, prima di tutto ed essenzialmente, *esercita il dominio* sui beni¹⁰: l'attività, cioè, che "crea" la *volontà strategica* dell'Ente stabilendo "se" ("cosa", "chi", "quanto") comprare, vendere, intraprendere, dismettere, investire, locare, restaurare, ampliare, mantenere, assumere, ecc. Corrisponde, infatti, alla peculiarità più radicale del *dominus* l'affermazione sostanziale della *voluntas* circa le *res* di cui si tratta¹¹:

⁶ Riguardante, cioè, i rapporti degli Enti confessionali e religiosi (detti "ecclesiastici" se afferenti alla Chiesa cattolica) con lo Stato e le sue norme, soprattutto per quanto riguarda la materia tributaria e giuslavoristica.

⁷ V. DE PAOLIS, *I beni* . . . , cit., 190.

⁸ *Ibidem*, 198.

⁹ Cfr. *ibidem*, 191 (corsivi non originari).

¹⁰ Ciò che, romanisticamente, intendeva e comportava l'esercizio degli *iura utendi et abutendi, fruendi, excludendi, disponendi* . . . (cfr. B. DUBALLET, *Cours complet de Droit canonique et de Jurisprudence canonico-civile*, vol. I, Paris 1986, 357).

¹¹ "Affermazione sostanziale" diversa dalla *espressione e comunicazione* che competono invece al rappresentante.

«La administración de los bienes en sí es un derecho que corresponde al “dominus” de las cosas. [...] El propietario – el dueño – es quien de por sí administra sus bienes, dispone de ellos, puede además encomendar la administracin de los mismos a otra persona»¹².

È fermo nella dottrina giuridico-economica che l'amministrazione, in quanto *potere*, “consiste nel potere di decisione”¹³, senza che in nulla rilevi l'identità del proprietario (persona fisica o giuridica, pubblica o privata).

Dal punto di vista espressamente giuridico-canonico è questa *voluntas* che costituisce il vero fulcro della materia. La cosa rileva in modo costitutivo soprattutto per il fatto che nel nuovo millennio le tematiche connesse all'uso dei beni ecclesiastici (in modo particolare degli Istituti religiosi e delle Diocesi¹⁴) sta progressivamente subendo un vero e proprio “risucchio” verso gli approcci più tipici dell'*Economia aziendale*¹⁵, trascurando invece l'espressa necessità di “fissare” con chiarezza categorie e funzionalità di per sé proprie delle scienze contabili, per loro natura più prossime all'approccio giuridico, col quale, non di meno, s'interfacciano continuamente, vista la vera “dipendenza” del Diritto commerciale e tributario da tali discipline scientifiche¹⁶. Per la scienza canonica, poi, l'attenzione scrupolosa ai differenti ambiti epistemologici si fa tanto più necessaria per il fatto che i due termini chiave della tematica (amministrazione e gestione) assumo nei due contesti significati praticamente opposti. Si legge, infatti, in ambito “aziendalistico” che «l'amministrazione (anche quando essa è

¹² I. PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, *Libro ...*, cit., 118.

¹³ Cfr. M. CIAN, “Amministrazione”, in *Dizionario di Economia e Finanza* (2012), URL: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/amministrazione_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/amministrazione_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/>) (al 28-12-2017).

¹⁴ Spesso chiamati a rispondere a livello patrimoniale di situazioni economiche gravemente problematiche, giunte fino al sostanziale “fallimento” (dal punto di vista giuridico) degli Enti stessi, oppure forzosamente coinvolti in ristrutturazioni patrimoniali seconde solo alle “spoliazioni” ottocentesche dell'Europa giacobina o liberal-massonica.

¹⁵ «Assai utile, in questo ambito, è il contributo dell'Economia aziendale, [...]. È proprio questa, infatti, l'area a cui ricondurre l'analisi delle dinamiche gestionali degli Enti ecclesiastici. [...] Questo approccio, applicato ai beni e alle risorse economiche di tali Enti, consente di passare dal concetto di *amministrazione*, che di fatto si risolve in genere nella redazione di un inventario patrimoniale e in una tenuta contabile per l'elaborazione del bilancio di cassa, a quello di *gestione*, che [...] consente di leggere e interpretare dinamicamente la condizione patrimoniale dell'Ente». M. RIVELLA, *Presentazione*, in M. GRUMO, *Gestione, bilancio e sostenibilità economica degli Enti ecclesiastici. Diocesi, Parrocchie e Istituti religiosi*, Milano 2015, IX-X.

¹⁶ Non si trascuri come, in genere, sia il Codice civile (a sua volta spesso in applicazione di norme sovra-statali come quelle comunitarie europee) a dettare le modalità per la corretta redazione del Bilancio delle attività commerciali o d'impresa (per l'Italia si vedano gli Artt. 2423-2425bis).

di qualità) non è più sufficiente anche per gli Enti ecclesiastici, poiché essa ha natura sostanzialmente formale e procedurale»¹⁷. In particolare:

«Il bilancio di esercizio nasce nell'economia dell'azienda come strumento a supporto della gestione e non come adempimento. [...] Inoltre il bilancio di esercizio non è uno strumento che può essere appannaggio dei soli organi amministrativi. Questa è l'impostazione formale e giuridico-amministrativa, ma non quella gestionale oggi necessaria»;

proprio tale bilancio, poi, viene indicato come «un documento redatto dagli 'amministratori', ma non è detto che essi (insieme all'economista/a) siano sempre i migliori interpreti dello stesso in chiave gestionale»¹⁸.

In merito, non basta prendere atto che «il concetto di amministrazione nella Chiesa non è tuttavia univoco»¹⁹. È invece necessario esplicitare che, mentre [a] in ottica *aziendalistica* la gestione (da intendersi, in realtà, in termini di *management*²⁰ o, meglio ancora: *governance*²¹) “contiene” l'amministrazione (intesa come semplice “unità operativa”, sostanzialmente ridotta alla mera contabilità, quando si parla di beni)²², [b] in ottica *giuridica* è invece l'amministrazione che “contiene” la gestione (*v. infra*: 2.2), ed è in questa esclusiva ottica che il giurista deve ragionare se vuole assolvere alla propria peculiare funzione. Altro, infatti, è trattare delle necessarie “strategie” pluriennali d'azione nell'ottica dei c.d. Piani industriali (come propone ed incentiva l'Economia aziendale)²³, altro è far funzionare in modo corretto, efficace ed efficiente gli Enti canonici (come indicano le scienze giuridico-contabili): *obiettivo* necessario il primo, *presupposto* strutturale il secondo che, di fatto, non si è mai realizzato anche per carenza di riflessione e consapevolezza espressamente giuridica. Proprio l'affrontare in questa sede la problematica della concettualizzazione dell'*amministrazione e gestione dei beni temporali della Chiesa* ne è la prova più palese, insieme al fatto che in molti ambiti ecclesiali – non eccettuata la Santa Sede – le concrete problematiche con cui ci si confronta (o scontra) quotidianamente non riguardano affatto l'ottimalità del “futuro strategico” (= la chiave aziendalistica), ma la gravissima

¹⁷ M. GRUMO, *Gestione ...*, cit., 15.

¹⁸ *Ibidem*, 19.

¹⁹ *Ibidem*, 24; cfr. J.-P. SCHOUPE, *Elementi ...*, cit., 1997, 130.

²⁰ Cfr. “Management”, in F. PICCHI, *Economics & Business. Dizionario enciclopedico economico e commerciale. Inglese Italiano. Italiano Inglese*, Bologna 1986, 572.

²¹ Nelle sue strutturali «funzioni di indirizzo strategico, di gestione, di controllo» (E. SARTI, *Carisma, gestione dei beni ed adeguatezza della governance*, in *Corresponsabilità ...*, cit., 154-155).

²² Cfr. “Administration”, in F. PICCHI, *Economics ...*, cit., 20.

²³ Cfr. M. GRUMO, *Gestione ...*, cit., 56-57.

insufficienza di un “presente tecnico” (= la chiave contabile) ancora incapace di riconoscere e concretizzare differenze *tecniche* strutturali come quelle che intercorrono tra amministratore e gestore, bilancio e rendiconto, controllore e controllato, ecc.²⁴

Non di meno: dal punto di vista delle scienze contabili l’amministrazione, di per sé, «comprende sia l’adozione delle scelte strategiche generali sia il compimento delle singole operazioni gestorie»²⁵, dove per *gestione* (o attività gestoria) s’intende, in linea di principio, «il complesso delle operazioni economico-finanziarie relative a un’attività aziendale»²⁶; complesso di operazioni che, in quanto *parziale* (= economico-finanziario²⁷) e concretamente *delimitabile* (soltanto “attività”), potrebbe anche essere affidato ad altro soggetto rispetto all’amministratore: il “gestore”, appunto.

La distinzione, utile anche dal punto di vista canonico, si fonda proprio nella possibilità di scorporare un certo tipo di “operazioni” rispetto alle “scelte” che le hanno determinate: una *possibilità* (e non una necessità) dovuta principalmente alla *quantità* e *complessità* di ciascuna attività di gestione. È questo, infatti, che probabilmente ha portato il legislatore canonico ad imporre *ex Lege* la presenza di gestori (chiamati “economi” nel Libro II del *CIC*) per i livelli maggiori di organizzazione degli Enti canonici: Diocesi, Seminari, Istituti religiosi e loro Province, mentre per tutte le altre realtà – minori – si è concretamente presupposto che l’esiguità delle operazioni gestorie non ne richiedesse l’affidamento obbligatorio ad uno specifico addetto ma potessero permanere entro la normale attività di amministrazione degli Enti²⁸.

²⁴ L’intervento di Mons. Rivella a questo stesso *Workshop* ne costituisce la prova più evidente (cfr. M. RIVELLA, *Summa divisio delle competenze come prima regola dell’amministrazione dei beni della Santa Sede*, 377-383).

²⁵ M. CIAN, “Amministrazione”.

²⁶ “Gestione”, in *Enciclopedia on line*, URL: <<http://www.treccani.it/enciclopedia/gestione>> (al 28-12-2017); cfr. “Gestione” in *Dizionario di Economia e gestione aziendale*, Napoli⁴ 2007, 459.

²⁷ La precisazione è di grande significatività poiché pone in evidenza l’esclusione della *componente patrimoniale* dell’amministrazione: è all’amministrazione, infatti, che competono le attività strategiche dell’Ente.

²⁸ L’esperienza concreta di una normale Parrocchia italiana che svolga soltanto l’attività istituzionale di religione e di culto indica in poche centinaia le registrazioni contabili da effettuare annualmente; la scelta, poi, di far passare tutte le operazioni attraverso la banca permette di avere un sostanziale rendiconto coincidente con gli estratti conto bancari. La cosa assume caratteristiche completamente diverse se si svolgono attività quali la scuola materna, il cinema o altro che coinvolga differenti regimi fiscali, eventuale assunzione di personale dipendente, ecc.

Non inutilmente anche una certa *fedeltà semantica* favorirà la corretta individuazione e stabilizzazione concettuale dei termini, cosicché amministratori ed amministrazione individuino un ambito – sovraordinato – ben diverso da gestori, gestione, attività gestoria; tenendo ulteriormente conto che quanto aziendalisticamente si tende a chiamare “gestione” in realtà viene realizzato dai Consigli d’amministrazione: unici responsabili e depositari delle strategie sia di bilancio che di sviluppo (= *strategic management/governance*), mostrando l’estrema polivalenza dei linguaggi e, forse, pure la loro difficoltosa fruibilità.

2.2. *Qualche elemento concreto*

I concetti si delineano con maggior chiarezza se si tiene conto della già accennata individuazione della gestione come “complesso delle operazioni economico-finanziarie relative a un’attività aziendale” (meglio sarebbe dire: d’impresa). In tale formulazione, infatti, risaltano due elementi espressamente tecnici: 1) la natura eminentemente *economico-finanziaria* della gestione, 2) la sua connessione ad una “attività” indicata genericamente come d’impresa, cioè: strutturata ed organizzata in modo permanente per produrre o distribuire beni o servizi. Due elementi che, di fatto, [1] riservano l’attività strategica (entro cui si colloca l’aspetto patrimoniale) all’amministrazione, e [2] escludono una vera “gestione” laddove, di fatto, non si svolga alcuna attività autonomamente organizzata (com’è quella d’impresa). Concretamente: incassare le cedole di Titoli finanziari, i dividendi di Azioni, gli affitti di qualche immobile, come può accadere ad una Parrocchia, non meno che a qualunque persona fisica, non costituisce “gestione” in senso proprio poiché non comporta alcuna “organizzazione” stabilmente dedicata a tale attività²⁹. Quando invece, come accade per un Istituto diocesano per il sostentamento del clero in Italia, si tratta di tenere sotto controllo e far funzionare qualche centinaio di affittanze di terreni, fabbricati civili, industriali e commerciali, si delinea senza dubbio un’attività di vera e propria gestione. . . tale, probabilmente, da richiedere anche di assumere *personale contabile* (ecco qui l’organizzazione stabile) per realizzarla nella sua componente “economico-finanziaria”. A maggior ragione quando si svolgano attività stabili in ambito scolastico, sanitario, socio-assistenziale, come avviene spesso per gli Istituti religiosi ed un certo numero di c.d. Enti gerarchici della Chiesa (Diocesi e Parrocchie).

²⁹ Al punto che per il Diritto tributario italiano tali attività sono considerate praticamente “patrimoniali” ed una parte di esse (quelle mobiliari) non costituisce neppure “Reddito imponibile”, subendo l’imposizione tributaria già all’origine attraverso la struttura bancaria (o equifunzionale).

Riconoscere all'attività di amministrazione (e, pertanto, agli amministratori che la svolgono) le competenze *decisionali* a riguardo degli Enti in sé e per sé (ovviamente non senza i loro "patrimoni"), permette d'individuare la gestione come l'attività che – semplicemente – deve *realizzare in concreto* ciò che gli amministratori hanno deliberato, portando di fatto la *gestione* a coincidere col mero "funzionamento" dell'Ente – o di una sua specifica attività soltanto (= forniture, stipendi, pagamenti, incassi, ecc.) –. Si tratta, in fondo, della profonda differenza che intercorre tra "disposizione" e "funzionalità".

Proprio in questa prospettiva espressamente funzionale/operativa è significativo l'uso codiciale del verbo "gerere" col valore di "comportarsi" (*se gerere*: cann. 277 §2; 383 §3; 892) o di esercizio di *attività altrui* (*voices/pars gerere*: cann. 647 §2; 1121 §1; 1721 §2). Non pare sottovalutabile neppure il fatto che la formula "personam gerere" (cann. 238 §2; 363 §2; 393; 532; 543 §§2-3) rimandi strutturalmente ad un'attività svolta nei confronti di un soggetto "altro" rispetto a colui che opera (= Seminario, S. Sede, Diocesi, Parrocchia). "Gerere", poi, è utilizzato anche per la cura pastorale interinale (cfr. cann. 414; 539) svolta non "proprio nomine" e della quale si dovrà rendere conto al titolare "pleno Iure" (cfr. can. 540 §3). Tutti significati in cui a prevalere è la *concreta operatività* (= il funzionamento).

Di tutto rilievo è pure la formula "*administrationem bonorum gerere*" utilizzata dal can. 636 §1 per l'attività degli economisti religiosi, mentre per quelli diocesani si usa direttamente "*administrare*" (can. 494 §3), sebbene "*sub auctoritate Episcopi*"³⁰ (quelli religiosi invece operano "*sub directione Superioris*"). Al di là dell'imprecisione e discontinuità del linguaggio codiciale (*gestio/administratio; sub auctoritate/directione*)³¹ risulta comune il fatto che gli economisti – tutti – operano "sotto" l'autorità o la direzione (= volontà/disposizione) di qualcun altro e precisamente: un Superiore diretto nella linea gerarchica che, proprio in ragione dell'Ufficio di governo ricoperto, ha il compito di decidere ciò che riguarda sia la consistenza (patrimoniale, *in primis*) sia le concrete attività dell'Ente. Un Superiore che il Libro V al can. 1284 indica come "amministratore" per il solo fatto che "regge immediatamente" la persona giuridica³² e che il Libro II del CIC indica (per Rettore del Seminario, Vescovo diocesano e Parroco) anche come "rappresentante" dell'Ente stesso.

³⁰ Formula ambigua usata con lo stesso significato anche per il Moderatore di Curia (cfr. can. 743 §2), sebbene con maggior frequenza la si riferisca al Parroco (cfr. Cann. 511; 515; 519; 528) il quale tuttavia opera, senza dubbio, "*nomine proprio*" e non in rapporto di vera *subordinazione* rispetto al Vescovo come, invece, gli ufficiali/addetti di Curia!

³¹ Si è già detto come la differenza di linguaggio per le due formulazioni sia facilmente imputabile al fatto che le norme sono state redatte da differenti Gruppi di studio e lavoro.

³² La questione si pone in modo differente per i religiosi in quanto ruoli e funzioni dipendono quasi sempre dalle Costituzioni dei singoli Istituti.

In merito è stato giustamente scritto che

«nella sua funzione, l'amministratore viene aiutato da un *economista*, che svolge compiti d'*esecuzione* delle decisioni amministrative, con una certa autonomia definita dall'Ufficio stesso, però sotto la direzione del Superiore competente. Ciò spiega perché la funzione "*decisionale*" dell'*amministratore* è, in linea di massima, incompatibile con quella esecutiva dell'*economista*»³³.

Nella stessa linea il Direttorio per i Vescovi "*Apostolorum Successores*" al n. 193 si riferisce all'*economista* diocesano espressamente per ciò che riguarda la *mera* "esecuzione materiale dei diversi atti di amministrazione"³⁴. D'altra parte «le sue mansioni amministrative non fanno di questo Ufficio l'amministratore dei beni diocesani in senso pieno e proprio»³⁵.

Le considerazioni così proposte sembrano sufficienti per affermare che il rapporto tecnico-concettuale – ma anche la distinzione – tra amministrazione e gestione (amministratori e gestori) va individuato in due elementi strettamente correlati: 1) una *subordinazione operativa*, 2) *specificamente indirizzata*. Dal punto di vista funzionale si tratta della stessa dinamica esistente tra mandante e mandatario, o tra provvedimento e sua esecuzione³⁶, con margini d'indeterminatezza "amministrativa" e di discrezionalità "gestionale" più o meno ampi a seconda dei casi, in base sia al Diritto proprio (p.es.: statuario, oppure Decreti generali esecutori) sia a specifiche scelte e deliberazioni in sede locale (p.es.: gli Atti di nomina degli economisti o altri gestori).

Esattamente in quest'ottica di *subordinazione operativa specificamente indirizzata* va considerato (a differenza di quanto avviene nella dottrina prevalente) quanto stabilito dal can. 494 §3 a riguardo della concreta attività dell'*economista* diocesano. Egli infatti deve «fare sulla base delle entrate stabili della Diocesi le spese che il Vescovo o altri da lui legittimamente incaricati abbiano ordinato», oltre a svolgere la propria attività «secondo le modalità definite dal Consiglio per gli affari economici», risultando del tutto *privo* sia di un vero potere d'iniziativa sia della possibilità di scegliere le modalità concrete di espletamento della propria funzione: prerogative che sono, invece, specifiche degli amministratori.

³³ J.-P. SCHOUPPE, *Elementi*, 1997 . . . , cit., 138. Sebbene l'instabilità terminologica (e subordinatamente concettuale) porti poi lo stesso autore ad affermare che «spetta all'*economista* amministrare una persona giuridica pubblica» (*ibidem*, 170).

³⁴ Cfr. CONGREGATIO PRO EPISCOPIS, *Directorium ministerii pastoralis Episcoporum: Apostolorum Successores*, Città del Vaticano 2004.

³⁵ J. MINAMBRES, *La responsabilità nella gestione dei beni ecclesiastici dell'Ente Diocesi*, in *Enti . . .*, cit., 74 (sull'ambiguità della figura dell'*economista* si veda utilmente: *ivi*, 73-75).

³⁶ O ancora nei rapporti "dialettici": strategia/tattica; cosa/come; bilancio/contabilità; decisione/attuazione; struttura/fisiologia.

In più: a fine anno egli deve presentare al Consiglio per gli affari economici – e non al Vescovo (*sic*) – il “rendiconto” delle entrate e delle uscite. Rendiconto “di cassa” soltanto³⁷, ben diverso dal Bilancio dell’Ente Diocesi³⁸, che – significativamente – non risulta di competenza del gestore. D’altra parte si era già ristretta la sua attività alle “spese” soltanto – niente acquisti! – da effettuarsi sostanzialmente su base annua, poiché subordinate alle “entrate stabili” e non alla disponibilità patrimoniale della Diocesi.

Si consideri infine come oggigiorno sia anche possibile – a volte addirittura consigliabile (*v. infra*) – esercitare “gestione” senza disporre di alcun reale patrimonio da “amministrare”: le fattispecie delle Società cooperative (di lavoratori) o degli Studi associati (di professionisti) ne danno evidente prova, *contro* la maggior parte dei presupposti e “dogmi” canonici in materia di beni temporali. Laddove, infatti, siano il lavoro come tale e la sua organizzazione a produrre reddito, non esiste alcuna necessità di possedere patrimoni da utilizzare strumentalmente o da far fruttare. La stessa necessità di un “capitale sociale” (= patrimonio) per far fronte alle obbligazioni eventualmente sorgenti verso terzi può in molti casi essere supplita da apposite forme di assicurazione professionale.

3. LA GESTIONE: ELEMENTI PRATICI

Acquisito, seppure in via del tutto preliminare, come la *gestione* coincida col *funzionamento concreto* di un Ente o di una sua specifica attività (e come lo stesso uso codiciale del verbo “*gerere*” vada in questa prospettiva espressamente funzionale/operativa), diventa necessario osservare che essa fa il paio con “organizzazione”, tanto che laddove sia necessario “organizzare”, sorge anche “gestione”... e viceversa: la gestione richiama – poiché esprime – l’organizzazione.

Non solo tuttavia. La gestione costituisce la parte dinamica, la funzionalità, dell’organizzazione, cosicché – come già variamente accennato – esiste propriamente gestione laddove si realizzano *effettive attività economico-commerciali*:

³⁷ La questione è puramente tecnica: “entrate” ed “uscite” si riferiscono alle sole somme finanziarie, il c.d. *denaro contante*, senza alcun riferimento, p.es., ai titoli di credito/debito che, invece, non transitano per il Conto economico ma vengono imputati direttamente al Conto patrimoniale incidendo sul “patrimonio” come tale.

³⁸ Ancora completamente ignoto all’Ordinamento canonico.

acquisti, vendite, incassi, pagamenti, fatturazioni, versamenti... operazioni per loro natura diverse dall'incasso di proventi finanziari o canoni di locazione oppure dal pagamento di utenze³⁹. Ed è proprio la *necessaria organizzazione* che potrebbe suggerire la soluzione anche teoretica del dilemma tra amministrazione e gestione in ambito canonico: dilemma che non si pone affatto per gli Enti privi di sostanziale organizzazione perché concretamente "inerti", come sono le Parrocchie e le Case religiose che non svolgano attività diverse da quelle loro "proprie" in quanto persona giuridica canonica (e sono la maggioranza assoluta!)⁴⁰. È in questa logica, d'altronde, che il legislatore ecclesiale ha imposto la nomina di economisti (di fatto: gestori) solo per le Diocesi, i Seminari, gli Istituti religiosi e loro Province: persone giuridiche strutturalmente "complesse" che per le loro peculiari caratteristiche comportano un'inevitabile organizzazione in materia economica e, pertanto, una vera e propria gestione distinta dall'amministrazione politico-strategica (= pastorale) di tali Enti.

Dall'inquadramento teoretico così suggerito derivano le principali istanze pratiche per dare concretezza alla soluzione prospettata; esse riguardano essenzialmente:

- a) "quando" le situazioni di fatto (al di là di quelle di Diritto già codificate) comportino, richiedano o consiglino l'individuazione di vere e proprie gestioni;
- b) "quali" siano di fatto le competenze specifiche e proprie di una c.d. gestione (e, quindi, dei gestori/economisti).

3.1. *Necessità d'individuare e costituire una gestione*

La domanda su "quando" le situazioni di fatto comportino, richiedano o consiglino, l'individuazione (e l'eventuale successivo scorporo ed affidamento) di vere e proprie "gestioni" è una delle più significative, poiché espressamente

³⁹ Attività semplicemente "domiciliabili" o autorizzabili in modo permanente in capo ad un conto corrente bancario e svolte – seppure dietro versamento di adeguata "commissione" – in modo automatizzato da parte delle banche; fatto salvo, soprattutto per le locazioni, il loro effettivo numero.

⁴⁰ Senza che ciò intenda pregiudicare la possibilità o necessità per le singole persone giuridiche canoniche di svolgere le attività più diverse che corrispondano ad opportunità pastorali sia istituzionali che occasionali. Non è, infatti, costitutivo della Parrocchia come tale gestire una scuola materna o un centro per disabili; così come non corrisponde a nessuna Casa religiosa come tale gestire scuole, ospizi, cliniche, ecc. pur secondo il carisma più proprio dell'Istituto.

orientata a cogliere il punto di dis-giunzione (= la soglia di passaggio) tra *amministrazione* in senso proprio e *gestione* in senso tecnico. Punto e soglia che non potranno determinarsi geometricamente con l'applicazione di veri "principi scientifici" validi "a prescindere", ma soltanto di "criteri pratici" derivanti da ragionevole esperienza⁴¹. Se, poi, un "principio" vero e proprio (= sostanziale) dovesse presiedere a questa individuazione, esso dovrebbe consistere nella rapportabilità alla normale attività di una famiglia⁴²: situazione analoga e proporzionata a quella di molte piccole Parrocchie o Case religiose, impegnate soltanto ad assicurare vitto, alloggio e comunicazioni ai propri membri.

Di seguito alcuni "indici" o "criteri" pratici già vevoli disgiuntamente per individuare l'*utilità* di una gestione. La ricorrenza congiunta di almeno tre di essi non dovrebbe lasciare dubbi sulla *necessità* di procedere anche allo scorporo e, pertanto, alla predisposizione di un gestore/economista che segua espressamente le dinamiche economiche, finanziarie (di cassa), giuslavoristiche, autorizzative e contrattuali connesse, a differenza di quanto potrebbe fare un mero amministratore in materia d'indirizzo operativo (= decidere se e quali attività intraprendere e a quali condizioni/fini) e di consistenza patrimoniale dell'Ente.

- Assunzione di personale dipendente a tempo pieno, oltre le 3 unità;
- costi per il personale dipendente superiori ad €/ \$ 100 000 annui;
- attività classificata tributariamente come commerciale o assimilata;
- vendita al pubblico (pur se ridotto) di beni o servizi dietro pagamento di corrispettivo;
- incassi per pagamenti a fronte di vendita o cessione di beni e/o servizi per più di €/ \$ 50 000 annui;
- cessione o distribuzione al pubblico (pur se ridotto) di beni o servizi anche senza pagamento di corrispettivo;
- presenza di fornitori di merci, beni e servizi (utenze escluse), in numero superiore a 5 e utilizzo di tali acquisti per realizzare beni o servizi a fruizione di terzi;

⁴¹ Così come avviene anche in ambito civilistico laddove i vari legislatori fissino – secondo massime d'esperienza – somme o valori quali criteri formali per imporre o permettere specifiche configurazioni sia di natura societaria che tributaria, con conseguenti ricadute anche sulla modalità contabile da applicare: Bilancio o Rendiconto *in primis*; così pure per specifici regimi fiscali c.d. minimi...

⁴² Che, come tale, ha un'entrata abbastanza fissa, un certo numero di spese per utenze e acquisto di materiali e servizi, qualche veicolo, qualche reddito finanziario e la casa in proprietà.

- accesso a finanziamenti pubblici o privati istituzionali (= Fondazioni, Banche, Aziende. . .).

Gli indici/criteri indicati ruotano attorno a 4 poli sostanziali a cui sono riconducibili espresse *responsabilità giuridiche* (a volte anche concomitanti o polivalenti) caratterizzate da un'*alta tecnicità* spesso del tutto estranea agli amministratori canonici, soprattutto se tale ruolo/funzione risulti sostanzialmente accessorio rispetto all'Ufficio ecclesiastico loro affidato, come accade per Vescovi diocesani, Rettori di Seminario, Superiori religiosi, Parroci: amministratori *ope Legis* (cfr. can. 1279) e non per affidamento *ratione personæ*, com'è in campo civile per gli amministratori di Società ed Imprese. Si tratta delle materie connesse a: 1) lavoro dipendente, 2) rapporti col pubblico, 3) assetto tributario, 4) contrattualità, di per sé estranee alle finalità per le quali è giustificata nella Chiesa l'attività connessa ai beni temporali (cfr. can. 1254 §2), ma che oggi risultano inevitabilmente strumentali allo svolgimento della maggior parte delle attività che necessitino un minimo di organizzazione.

- 1) Il primo polo di responsabilità organizzativa e gestionale è costituito dalla presenza di lavoratori dipendenti (almeno 3 e/o loro costo lordo superiore a €/€ 100 000 annui). La questione rileva in particolare per il fatto che ecclesiastici e religiosi non sono abituati a ragionare in termini di ore di lavoro (giornaliere, settimanali, annuali), così come non considerano le varie tipologie di permessi e congedi, né le ferie. I lavoratori dipendenti, inoltre, pur se tenuti contrattualmente al lavoro anche nei giorni festivi o alla turnazione, non hanno la versatilità d'orario di ecclesiastici e religiosi. Il numero di 3 lavoratori dipendenti o il loro costo significativo, sono evidenti indici della strutturalità della loro presenza ed attività: elementi che non permettono leggerezze di alcun tipo nella loro gestione. La presenza di lavoratori dipendenti, infatti, porta con sé la necessaria applicazione delle innumerevoli norme in materia di prevenzione e sicurezza sui luoghi di lavoro, oltre a richiedere specifiche competenze per la gestione delle buste paga e, più ancora, degli aspetti tributari cui i datori di lavoro devono assolvere in nome e per conto dei dipendenti stessi (in qualità di sostituto d'Imposta)⁴³.
- 2) L'erogazione, fornitura, vendita di beni e/o servizi al pubblico – come risultano ad ogni effetto la scuola e la salute – creano la condizione funzionale di fornitore/distributore/venditore contrapposta a quella di fruitore/consumatore, inserendo in una dialettica socio-culturale assolutamente

⁴³ Sebbene la mera attività contabile possa essere (e venga solitamente) esternalizzata, la consapevolezza circa materia è comunque irrinunciabile.

indominabile per chiunque. Una dialettica che comporta la necessità di fornire una quantità impressionante di “garanzie” e “tutele” a chi fruisca – anche gratuitamente – di beni e servizi. Garanzie e tutele che vanno assicurate sia in modo preventivo (attraverso il conseguimento delle necessarie Autorizzazioni amministrative allo svolgimento di determinati tipi di attività), sia in modo concomitante (attraverso il rispetto ed il controllo degli *standard* comunque fissati per tali beni/servizi); garanzie e tutele che spesso richiedono sia il ricorso necessario a personale adeguatamente qualificato, sia un suo numero adeguato, fissato o desumibile delle Leggi civili in materia. . . coinvolgendo così, immediatamente, la problematica già illustrata.

- 3) Terzo polo problematico ormai inevitabile per qualunque tipologia di attività rivolta al pubblico è quello tributario, la cui attivazione dipende dalla “qualificazione” legale delle attività svolte: scuola e sanità, in molti Paesi europei (e non solo) sono attività commerciali per Legge; allo stesso modo – spesso – l’assistenza; senza mai dubbi: la recettività. In tal modo il semplice intraprendere un tal genere di attività, indipendentemente dalla loro dimensione reale, attiva anche le due problematiche precedentemente illustrate. La questione si pone non solo in tutte le circostanze in cui ci sia passaggio di denaro, in qualunque forma, ma anche nei casi di eventuale gratuità; sarà infatti soltanto l’Imponibile annuale finale – nullo – ad evidenziare l’assenza del presupposto di imposizione tributaria, non senza attivare nel tempo qualche “attenzione” da parte dell’Amministrazione tributaria, costantemente frustrata nella propria attesa (e pretesa) di riscossione a fronte di attività classificate “commerciali” dalla Legge.
- 4) Ultimo elemento che richiede specifica attenzione è quello che riguarda contratti e forniture quando si vada al di là di ciò che è necessario al mero funzionamento di un’abitazione (= utenze ed alimenti). Chi svolge un’attività commerciale deve acquistare e rivendere in regime I.V.A., deve tenere una Contabilità fiscale secondo quanto determinato dalla Legge, difficilmente potrà somministrare a terzi beni di sua produzione, soprattutto alimentare, ecc. Dovrà, inoltre, conoscere e tenere sotto controllo le dinamiche sempre più instabili del mercato, soprattutto all’ingrosso; dovrà, pure, sapersi muovere con destrezza a livello di contrattualistica, con sconti sul fatturato a fine anno, gruppi d’acquisto, consumi assicurati, abbonamenti per forniture predeterminate, date di fatturazione e pagamento, ecc. Tanto più quando si tratti di importi elevati o anche soltanto di numero di “pezzi” acquistati, come il numero di pasti per una scuola o il materiale sanitario per una clinica o una casa di riposo.

Possono ricondursi a quest'area problematica anche le sovvenzioni o i finanziamenti, pubblici o privati, che un certo tipo di attività potrebbero attrarre. Poiché ordinariamente chi paga vuole anche "vedere" esiti o comunque essere garantito nel raggiungimento di sue proprie finalità, anche istituzionali, il beneficiare di soldi altrui genera sempre qualche contro-prestazione, o in servizi che ci si impegna ad erogare o a specifiche modalità di loro erogazione; oppure a vincoli di destinazione d'uso di fabbricati costruiti o restaurati per ospitare determinate (e non altre) attività, ecc.

Gli elementi sin qui sommariamente illustrati potrebbero, ragionevolmente, far nascere un ulteriore interrogativo circa le "modalità" dello scorporo di una gestione.

Una delle modalità oggi maggiormente convenienti in linea di massima, quando ce ne siano i ragionevoli estremi (da valutare di volta in volta, sia in base all'Ente amministrato, sia in base all'attività da gestire), consiste nella "aziendalizzazione" delle attività: trasformare, cioè, le *gestioni* in vere imprese [a] di stampo operativo, [b] prive il più possibile di patrimonio⁴⁴ e [c] senza prospettive di patrimonializzazione⁴⁵. Imprese commerciali a socio unico facilmente controllabili ed indirizzabili dal punto di vista "ideale", che conferiscano reddito – direttamente o indirettamente – al socio unico ma non ne coinvolgano il patrimonio⁴⁶. Per i casi più complessi, poi, soprattutto in ragione della forte presenza di personale dipendente (come avviene nelle strutture scolastiche,

⁴⁴ Di fatto per costituire una Società commerciale la maggior parte delle legislazioni civili richiede soltanto un "capitale sociale", non coincidente – di per sé – con un vero patrimonio, soprattutto immobiliare. Spesso basta conferire un diritto di uso o di usufrutto di qualche decennio, computato secondo le varie "tabelle" utilizzate (per assicurazioni e vitalizi) nei diversi Ordinamenti giuridici; in tal modo l'Ente canonico si "scarica" di qualsiasi costo, spesa, Imposta e responsabilità civile gravante sugli immobili conferiti, rimanendone "nudo proprietario". Se è pur vero che ciò indebolisce la condizione patrimoniale dell'Ente, poiché ne limita l'utilizzo anche per lunghi periodi (costituendo un Atto di amministrazione straordinaria dal punto di vista canonico), questa è tuttavia l'unica componente negativa dell'operazione. Di tutt'altra portata sia economica che patrimoniale che tributaria, ecc. sono le situazioni in cui gli Enti canonici come tali gestiscono direttamente attività civilisticamente commerciali.

⁴⁵ A seconda dei casi, la Società potrà [a] distribuire utili al socio unico (tassati ma effettivi), oppure [b] pagare un affitto per gli immobili (tassato ma effettivo), oppure – in caso di cessione di diritti reali – [c] accollarsi i costi di adeguamento e manutenzione degli immobili (generando grandi risparmi all'Ente canonico proprietario, che riceverà poi il bene in buone condizioni, attuando nei decenni un effettivo risparmio).

⁴⁶ La aziendalizzazione non coincide per nulla con la c.d. *duplicazione dell'Ente canonico* in sede civile (come si opera in un certo numero di Paesi), la duplicazione, infatti, mantiene unito l'intero Ente canonico (patrimonio + attività) coinvolgendolo completamente in tutte le dinamiche civilistiche, mettendone così a rischio anche il patrimonio; nell'aziendalizzazione, invece, si crea un *nuovo Ente*, la Società commerciale, del tutto indipendente dall'Ente canonico che, non solo, ne mantiene la guida in quanto detentore della totalità delle quote societarie, ma anche incassa gli

sanitarie ed assistenziali) risulta vincente l'ulteriore ripartizione tra [1] l'attività d'impresa come tale (= Società a responsabilità limitata con socio unico) e [2] la gestione del personale, eventualmente attraverso la costituzione di una Società cooperativa⁴⁷. La scelta si motiva con l'attenzione pressoché assoluta e totalizzante che la Politica, non solo nazionale, assegna oggi ai posti di lavoro (= stipendi e contributi previdenziali) ed ai servizi erogati e tassati; il resto (= patrimonio) di fatto non interessa alle legislazioni vigenti se non a fini di rivalsa per responsabilità civile (= danno) o commerciale (= fallimento), motivo per cui non conviene metterlo "in gioco", come purtroppo, invece, accade per gli Enti canonici che gestiscono direttamente attività rivolte al pubblico, senza il ricorso ad opportuni Enti strumentali che operino come "filtri" giuridico-patrimoniali. Questa prospettiva pratica, non di meno, permetterebbe di risolvere *ab ovo* ed in modo plausibile anche la problematica della tutela del "patrimonio stabile" degli Enti canonici.

3.2. *Competenze specifiche della gestione*

Dopo aver individuato i principali ambiti (e soprattutto le attività) maggiormente connessi alla gestione più che all'amministrazione come tale, pare possibile fornire qualche ulteriore indicazione pratica su ciò in cui concretamente consiste l'*attività gestoria*, almeno dal punto di vista individuativo.

Si tratta della domanda su "quali" siano di fatto i compiti specifici e propri della gestione: quelli, pertanto, affidati a economisti e gestori.

Rientrano *sicuramente* nel concetto ed attività di *gestione*, e non di amministrazione secondo il dettato del can. 1284 da cui dipende la quasi totalità della dottrina canonistica in materia:

- il pagamento di quanto corrisponde a fatture ricevute per acquisti effettuati e l'incasso di quanto dovuto per fatture emesse o per rette maturate a seguito di servizi prestati (scuole, pensionati, ecc.);
- l'incasso di affitti o altre spettanze dovute per l'utilizzo da parte di terzi di beni propri;

utili realizzati dall'attività come tale, oppure gli affitti degli immobili concessi in locazione per svolgere l'attività stesa.

⁴⁷ Della quale potrebbero essere soci anche gli stessi religiosi appartenenti all'Istituto della cui amministrazione si tratta.

- la gestione degli orari di lavoro, malattia, permessi e ferie del personale dipendente, il conteggio delle ore lavorate, la compilazione della busta paga e il versamento degli stipendi, dei contributi sociali ed assicurativi, l'attività di sostituto d'Imposta; con esclusione dell'inquadramento lavorativo (= i livelli), promozioni e dimissioni e delle procedure disciplinari (*v. infra*);
- il mantenimento degli approvvigionamenti di servizi stabili (= utenze) e dei materiali necessari al funzionamento delle strutture ed attività affidate;
- la tenuta in strada di veicoli ed automezzi di proprietà o di fruizione (= manutenzioni ordinarie, cambio gomme, tagliandi, assicurazione);
- i controlli periodici e gli adeguamenti delle norme di prevenzione e sicurezza sui luoghi di lavoro per il personale dipendente (e volontario);
- i controlli periodici di Legge delle certificazioni di impianti ed attrezzature tecniche già installate;
- i controlli periodici delle autorizzazioni amministrative (igienico-sanitarie *in primis*) necessarie per lo svolgimento di attività soggette;
- la verifica del permanere delle condizioni legali di funzionamento ed esercizio di immobili ed attività in caso di mutamento normativo del settore;
- la verifica ed il controllo delle polizze assicurative sia per i beni che per le attività;
- la verifica ed il controllo dell'utilizzo di beni e diritti propri da parte di terzi;
- i rapporti coi fornitori stabili, la richiesta di preventivi per servizi o acquisti di nuovo corso;
- la verifica della qualità e/o funzionalità dei beni e servizi acquistati, oltre che del permanere delle condizioni contrattuali pattuite;
- il controllo dell'utilizzo del *Budget* o del Bilancio preventivo;
- i rapporti "di sportello" (= versamenti, prelievi, bonifici) con le banche di utilizzo ordinario (= conti di cassa);
- la tenuta della contabilità di pertinenza dell'attività svolta (= conti di cassa, prima nota, clienti e fornitori, banche);
- la corretta imputazione di costi ed eventuali ricavi (o comunque coperture) ai rispettivi "centri di costo".

Non appartiene, di per sé, all'attività di gestione ma a quella di amministrazione (sebbene il gestore possa occuparsi in modo parziale e subordinato di singoli aspetti, soprattutto informativi, delle attività in questione):

- la gestione della componente giuridica dei rapporti col personale dipendente (*se*, chi assumere e/o dimettere), le questioni disciplinari, l'inquadramento lavorativo, eventuali premi o incentivi, la scelta della tipologia del contratto di lavoro;

- la predisposizione di nuovi contratti di fornitura, la loro revisione;
- il cambio o l'integrazione di fornitori;
- la delibera di acquisto di beni il cui utilizzo si protragga oltre l'anno;
- la delibera dell'acquisto di beni strumentali che vanno capitalizzati nel Bilancio dell'Ente (= immobilizzazioni);
- la predisposizione del Piano dei conti e delle politiche di Bilancio, così come la sua proposta ed approvazione;
- la creazione ed il finanziamento di nuovi "capitoli di spesa";
- la stesura ed approvazione del Bilancio, sia preventivo che consuntivo.

4. CONCLUDENDO

Gli elementi sin qui illustrati per sommi capi, soprattutto in relazione al concetto di *gestione*, costituiscono uno dei possibili approcci iniziali ad un'articolazione precisa ed elaborata della tematica, senza che in questa sede sia possibile spingersi troppo oltre. Quanto indicato, o anche solo sollecitato, pare tuttavia già sufficiente per confermare il rilievo non meramente formale della problematica in ambito canonico indicando, non di meno, una promettente pista d'indagine e sviluppo per una ricerca e trattazione che sappiano far tesoro di un approccio al contempo *critico* verso i presupposti – autoreferenziali – della dottrina (o suoi sviluppi tanto utilitaristici quanto strumentali) ed *aperto* al concreto mondo di quelle discipline amministrative e gestionali dalle quali nessun significativo apporto è ancora stato recepito in ambito canonico, soprattutto in relazione alla materia del Libro V del *CIC*.

Ciò che è stato soltanto espresso in linea di principio, da una parte, ed in linea operativa, dall'altra, necessita ancora di ulteriori esplicitazioni e consapevolezze a riguardo di molti degli elementi ed aspetti che insieme danno corpo al complesso mondo "gestionale" in riferimento, prima di tutto, alle problematiche concernenti il *controllo*, interno ed esterno, della gestione stessa⁴⁸ oppure anche alle tematiche corrispondenti espresse in campo civile a proposito di Società, loro amministratori ed attività, dirette o indirette. Anche ciò che riguarda in modo più tecnico le tematiche del Bilancio, della sua importanza e funzione, dovranno ottenere adeguato interesse e trattazione nell'ambiente canonistico facendo pure tesoro almeno dei presupposti che reggono la stessa materia a livello statale.

⁴⁸ In merito si vedano le note – anch'esse iniziali – riguardanti i "controlli" straordinari alla gestione: P. GHERRI, *Elementi prudenziali di vigilanza canonica sulla gestione degli Enti religiosi*, in «Monitor Ecclesiasticus» CXXXII (2017), n. 1, 219-236.

SIGNIFICADO Y LÍMITES DEL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA EN LA GESTIÓN DE LOS BIENES

Diego Zalbidea*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Límites. – 3. Perspectivas. – 4. Rendición de cuentas y transparencia. – 5. El can. 1287 § 2 del Código de Derecho Canónico.

1. INTRODUCCIÓN

Las búsquedas récord de 2016 en Google nos dan una cierta orientación sobre lo que se está tratando en la sociedad con mayor interés. La transparencia no aparece en la lista de los 365 términos más buscados. Es más sencillo encontrar personas o lugares: Donald Trump ocupa la primera posición en el año de su elección. Sí que aparece, sin embargo, la corrupción como una de las pocas ideas relacionadas con la transparencia, pero lo hace en el puesto 245. Dentro de la categoría de ideas es la número 25 de un total de 50, lo cual demuestra que no solemos buscar ideas en Google. Son pocas y están al final de lista. Se puede decir que ya ha pasado un primer momento de efervescencia de la transparencia. En el conjunto de estos últimos años se puede ver cómo el interés ha descendido claramente con respecto a esta materia y han aumentado, sin embargo, las búsquedas sobre corrupción.

En el *Corruption Perceptions Index* de 2016 elaborado por *Transparency International* los países en el vagón de cola son de menor a mayor: Iraq, Venezuela, Guinea-Bissau, Afganistán, Libia, Sudán, Yemén, Siria, Corea del Norte, Sudán del Sur y finalmente Somalia. La situación de estos países nos puede ayudar a comprender lo importante que es la transparencia para que una sociedad funcione establemente¹.

Estos dos ejemplos sirven para ilustrar que la transparencia se percibe como un remedio a la corrupción, o mejor, que la falta de transparencia es una

* Universidad de Navarra.

¹ Cfr. www.transparency.org/cpi2016, consultada el 11 de enero de 2018.

causa de corrupción. Esta visión envenena nuestra concepción de un principio que no tiene que ver originalmente con ella.

2. LÍMITES

El sociólogo Byung-Chul Han ha evidenciado que la transparencia surge como una demanda ante la creciente corrupción y afirma que «la exigencia de transparencia se hace oír precisamente cuando ya no hay ninguna confianza. En una sociedad que descansa en la confianza no surge ninguna exigencia penetrante de transparencia. La sociedad de la transparencia es una sociedad de la desconfianza y de la sospecha, que, a causa de la desaparición de la confianza, se apoya en el control. La potente exigencia de transparencia indica precisamente que el fundamento moral de la sociedad se ha hecho frágil, que los valores morales, como la honradez y la lealtad, pierden cada vez más su significación. En lugar de la resquebrajadiza instancia moral se introduce la transparencia como nuevo imperativo social»².

Además, es cierto que, según dice la prof. Rey García, «el debate acerca de la transparencia y de la responsabilidad surge en el seno de una economía y de una sociedad de la información globalizadas donde los consumidores son cada vez más exigentes y la información fluye a bajo coste y en tiempo real»³.

Frente a estas dos perspectivas, absolutamente legítimas, contrastadas y respetables, pienso que nuestra sociedad necesita desvincular la transparencia de la corrupción, sin olvidar obviamente esta dimensión. Así será más fácil comprender la aportación que puede suponer en la vida de la Iglesia. Creo que el Código de Derecho Canónico se sitúa en esta línea. Si la transparencia surge de la sospecha, se limita su capacidad de servir a la misión de la Iglesia. Si, por el contrario, se entiende como la necesidad de dotar de sentido a cada acción, incluso a la gestión material de los recursos, entonces supone una oportunidad para la evangelización. Es una forma de que no suceda lo que el Papa trata de evitar impulsando la misión de la Iglesia⁴:

² B-C. HAN, *La sociedad de la transparencia*, Barcelona 2013, p. 12.

³ M. REY GARCÍA, *Sistemas de evaluación del desempeño organizativo e impacto social de las fundaciones. Utilidades del marketing no lucrativo*, en «Perspectivas del sistema financiero» 91 (2007) 9-28.

⁴ Los bienes, aun siendo bien usados, podrían frenar el desarrollo de la Iglesia si su posesión produjera cierta autosuficiencia. Esta vana complacencia podría transformarse en una incapacidad de avanzar más allá de la seguridad garantizada y medida por los bienes que ya posee. La rendición de cuentas pretende evitar también esta dificultad.

«Ya no nos sirve una “simple administración”. Constituyámonos en todas las regiones de la tierra en un “estado permanente de misión”»⁵. La transparencia posibilita que la gestión material de los recursos de la Iglesia sea parte esencial de su misión y sirva para su propósito de salvar a «las almas, que debe ser siempre la ley suprema en la Iglesia»⁶.

3. PERSPECTIVAS

Ojalá el ordenamiento canónico sea capaz de ofrecer, como lo ha hecho a lo largo de la historia, una perspectiva que enriquezca este principio y lo convierta en un instrumento al servicio de la sociedad y de la participación de los ciudadanos.

El Código de Derecho Canónico no recoge como principio la transparencia, pero el canon 1287 § 2 la comprende dentro del concepto más amplio de rendición de cuentas: «Los administradores rindan cuentas a los fieles acerca de los bienes que éstos entregan a la Iglesia, según las normas que determine el derecho particular».

La transparencia puede, sin ninguna duda, considerarse un principio general del derecho patrimonial canónico⁷.

4. RENDICIÓN DE CUENTAS Y TRANSPARENCIA

Según la doctrina aceptada ampliamente, la rendición de cuentas está formada por cuatro elementos básicos: la transparencia, entendida como la recogida de información para hacerla accesible y entendible por la opinión pública; en segundo lugar, la justificación, que supone la provisión de los motivos claros y razonables de las decisiones y acciones llevadas a cabo; en tercer lugar, el *compliance* (cumplimiento legal), que incluye la monitorización y evaluación de procedimientos y resultados; por último, la facultad sancionadora, que penaliza los errores en las tres anteriores áreas, así como también impone la rectificación⁸.

⁵ FRANCISCO, *Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium*, n. 25.

⁶ CIC 1983, can. 1752.

⁷ Cfr. J. RENKEN, *The principles guiding the care of Church property*, en «The Jurist» 68 (2008) 136-177; V. D'SOUZA, *General Principles Governing the Administration of Temporal Goods of the Church*, en IDEM (ed.), *In The service of Truth and Justice*, Bangalore 2008, pp. 467-498; J. MIÑAMBRES, *Principi di organizzazione del governo patrimoniale delle entità ecclesiastiche*, en G. BONI [et al], *Recta sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Torino 2014, pp. 453-465.

⁸ Cfr. A. EBRAHIM, E. WEISBAND (eds.), *Global Accountabilities: Participation, Pluralism, and Public Ethics*, New York 2007, pp. 4-5.

La transparencia, por su parte, ha sido definida por la doctrina como «el esfuerzo de publicar y diseminar la información relevante de la organización haciéndola accesible a los diferentes grupos de interés (*stakeholders*) en forma permanente y actualizada»⁹. Supone un proceso que implica tanto la recogida como la elaboración de la información relevante acerca de la entidad, tanto desde el punto de vista de la gestión como del gobierno. Esta información debe satisfacer las expectativas tanto de los grupos de interés externos como internos¹⁰.

Además, la rendición de cuentas ha visto aumentado su ámbito de acción con el concepto de *downward accountability*. Consiste en el modo en el que una organización se compromete incluso con sus beneficiarios, construye relaciones con ellos y les rinde cuentas sobre cómo está llevando a cabo su actividad¹¹. Esta forma de comprender la rendición de cuentas tiene implicaciones decisivas para el modo en que la organización desarrolla y mejora su misión. Quizá la relación entre rendición de cuentas y transparencia pueda comprenderse con una cita de la doctrina que sintetiza su integración: «si la rendición de cuentas es un requisito previo para la confianza, la transparencia lo es para la rendición de cuentas»¹². Solo mediante un esfuerzo continuado por poner en práctica buenas prácticas de transparencia se puede realizar una verdadera rendición de cuentas.

Ser transparente significa dejar pasar la luz, literalmente es «aparecer a través de»¹³. A través de un objeto transparente se puede ver lo que está más allá de él. Habitualmente la mirada no se detiene en el objeto transparente porque lo que interesa es lo que está más allá de él. La transparencia como principio de buen gobierno se ha asociado instintivamente a una cualidad negativa: la opacidad. El ámbito conceptual de la transparencia alude, por el contrario, a una cualidad positiva, dejar pasar la luz, las imágenes.

El nacimiento del concepto está ligado temporalmente a la falta de claridad. La falta de claridad no tiene por qué provocar, por sí misma, disfunciones o

⁹ J. MARTÍN CAVANNA, *36 principios de transparencia y buen gobierno*, Madrid 2011, p. 7. Cfr. J.M. TOLEDANO - J. GUIMARÃES - C. ILLÁN - V.A. FARBER, *Buenas prácticas en la cooperación para el desarrollo. Rendición de cuentas y transparencia*, Madrid 2008; aunque sea referida a empresas cotizadas, es de interés J. M. CAMPA, *La transparencia, un valor en auge*, en «IesInsight» 21 (2014) 29-36.

¹⁰ Cfr. M. REY-GARCÍA - J. MARTÍN CAVANNA - L.I. ÁLVAREZ-GONZÁLEZ, *Assessing and advancing foundation transparency: Corporate foundations as a case study*, en «The Foundation Review» 4,3 (2012) 77-89: 78.

¹¹ Cfr. M. REY-GARCÍA - K. LIKET - L.I. ÁLVAREZ-GONZÁLEZ - K. MAAS, *Back to Basics. Revisiting the Relevance of Beneficiaries for Evaluation and Accountability in Nonprofits*, en «Nonprofit Management and Leadership» 27,4 (2017) 493-511: 497.

¹² M. REY-GARCÍA - J. MARTÍN CAVANNA - L.I. ÁLVAREZ-GONZÁLEZ, *Assessing and advancing foundation transparency...*, cit., 78.

¹³ <http://dle.rae.es/?id=aMQJNiA>, consultada el 6 de julio de 2017.

errores en la gestión de una organización. Se puede ser poco transparente pero muy eficaz. Una organización puede estar cumpliendo de forma muy efectiva su misión y sus objetivos y, sin embargo, no ser transparente. Esta afirmación se puede sostener, al menos, desde el punto de vista teórico.

La transparencia implica que cada actividad sea capaz de reflejar la misión de la organización. No solo se debe explicar o mostrar lo que se ha realizado, sino que cada actuación de la organización debería reflejar la identidad de quien lo realiza. No es, por lo tanto, algo externo que se hace para otros, sino que supone un esfuerzo para que la verdad se manifieste adecuadamente.

El proceso para hacer evidente dicha conexión entre identidad y misión se llama transparencia y no es una mera técnica de *marketing*. Responde a la verdad más profunda de la propia organización y, en concreto, a su misión que es lo que la mantiene viva y con un sentido¹⁴. Para ello, la información que se facilite a los diferentes grupos de interés debe ser relevante, estar actualizada y ser veraz¹⁵. A través de la transparencia se podrá realizar una verdadera rendición de cuentas que garantice la forma y el modo en que la entidad lleva a cabo la misión¹⁶. La capacidad de una actividad específica para reflejar la misión de la organización no es, únicamente, una forma de justificar dicha acción ante terceros. Obviamente, no se trata de mostrar algo que no se hace. Se necesita, más bien, que lo realizado manifieste algo que va más allá de la pura acción¹⁷. Se trata de trascender las acciones para comprenderlas como algo integrado en un proyecto más amplio y fundamental. Es dotarlas de significado y trascendencia desde el punto de vista del desarrollo de la organización y, por lo tanto, comprometerlas en el cumplimiento de los objetivos y de la misión¹⁸.

¹⁴ Aunque en este apartado se destacan los aspectos de la rendición de cuentas y la transparencia en el ámbito del gobierno de las organizaciones, puede arrojar luz sobre esta conexión de la misión con las actividades el n. 10 de la Bula papal que convoca el Jubileo Extraordinario de la Misericordia: «La misericordia es la viga maestra que sostiene la vida de la Iglesia. Todo en su acción pastoral debería estar revestido por la ternura con la que se dirige a los creyentes; nada en su anuncio y en su testimonio hacia el mundo puede carecer de misericordia. La credibilidad de la Iglesia pasa a través del camino del amor misericordioso y compasivo». Cfr. D. ZALBIDEA, *Los bienes temporales de la Iglesia al servicio de la misericordia*, en «Scripta Theologica» 48,1 (2016) 149-172.

¹⁵ Cfr. J. MARTÍN CAVANNA, *36 principios de transparencia...*, cit., 8.

¹⁶ Cfr. B-C. HAN, *La sociedad de la transparencia...*, cit., 31: «El imperativo de la transparencia hace sospechoso todo lo que no se somete a la visibilidad. En eso consiste su violencia».

¹⁷ Cfr. *ibid.*, 17: «Está demostrado que más información no conduce de manera necesaria a mejores decisiones. La intuición, por ejemplo, va más allá de la información disponible y sigue su propia lógica. Hoy se atrofia la facultad superior de juzgar a causa de la creciente y pululante masa de información. Con frecuencia, un menos de saber e información produce un más».

¹⁸ Cfr. *ibid.*, 91: «Donde domina la transparencia, no se da ningún espacio para la confianza». Un autor que comenta la obra de Han dice que aquí se encuentra precisamente la causa antropológica de la transparencia: «De hecho, la coacción de la transparencia no es, al final, un imperativo moral,

Cuando la transparencia se utiliza como herramienta técnica para lograr mayor recaudación de fondos, mejores resultados, limpiar la imagen u obtener mayor impacto, las consecuencias de las medidas que se toman no son todo lo positivas que cabría esperar. Por el contrario, cuando la transparencia se asume como principio y se asimila, desde el punto de vista interno, como un requisito de toda actuación coherente y genuina, ejerce su influjo beneficioso sobre la actividad de la organización y proporciona elementos muy valiosos para el desarrollo de su misión.

Quizá una de las aportaciones más relevantes de la transparencia sea el aumento del grado de corresponsabilidad que logra dentro y fuera de la propia entidad¹⁹. Para cualquier persona es más sencillo implicarse en una actividad que tiene un sentido²⁰. No somos máquinas inertes y, conocer el motivo y los objetivos de nuestras acciones, nos ayuda a realizarlas con mayor perfección y mayor satisfacción²¹. Una actividad transparente posibilita la integración de los sujetos activos, pasivos e incluso de quienes no serán destinatarios directos del resultado, pero comparten la misión de la organización²².

sino fundamentalmente económico, pues cuando se esfuma la confianza en el otro, la convivencia solo es posible si sabemos en todo momento las intenciones de los demás, si sus actos son trazables y si su vida, en definitiva, está expuesta a la mirada vigilante de todos» (J. P. SERRA, *La sociedad de la transparencia*. Byung-Chul Han. Herder, Barcelona, 2013, en «Comunicación y Hombre» 10 [2014] 199-202). Quizá aquí es donde se aprecia, al menos en parte, la falta de perspectiva en el ámbito civil respecto de la transparencia. Por esa razón, el derecho canónico puede aportar una perspectiva más profunda de la rendición de cuentas y del principio de transparencia. Cfr. por ejemplo una visión crítica de la ley de transparencia española por su falta de conexión con los derechos fundamentales de los ciudadanos en J. MOLINA, *¿Por qué la transparencia?*, Cizur Menor (Navarra) 2016.

¹⁹ Cfr. D.J. MAHAN, *More than silver or gold*, Indianapolis 2005, pp. 14-23.

²⁰ Cfr. J. MARTÍN CAVANNA, *Cómo proporcionar luz y calor a las organizaciones no lucrativas: misión, foco y resultados*, Madrid 2009.

²¹ En el ámbito eclesial la evaluación del impacto de la organización resulta todavía más compleja. Sin embargo, esto no puede ser un motivo para no llevar a cabo la implantación de la transparencia. El sentido último de estas medidas es todavía más profundo: transparentar la verdad de Cristo, ser sus testigos en todo lo que la Iglesia realiza. Cfr. A. GRANADOS, *La comunicazione del progetto pastorale come via per stimolare la corresponsabilità ecclesiale*, en «Annales Theologici» 28, I (2014) 153-166; P. ASOLAN, *Corresponsabilità e partecipazione dei fedeli al munus regendi Christi*, en «Annales Theologici» 28, II (2014) 417-434.

²² «Es precisamente la dimensión moral de la filantropía entendida como acción privada y voluntaria por el bien público la que explica su extraordinaria resiliencia histórica. En el albor de este siglo, tanto los donantes en su más amplio sentido, como las entidades no lucrativas beneficiarias de la acción filantrópica, tienen pendiente una reflexión estratégica interna y una labor pedagógica con la sociedad sobre los resultados obtenidos por sus iniciativas en pro de fines de interés general, basada en la transparencia y la rendición de cuentas. Urge reorientar definitivamente el discurso legitimador de la filantropía desde las motivaciones, intenciones y eficiencia comparada del proceso filantrópico, hacia la ponderación de los resultados que humildemente se puedan conseguir en términos de colaboración con la paliación o resolución eficaz de problemas sociales, fomento del

Por otro lado, la comunicación de la misión a través de los aspectos económicos de una entidad no es una actividad sencilla²³. Presentar una información tan detallada y global implica habitualmente un perfil y unas destrezas totalmente diferentes de las que poseen quienes están encargados de la gestión económica de los entes²⁴. Se hace necesaria una colaboración entre diferentes profesionales para lograr que la transparencia no sea una mera presentación de resultados económicos.

La rendición de cuentas se ha concebido, en muchos casos, como una mera actividad de control por parte del propietario o de la autoridad encargada de garantizar el cumplimiento de los fines de la organización (*principal*) sobre quienes gestionan una determinada organización (*agents*). Ya no solo el propietario tiene derecho a conocer y controlar las actividades, sino que la misma sociedad se ha convertido en parte interesada en ellas²⁵. Las organizaciones se han visto en la obligación de evaluar su impacto y desarrollo para hacer llegar a los *stakeholders* esa información²⁶. Los mismos beneficiarios son ahora incluidos entre los destinatarios no solo de la transparencia sino de la misma rendición de cuentas²⁷.

Esta nueva situación ha colaborado eficazmente con la ejecución de procesos internos de buen gobierno y mejora de los procedimientos²⁸.

La transparencia ha surgido como una estrategia para gestionar la falta de confianza de los *stakeholders*, pero debe consolidarse como un estímulo para la evangelización: cada acción debe responder a la misión de la Iglesia

pluralismo o facilitación de la participación cívica. Avanzar en esa senda requiere situar a las personas que son los beneficiarios últimos de la acción filantrópica como principal grupo de interés, darles un papel protagonista en el proceso y considerar las mejoras en su bienestar, tanto físico como percibido, como el principal indicador del impacto social de la filantropía» (M. REY GARCÍA, *Filantropía y participación en el albor del Siglo XXI*, en «Información Comercial Española, ICE: Revista de economía» 872 [2013] 16).

²³ Cfr. A. LÓPEZ-TELLO - J.C. VILLANUEVA - J.C. MÁZ, *Periodismo económico y comunicación empresarial e institucional (Mesa redonda)*, en A. ARRESE - C. ETAYO - E. MORENO - E. GUERRERO - M. NAVARRO (eds.), *Periodismo económico: viejos y nuevos desafíos*, Barañain (Navarra) 2010, pp. 93-96; Cfr. L. ABRIL, *Periodismo económico y reputación corporativa*, en A. ARRESE - C. ETAYO - E. MORENO - E. GUERRERO - M. NAVARRO (eds.), *Periodismo económico...*, cit., pp. 121-130.

²⁴ Cfr. N. ECHART, *Cómo comunicar la misión*, Madrid 2010, pp. 6-10.

²⁵ «To create an accountability that better supports their mission and vision, INGOs need to start developing mechanisms and processes that provide stakeholders, such as their beneficiaries, with a greater voice in how decisions are made» (M. BLAGESCU - L. DE LAS CASAS - R. LLOYD, *Pathways to Accountability. The GAP Framework*, London 2005, p. 69).

²⁶ Cfr. M. REY GARCÍA, *Sistemas de evaluación...*, cit., pp. 9-28.

²⁷ Cfr. M. REY-GARCÍA - K. LIKET - L.I. ÁLVAREZ-GONZÁLEZ - K. MAAS, *Back to Basics...*, cit., pp. 493-511.

²⁸ Cfr. F. GIMÉNEZ BARRIOCANAL, *La información externa y la información para la gestión en las entidades sin ánimo de lucro*, en «Partida doble» 58 (1995) 57-69.

y servir para invitar a compartir su visión²⁹. La superación de la dicotomía *principal-agent*, y de la disfuncional distinción entre rendición de cuentas *upward-downward* son un estímulo para la consolidación del sector³⁰.

Por ello, la doctrina recomienda que la rendición de cuentas y la transparencia sirvan para responder a los interrogantes fundamentales de cualquier entidad: ¿cuál es la misión de la organización? ¿qué programas o actividades se llevan a cabo para cumplirla? ¿quiénes son los principales responsables de llevar a cabo esa misión? ¿cómo se utilizan los recursos para cumplirla?, y, por último, ¿cuáles son los resultados de esas actividades en relación con la misión?³¹

El can. 1287 § 2 responde a todas estas cuestiones. Solo me detendré ahora en tres detalles.

5. EL CAN. 1287 § 2 DEL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

En el proceso de redacción no se pensó en ningún momento que la rendición de cuentas ante los fieles fuera una simple información económica³². De hecho, se ha mantenido siempre el término latino: *reddere rationem*. Paradójicamente en el primer párrafo de este canon el verbo utilizado es *exhibere*, aunque la mayoría de las traducciones se refieren a la rendición de cuentas también respecto a la autoridad, como es lógico.

Por otro lado, en ese mismo proceso se suprimió un término para establecer qué tipo de bienes eran los sometidos a la rendición de cuentas. Se hablaba de los entregados por esos mismos (*eiusdem*) fieles a los que se rendía cuentas. Su supresión lleva a pensar que el legislador desea extender a todos los fieles la rendición de cuentas llevada a cabo por los administradores. La rendición de cuentas no es un mero agradecimiento por los bienes que se han entregado, o una regla de cortesía. Se trata de algo más profundo y que toca a la naturaleza de la Iglesia. Responde a la misión de los fieles y compete, por lo tanto, a todos los bautizados. Los bienes que son necesarios para llevar a cabo esa misión

²⁹ Cfr. J. MARTÍN CAVANNA, *36 principios de transparencia...*, cit., p. 5; IDEM, *La misión y el modelo de financiación*, Madrid 2010, p. 4.

³⁰ Cfr. M. REY GARCÍA, *Cómo evaluar los resultados de las organizaciones no lucrativas: de las buenas intenciones al impacto*, Madrid 2011.

³¹ Cfr. J. MARTÍN CAVANNA, *36 principios de transparencia...*, cit., pp. 8-9.

³² Sin embargo, la mayoría de la doctrina la considera una mera información económica. Cfr. V. DE PAOLIS, *Los bienes temporales de la Iglesia*, Madrid 2012, pp. 195-196; M. MORGANTE, *L'amministrazione dei beni temporali della Chiesa*, Casale Monferrato 1993, pp. 147-149; I. PÉREZ DE HEREDIA, *Libro V del CIC. Bienes temporales de la Iglesia*, Valencia 2002, pp. 163-166.

también les pertenecen, no porque ellos los hayan entregado, sino porque son de la Iglesia, de la que forman parte.

Por último, el término *reddere* facilita una comprensión muy dinámica de la rendición de cuentas y por lo tanto de la transparencia. *Reddere* implica dar de nuevo, en cierto sentido, devolver. La rendición de cuentas consiste en la conclusión de un trayecto circular entre quien realiza la acción previa (*dare*) y el que responde a esa acción con otra de la misma naturaleza (*re-dare*) pero diversa. La actitud contraria sería *retinere* o *appropriare* (cfr. can. 1375). Por eso, la rendición de cuentas es un instrumento apto para evitar la apropiación de los bienes por parte de los administradores, pero también para estimular nuevos dones, para no interrumpir el dinamismo del don, que tiende a propagarse. En las ofrendas de los fieles está representada, de algún modo, su propia vida. En la rendición de cuentas, esta vida les es devuelta, vivificada por Cristo y por su misión³³. El que ha perdido su vida, la gana en Cristo, transformada por una misión que envuelve hasta las manifestaciones más materiales de su existencia.

Me gustaría concluir con una cita del Cardenal de Paolis (q.e.p.d). «En la legislación codicial, ninguna parte pone tanto de relieve la dimensión humana de la Iglesia como la referida a los bienes temporales. [...] Es el terreno en el cual la misma Iglesia se juega su credibilidad de comunidad sobrenatural»³⁴. La Iglesia será sacramento de salvación en la medida en que sea reflejo del Amor del Padre en el Hijo por el Espíritu Santo. La transparencia puede ayudar decisivamente a que esa realidad sea percibida por cualquiera que detenga su mirada en el modo en que la Iglesia gestiona y administra sus escasos recursos.

Chesterton afirmaba: «loco no es el que ha perdido la razón, sino el que lo ha perdido todo, todo menos la razón. [...] su entendimiento gravita dentro de

³³ En el caso de los fieles este dar tiene una posible dimensión superior porque se pueden insertar en la misma donación de Cristo: «La criatura personal es don antes de dar, es libre antes de poder aceptar su libertad, es espíritu antes de gozar de plenitud. [...] Da desde lo que ha recibido, acepta el dar en un segundo momento, y no puede darse a sí misma la plenitud. [...] Las diferencias con el dar divino son tan manifiestas e insuperables que, en principio, ha de afirmarse que las criaturas personales, aunque estén llamadas a dar, nunca pueden acercarse en el dar al dar divino. Pero la inmensa generosidad, libertad y sobreabundancia del dar divino ha querido salvar esa distancia entre la criatura y el creador mediante la encarnación del Verbo, que hace posible lo imposible, a saber, que las criaturas podamos tomar parte en el dar puro divino: que podamos aceptar gratuitamente el dar divino, que podamos dar sin reservas al final de nuestra vida, y que demos con plenitud, sin pérdidas ni reservas, aunque no durante esta vida, sino en la eterna» (I. FALGUERAS, *El dar, actividad plena de la libertad trascendental*, en «Studia Poliana» 15 (2013) 69-108: 106-107). Cfr. asimismo R. REPOLE, *Dono*, Torino 2013, especialmente el capítulo *All'origine è la grazia*.

³⁴ V. DE PAOLIS, «I beni temporali della Chiesa. Canoni preliminari (cann. 1254-1258) e due questioni fondamentali», en GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (Ed.), *I beni temporali della Chiesa*, Milano 1997, p. 10.

una órbita circular perfecta, pero estrecha»³⁵. Limitar la transparencia al control es volverse locos. Es restringir su contenido a la mera información económica. Es un reducto demasiado estrecho. Lo económico tiene la peculiaridad de focalizar y reducir la realidad a lo instrumental, a la razón (*ratio*), a lo evaluable y medible. Ojalá que el Derecho Canónico sirva para dotar de sentido a un principio que persigue hacer visible lo que es más innacesible para el hombre: la salvación que Cristo ha traído al mundo.

³⁵ G.K. CHESTERTON, *Ortodoxia*, Barcelona 2000, Alta Fulla, pp. 16-17.

Identità del diritto canonico e cultura
secolarizzata. Dialogo coi diritti secolari

LA FUNZIONE D'INSEGNARE DELLA CHIESA IN UN CONTESTO SECOLARIZZATO

Ulrich Rhode*

SOMMARIO: 1 Introduzione. – 2 Il diritto come oggetto della funzione d'insegnare della Chiesa. 2.1 Dallo Stato cattolico alla libertà religiosa. 2.2 Il nome della rispettiva disciplina scientifica. 2.3 Il cambiamento della dottrina e il Codice del 1983. 2.4 Lo sviluppo della dottrina al livello dei singoli Stati. 2.5 Riassunto. – 3 La funzione d'insegnare della Chiesa come oggetto di norme giuridiche. 3.1 Premessa: gli atti parlano più delle parole. 3.2 Panoramica delle domande sulla funzione d'insegnare come oggetto di norme giuridiche. 3.3 Gli elementi dell'esercizio del *munus docendi* come un tipo di comunicazione. 3.4 Riassunto.

1. INTRODUZIONE

Il concetto di “secolarizzazione” possiede almeno tre dimensioni.¹ Innanzitutto, una dimensione giuridico-politica: una società è secolarizzata quando non ci sono legami istituzionali fra la religione e la vita pubblica; si riferisce dunque allo “Stato secolare”. Possiede poi una dimensione sociologica: una società è secolarizzata quando una notevole parte dei cittadini ha smesso di praticare una religione. Infine, può riferirsi alla mentalità comune: una società è secolarizzata quando la scelta di non avere una religione si considera un'opzione completamente normale. È piuttosto raro che il concetto di “secolarizzazione” venga usato in un documento giuridico della Chiesa. Un esempio è, però, lo statuto del Pontificio Consiglio per la Nuova Evangelizzazione del 2010, che dedica questo Consiglio «al servizio delle Chiese particolari, specialmente in quei territori di tradizione cristiana dove con maggiore evidenza si manifesta il fenomeno della secolarizzazione».² Il presente contributo si riferisce a questi territori, cioè al cosiddetto “mondo occidentale”. È però ovvio che il fenomeno della secolarizzazione non è limitato a questi paesi; molte delle sue caratteristiche si verificano anche in altre parti del mondo.

* Pontificia Università Gregoriana.

¹ Cf. C. TAYLOR, *A secular Age*, Cambridge, Mass., 2007, pp. 1-22

² BENEDETTO XVI, *Motu Proprio Ubicumque et semper*, 21.9.2010, in «AAS» 102 (2010) 788-792, art. 2.

Si potrebbe dibattere a lungo su quando il processo di secolarizzazione sia cominciato. È comunque chiaro che si tratta di un processo in corso già da alcuni secoli, durante i quali la reazione della Chiesa è profondamente cambiata. C'è stato un lungo periodo di resistenza che ha raggiunto un picco col Sillabo di Pio IX e con la lotta antimodernista di Pio X. Soprattutto con il Concilio Vaticano II, invece, la Chiesa ha dimostrato una reazione più differenziata, che cerca di distinguere fra gli aspetti positivi e negativi del processo di secolarizzazione. Non sembra necessario esporre qui di nuovo questo sviluppo storico ben conosciuto. Le riflessioni si concentreranno piuttosto sulla situazione attuale, anche se ogni tanto sarà utile fare dei paragoni con la situazione preconiliare per rilevare più chiaramente i tratti specifici della relazione odierna fra la Chiesa e il contesto secolarizzato.

Entro le tre funzioni che fanno parte della missione della Chiesa, questo contributo riguarda il *munus docendi*, la funzione d'insegnare. Fra essa e la secolarizzazione esiste un rapporto bidirezionale. Da una parte il contesto secolarizzato ha un influsso sul modo in cui la Chiesa esercita la sua funzione d'insegnare. D'altra parte, la Chiesa proprio nel suo insegnamento ha dovuto affrontare il fenomeno della secolarizzazione. Il presente contributo affronterà queste due domande dalla prospettiva giuridica. La prima parte, dunque, esaminerà l'insegnamento della Chiesa sulla dimensione giuridica del fenomeno della secolarizzazione. La seconda parte esaminerà la funzione d'insegnare della Chiesa come oggetto di norme giuridiche.

2. IL DIRITTO COME OGGETTO DELLA FUNZIONE D'INSEGNARE DELLA CHIESA

2.1. *Dallo Stato cattolico alla libertà religiosa*

Fra le diverse dimensioni della secolarizzazione, soprattutto la dimensione giuridico-politica già da secoli è stata oggetto dell'insegnamento della Chiesa. Anche se il contenuto di quest'insegnamento è notevolmente cambiato, l'interesse della Chiesa per questo tema è comunque rimasto. I valori di libertà, uguaglianza e fratellanza, esaltati dalla rivoluzione francese, in un certo senso oggi occupano un posto centrale anche nell'insegnamento della Chiesa relativamente alla sua relazione con la società civile. (1) La libertà: fra i documenti del Magistero che trattano questo tema, il documento più importante è senz'altro la dichiarazione del Concilio Vaticano II sulla libertà religiosa, che include sia la libertà dei fedeli come singoli, sia la libertà religiosa della Chiesa e delle altre comunità religiose. (2) L'uguaglianza: la Chiesa afferma che non si aspetta

più privilegi dall'autorità civile³; così accetta l'uguaglianza giuridica di tutte le comunità religiose nello Stato. (3) La fratellanza: la Chiesa favorisce una sana cooperazione con lo Stato nel servizio degli uomini che sono contemporaneamente membri della Chiesa e dello Stato.⁴ Non è sufficiente dire che oggi la secolarità dello Stato viene accettata dalla Chiesa; non solo viene accettata, ma anzi desiderata, richiesta e insegnata.

2.2. *Il nome della rispettiva disciplina scientifica*

Considerando i profondi cambiamenti dell'insegnamento della Chiesa su questo tema, è sembrato adeguato cambiare anche il nome della rispettiva disciplina scientifica. Per il corso corrispondente, le *Ordinationes* annesse alla Costituzione apostolica *Deus scientiarum Dominus* del 1931, avevano usato il titolo tradizionale *Ius Publicum Ecclesiasticum*.⁵ Dopo il Concilio Vaticano II, questo titolo è diventato equivoco, perché poteva essere considerato non solo come titolo neutrale di una disciplina, ma anche come riferimento a una determinata scuola, collegata a una dottrina ormai superata. Ciò nonostante le *Ordinationes* annesse alla Costituzione apostolica *Sapientia christiana*, del 1979, continuavano a usare questo titolo.⁶ Solo il Decreto *Novo Codice*, del 2002, l'ha sostituito con la formulazione *relationes Ecclesiam inter et societatem civilem*.⁷ Se si esaminano i programmi degli studi delle Facoltà e degli Istituti canonistici del mondo, si osserva che molte istituzioni seguono la formulazione del Decreto *Novo Codice*, parlando delle relazioni fra la Chiesa e lo Stato o la società civile. Nel mondo occidentale, alcune istituzioni hanno scelto dei titoli che chiaramente fanno riferimento al contesto secolarizzato: alla *Catholic University of America*, Washington, il corso è intitolato "Religious Liberty"; a Tolosa, Francia, il corso porta il titolo «La Séparation des Églises et de l'État». Certamente questi due titoli mettono in rilievo aspetti importanti della disciplina, ciò nonostante, sono piuttosto discutibili perché molto legati alle particolarità del rispettivo paese e non riescono ad abbracciare tutta l'ampiezza della disciplina.

³ CONCILIO VATICANO SECONDO, *Gaudium et spes*, n. 76.

⁴ *Ibidem*.

⁵ SACRA CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, *Ordinationes ad Constitutionem apostolicam «Deus scientiarum Dominus» de universitatibus et facultatibus studiorum ecclesiasticorum rite exsequendam*, 12.6.1931, in «AAS» 23 (1931) 263-284, Art. 27, II 1 g).

⁶ SACRA CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, *Ordinationes Sacra Congregatio*, 29.4.1979, in «AAS» 71 (1979) 500-521, Art. 56.

⁷ CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, *Decreto Novo Codice*, 2.9.2002, in «AAS» 95 (2003) 281-285, II.

2.3. *Il cambiamento della dottrina e il Codice del 1983*

Giacché il Codice di per sé non è un documento dottrinale, è naturale che non ripeta in modo sistematico la dottrina della Chiesa sulle sue relazioni con gli Stati. Questo spiega anche l'assenza dal Codice del concetto di libertà religiosa; il Codice si limita, nel secondo canone del libro terzo (can. 748 §§ 1 e 2), all'affermazione che «tutti gli uomini hanno il diritto di abbracciare e osservare la verità nelle cose che riguardano Dio e la sua Chiesa» e che «non è mai lecito indurre gli uomini con la costrizione ad abbracciare la fede cattolica contro la loro coscienza». Il Codice, tuttavia, ha conservato le cosiddette "formule di autonomia", secondo le quali la Chiesa ha lo *ius nativum* di possedere beni, infliggere sanzioni e così via; nel CIC/1983 si trovano dieci canoni di questo tipo.⁸ Conservare tali canoni è stata una decisione abbastanza equivoca, soprattutto considerando il silenzio del Codice circa gli aspetti centrali della dottrina sulle relazioni fra Chiesa e Stato. Le formule di autonomia non sono norme disciplinari per i fedeli; si tratta, invece, di canoni dottrinali che si rivolgono agli Stati. Rispetto al Codice del 1917, che già conteneva queste formule, il loro fondamento è radicalmente cambiato. Il vecchio Codice si basava sulla convinzione che solo la Chiesa cattolica, istituita da Gesù Cristo, possedesse questi diritti. Secondo la dottrina del Concilio Vaticano II, invece, questi diritti si basano sulla libertà religiosa corporativa e possono essere richiesti da tutte le comunità religiose. Il fatto che il nuovo Codice non spieghi questo nuovo fondamento degli *iura nativa*, può suscitare dubbi riguardo al fatto che esso abbia veramente accettato la dottrina del Concilio. Considerando questo possibile equivoco, sarebbe stato meglio non inserirvi le formule di autonomia, riservando invece questa parte della dottrina della Chiesa ai documenti dottrinali come il Catechismo, il Compendio della dottrina sociale, ecc.

2.4. *Lo sviluppo della dottrina al livello dei singoli Stati*

A prima vista sembra che sin dal Concilio Vaticano II non ci siano stati grandi cambiamenti della dottrina sulle relazioni fra Chiesa e Stato. Al livello dei singoli Stati, tuttavia, si osservano continuamente nuove domande, e ogni tanto anche nuove dichiarazioni delle Conferenze Episcopali. Gli esempi più significativi sono probabilmente gli episcopati della Francia e degli Stati Uniti, cioè gli episcopati di quegli Stati occidentali che tradizionalmente mantengono una grande distanza fra Stato e religione.

⁸ Tali formule si trovano nei cann. 232, 362, 747, 800, 804, 807, 1254, 1260, 1311, 1401.

La Conferenza Episcopale della Francia ha, nel suo sito web, una sezione con il titolo “Laïcité”, in cui i Vescovi spiegano come, secondo loro, la laïcité dello Stato francese dovrebbe essere intesa e vissuta. Hanno pubblicato un documento importante nel 2005, in occasione del centenario della legge di separazione tra le Chiese e lo Stato del 1905⁹ che, si può ricordare, Pio X aveva subito duramente condannato. I Vescovi francesi, invece, nel 2005, dicono espressamente che non ritengono necessario cambiare la legge. In modo particolare, fanno riferimento alla crescita numerica dei musulmani in Francia e sembra che vogliano dire che neanche il desiderio di un maggiore controllo dell’Islam potrebbe giustificare un cambiamento della legge di separazione, che in effetti è diventata e dovrebbe rimanere una garanzia della libertà religiosa.

I Vescovi degli Stati Uniti di America alcuni anni fa hanno creato un comitato sulla libertà religiosa. Nel 2012 questo comitato ha pubblicato un importante documento, spiegando come la libertà religiosa negli Stati Uniti sia minacciata, e sottolineando che essa non comprende solo la libertà di culto.¹⁰ In seguito, la Conferenza Episcopale ha lanciato una campagna per difendere la libertà religiosa, chiamandola “the first American Freedom”.¹¹

2.5. *Riassunto*

Riassumendo quanto detto finora, si può constatare che a differenza di molti musulmani che rifiutano l’ideale di uno Stato secolare, la Chiesa cattolica – come anche altre denominazioni cristiane – è diventata un’alleata nell’impegno per la secolarità dello Stato. Invece di considerarla un impedimento per l’annuncio del Vangelo, la Chiesa la ritiene piuttosto un’opportunità per esercitare la sua funzione d’insegnare secondo l’esempio di Gesù, che ha lasciato ai suoi ascoltatori la piena libertà di accettare o di rifiutare il messaggio divino.

Alla luce di questa osservazione sembra naturale che la Chiesa abbia cercato di aggiornare l’esercizio della sua funzione d’insegnare non solo per quanto riguarda i contenuti della dottrina, ma anche per quanto riguarda le norme giuridiche sull’insegnamento. Esse saranno esaminate di seguito.

⁹ www.eglise.catholique.fr/conference-des-vevques-de-france/textes-et-declarations/368451-leglise-catholique-et-la-loi-du-9-decembre-1905-cent-ans-apres/ (accesso a quest’indirizzo web e a quelli nelle note seguenti: 12.1.2018).

¹⁰ www.usccb.org/issues-and-action/religious-liberty/our-first-most-cherished-liberty.cfm

¹¹ All’indirizzo web www.firstamericanfreedom.com si trovano più informazioni su questa campagna.

3. LA FUNZIONE D'INSEGNARE DELLA CHIESA COME OGGETTO DI NORME GIURIDICHE

3.1. *Premessa: gli atti parlano più delle parole*

Come premessa a questo tema pare opportuno rendersi conto di quali sono, nel contesto secolarizzato, le notizie sulla Chiesa che raggiungono il cittadino comune. Solo raramente, tali notizie riguardano la dottrina della Chiesa; più spesso il cittadino comune riceve informazioni sugli scandali. L'immagine che emerge da queste notizie impedisce alla Chiesa l'annuncio convincente del Vangelo. Predicare la dignità dell'uomo non è credibile quando gli stessi predicatori con i loro atti trasmettono un messaggio contrario. Gli atti parlano più delle parole. Certamente questo vale in tutto il mondo; in modo particolare, però, vale per il mondo secolarizzato che vede le religioni con una certa sfiducia innata, e che ama svelare gli scandali e le ipocrisie. Affrontare questi scandali in modo risoluto ed efficace fa parte soprattutto del *munus regendi* della Chiesa, non tanto del *munus docendi*. È bene tenere a mente l'importanza di un buon governo della Chiesa, anche se le seguenti riflessioni – fedeli al tema di questo contributo – trattano le norme canoniche sulla funzione d'insegnare.

3.2. *Panoramica delle domande sulla funzione d'insegnare come oggetto di norme giuridiche*

L'esame della funzione d'insegnare della Chiesa come oggetto di norme giuridiche in un contesto secolarizzato può includere diversi tipi di domande: *de lege lata* ci si può chiedere quali delle norme già esistenti cerchino di rispondere alle sfide specifiche del contesto secolarizzato; *de lege ferenda* invece ci si può chiedere se ci siano delle sfide alle quali il diritto vigente non ha ancora trovato una risposta adeguata. A questo riguardo può essere utile indicare i conflitti esistenti, perché possono essere un indizio di problemi che si rispecchiano anche nelle norme. Tutte queste domande si pongono sia riguardo al diritto universale, sia a quello particolare.

Certamente si potrebbe strutturare un esame delle norme sulla funzione d'insegnare secondo queste domande. Un'altra opzione di esposizione della materia sarebbe seguire semplicemente la struttura del libro terzo del Codice, cioè trattare uno dopo l'altro il Magistero, la predica, la catechesi, l'azione missionaria, le scuole, le università e facoltà, e i mezzi di comunicazione. Una terza struttura possibile si baserebbe sui valori esaltati dalla cultura giuridica

nel contesto secolarizzato, cioè sui valori come la libertà dell'individuo, i suoi diritti e la loro protezione, l'uguaglianza di tutti gli individui, le strutture democratiche, la separazione dei poteri, e così via.

Di seguito, però, si sceglie una quarta opzione: quella di intendere l'insegnamento della Chiesa come un tipo di comunicazione, e di trattare i singoli elementi di tale comunicazione: il mittente, cioè il soggetto insegnante, poi il destinatario dell'insegnamento, i mezzi di comunicazione, e infine, le istituzioni dedicate all'insegnamento. Nell'esposizione di questi elementi, i termini come "insegnare", "insegnante", "insegnamento" avranno sempre un significato ampio, che include non solo l'insegnamento scolastico e accademico, ma tutte le forme del *munus docendi* della Chiesa.

3.3. *Gli elementi dell'esercizio del munus docendi come un tipo di comunicazione*

3.3.1. Il soggetto insegnante

Fra i "soggetti insegnanti", di cui le norme si occupano, ci sono soprattutto coloro che insegnano con una missione ricevuta dalla competente autorità ecclesiastica: i ministri sacri, i predicatori – che possono anche essere laici –, i catechisti, i missionari, gli insegnanti di religione e i professori delle scienze sacre. Le norme canoniche su questi soggetti riguardano un'ampia varietà di temi: la formazione per una tale missione, l'idoneità per un incarico, il modo della nomina, i diritti e gli obblighi connessi all'incarico, e infine anche il modo di procedere in caso di conflitti, inclusa la possibilità di una rimozione dall'incarico. Per quanto riguarda chi insegna a titolo privato, come gli autori di qualsiasi pubblicazione sulla religione, le norme trattano piuttosto le pubblicazioni come tali; solo indirettamente, riguardano anche gli autori di tali pubblicazioni.

Qual è in tutto questo campo del diritto l'interesse specifico nel contesto secolarizzato? La risposta è abbastanza ovvia: più che altrove ci s'interessa alla tensione fra la libertà del soggetto insegnante e la responsabilità dell'autorità ecclesiastica di tutelare l'autenticità della dottrina. Nella Chiesa la libertà del fedele che insegna è da intendersi in relazione all'obbligo di ogni cattolico, quindi anche di chi insegna, di mantenere l'unità della fede. L'autorità non può rinunciare al suo compito di vigilare su tale unità. Questo compito si scontra con una mentalità secolarizzata che è allergica al principio di autorità, soprattutto nel campo dottrinale, e che rende difficile, anche all'interno della Chiesa, l'accettazione di una dottrina di carattere obbligatoria. Se quest'allergia non si esprime in un rifiuto completo di ogni tipo di vigilanza, si esprime

almeno nella preoccupazione che la vigilanza da parte dell'autorità possa essere esercitata in un modo non accurato, non trasparente, autoritario, o comunque ingiusto, che leda la libertà di pensiero e i legittimi diritti del soggetto.

Sin dal Concilio, sia nel diritto universale sia nel diritto particolare la preoccupazione per la libertà del soggetto insegnante e per la tutela dei suoi diritti è evidente. La Costituzione *Deus scientiarum Dominus* sulle Facoltà ecclesiastiche, del 1931, aveva menzionato la possibilità di rimuovere un docente¹², ma non aveva detto nessuna parola sulla sua libertà di ricerca e d'insegnamento oppure sui suoi diritti nel caso di una controversia. Quando la Costituzione fu aggiornata dalle *Normae quaedam* del 1968, si aggiunse un capoverso sulla libertà di ricerca e d'insegnamento.¹³ Questa libertà viene menzionata anche nel diritto vigente, cioè nella Costituzione apostolica *Veritatis gaudium*, del 2017¹⁴; le rispettive *Ordinationes* richiedono che gli statuti delle Facoltà prevedano una procedura per la sospensione ed eventuale dimissione di un docente, garantendogli il diritto di difendersi e di presentare un ricorso alla Santa Sede.¹⁵ In modo ancora più esteso, la Costituzione apostolica *Ex corde Ecclesiae*, del 1990, sulle Università cattoliche, sottolinea la libertà accademica.¹⁶ L'applicazione di queste nuove norme, tuttavia, non poteva togliere la scontentezza permanente di molti teologi rispetto alla loro posizione giuridica. Per quanto riguarda la Germania, per andare incontro alle preoccupazioni dei teologi, la Santa Sede nel 2010 ha emanato norme procedurali speciali per la concessione del *nulla osta* della Santa Sede per i professori delle scienze sacre, soprattutto nelle Università statali.¹⁷ Forse queste norme, le prime di questo tipo nel mondo, possono servire come modello anche per altri paesi.

Per quanto riguarda l'esame delle dottrine presso la Congregazione per la Dottrina della Fede, già il fatto che nel 1971 la Congregazione abbia pubblicato per la prima volta le norme della rispettiva procedura, è un passo che ha creato una maggiore trasparenza a favore degli autori i cui scritti siano

¹² PIO XI, Costituzione apostolica *Deus scientiarum Dominus*, 24.5.1931, in «AAS» 23 (1931) 241-262, art. 22.

¹³ SACRA CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, *Normae quaedam ad constitutionem apostolicam "Deus scientiarum Dominus" de studiis academicis ecclesiasticis recognoscendam*, 20.5.1968, in: «Seminarium» 20 (1968) 765-787, Principia, II.: «Iusta libertas in investigando et docendo».

¹⁴ FRANCESCO, Costituzione apostolica *Veritatis gaudium*, 8.12.2017, in: «Osservatore Romano» 14.9.2018, p. 8 e allegato, art. 38 §1, 1°.

¹⁵ CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, Norme applicative, 27.12.2017, in: «Osservatore Romano» 14.9.2018, p. 8 e allegato, art. 24.

¹⁶ GIOVANNI PAOLO II, Costituzione apostolica *Ex corde Ecclesiae*, 15.8.1990, in «AAS» 82 (1990) 1475-1509, Prima parte, n. 12; Seconda parte, art. 2 §5. In seguito abbreviato: EcE.

¹⁷ CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, Decretum N. 1327/2001, 25.3.2010, in: *Katholische Theologie und Kirchliches Hochschulrecht* (Arbeitshilfen 100), Bonn² 2011, pp. 388-399.

sotto esame.¹⁸ La versione vigente, del 1997¹⁹, ha anzi cercato di rafforzare i diritti dell'autore. È interessante notare che alcune Conferenze Episcopali hanno sviluppato una propria procedura per l'esame delle dottrine, prestando più attenzione ai diritti degli autori. Si tratta delle Conferenze della Germania²⁰ e della Svizzera²¹; siccome alla Conferenze Episcopale non spetta una competenza legislativa per questa materia, quelle procedure possiedono forza giuridica solo nelle diocesi i cui Vescovi diocesani le hanno promulgate come leggi diocesane. (Certamente queste norme sono state fatte con molta buona volontà. Tuttavia, non sono state fatte bene, perché troppo complicate; e in effetti negli ultimi 40 anni non c'è stato nessun caso in cui sono state applicate.)

Si potrebbero aggiungere altre norme più specifiche sulla protezione dei diritti del soggetto insegnante, per esempio norme sugli insegnanti di religione nelle scuole, oppure sui libri da usare nelle scuole per l'insegnamento della religione. Nonostante tutti questi tentativi, però, fra molti insegnanti rimane il sentimento generale che i loro diritti non sono sufficientemente protetti. In modo particolare, la possibilità di difendersi tramite un ricorso amministrativo a molti non sembra soddisfacente. A questo riguardo, ci si lamenta della non-esistenza di tribunali amministrativi nei singoli paesi.

Per quanto riguarda i soggetti insegnanti (in senso largo), si può accennare anche a un'altra controversia: alla luce del principio dell'uguaglianza e del rifiuto di ogni tipo di discriminazione, in un contesto secolarizzato non si accetta facilmente la norma secondo cui l'omelia nella celebrazione eucaristica è riservata ai sacerdoti e ai diaconi (can. 767 §1). L'incomprensione verso questa norma è particolarmente grande nelle regioni in cui ci sono molti fedeli che hanno ricevuto una formazione accademica e pastorale equivalente a quella dei ministri sacri. L'argomento di una presunta unità fra le due parti della Messa non convince, considerando che viene permessa un'omelia data da un sacerdote o diacono che nella stessa Messa non concelebra e che forse non è nemmeno presente durante tutto il resto della

¹⁸ SACRA CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nova agendi ratio in doctrinarum examine*, 15.1.1971, in «AAS» 63 (1971) 234-236.

¹⁹ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Agendi ratio in doctrinarum examine*, 29.6.1997, in «AAS» 89 (1997) 830-835.

²⁰ Le due versioni di questo "Lehrbeanstandungsverfahren", del 1972 e del 1981, sono state pubblicate in: H. HEINEMANN, *Lehrbeanstandung in der katholischen Kirche* (Canonistica 6), Trier 1981, pp. 88-101.

²¹ SCHWEIZER BISCHOFSKONFERENZ, *Verfahrensordnung für das Lehrprüfungsverfahren*, 2.9.1985, in «Schweizerische Kirchenzeitung» 153 (1985) 586-588 = «Archiv für katholisches Kirchenrecht» 155 (1986) 165-172.

Messa. Le rispettive norme delle Conferenze Episcopali²² ovviamente non possono prevedere eccezioni dal divieto; altrimenti non ricevono la necessaria *recognitio*.²³ È però interessante notare che alcune Conferenze in Occidente cercano di avvicinarsi a questo tema, accennando alla possibilità che un laico parli prima della Messa²⁴, all'inizio²⁵, alla fine²⁶ o in altri momenti²⁷, tranne quello dell'omelia, oppure che parli in un modo diverso da quello dell'omelia.²⁸

Certamente il contesto secolarizzato ha anche un influsso sulla stima del Magistero del Papa e dei Vescovi. La mentalità democratica non favorisce il rispetto per un insegnamento proposto dagli esponenti di un sistema gerarchico. Sembra che questa difficoltà diminuisca un po' quando si osserva che un insegnamento si basa almeno su un consenso fra gli stessi Vescovi. A questo riguardo, l'istituzione del Sinodo dei Vescovi e l'attribuzione di autorità magisteriale alla Conferenza Episcopale²⁹ sono state dei passi che possono – almeno un poco – diminuire l'allergia contro l'insegnamento della Chiesa in un contesto secolarizzato.

²² Cf. can. 766.

²³ Can. 455 §2.

²⁴ CONFERENZA EPISCOPALE DI MALTA, *Norme circa la predicazione dei laici ai termini del canone 766*, in *Legislazione delle Conferenze Episcopali complementare al C.I.C.*, a cura di J. MARTÍN DE AGAR e L. NAVARRO, Roma² 2009, 714: «Può essere concesso ai laici il permesso di tenere una predica nella forma di riflessione o esperienze personali prima della Messa, ma mai durante l'omelia.»

²⁵ La Conferenza Episcopale di Germania non ha emanato una norma sulla predica data da laici; i Vescovi della Germania, invece, si sono messi d'accordo su una normativa che i singoli Vescovi hanno promulgato come legge diocesana: *Ordnung des Predigtendienstes von Laien*, 24.2.1988, in «Archiv für katholisches Kirchenrecht» 157 (1988) 192-193 = *Legislazione complementare ...*, cit., pp. 420-421, §1, n. 2: «In den Fällen, in denen es nach dem Urteil des Diözesanbischofs notwendig ist, können katholische Laien (Männer und Frauen) mit dem Predigtendienst bei der Feier der Eucharistie beauftragt werden, und zwar im Sinne einer Statio zu Beginn des Gottesdienstes, sofern der Zelebrant nicht in der Lage ist, die Homilie zu halten und kein anderer Priester oder Diakon dafür zur Verfügung steht.»

²⁶ CONFERENZA EPISCOPALE DI INGHILTERRA E GALLES, Can. 766, in *Legislazione complementare ...*, cit., p. 577: «If a lay person is to speak at Mass, this should take place after the Post Communionem Prayer.»

²⁷ UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Complementary Norm to Canon 766*, 14.11.2001: «Preaching by the lay faithful may not take place within the Celebration of the Eucharist at the moment reserved for the homily.»

²⁸ Cf. le citazioni nelle note 24 (Malta) e 25 (Germania).

²⁹ Cf. can. 753; GIOVANNI PAOLO II, *Motu Proprio Apostolos suos*, 21.5.1998, in «AAS» 90 (1998) 641-658.

3.3.2. I destinatari dell'insegnamento

Fra i destinatari dell'insegnamento della Chiesa si possono distinguere due gruppi: l'insegnamento, infatti, può rivolgersi sia ai membri della Chiesa, sia agli altri. Giacché i non-membri non sono sottomessi al diritto meramente ecclesiastico, è chiaro che le norme canoniche cercano di obbligare solo i fedeli. In effetti i primi canoni del libro terzo mettono in rilievo l'obbligo dei fedeli di accettare la dottrina proposta dal Magistero (cann. 750-754). È un obbligo che in un contesto secolarizzato non si capisce facilmente. Si dice: «Se la Chiesa vuole che io creda, deve proporre una dottrina credibile. Obbligarmi a credere non funziona.» Si usa il paragone con la risata: «Se qualcuno vuole farmi ridere, deve raccontarmi una buona barzelletta. Non funziona darmi il comando di ridere.»

Viene anche criticato che le norme canoniche attribuiscono ai destinatari dell'insegnamento solo un ruolo passivo. Mentre il Concilio Vaticano II aveva insegnato l'esistenza di un *sensus fidei fidelium*³⁰, il Codice tace su questo dono di Dio. Tace anche sulla questione di come i fedeli possono reagire quando, dopo un'adeguata riflessione, arrivano alla convinzione che una dottrina proposta dal Magistero come non definitiva, in effetti appaia erronea. Le norme non prevedono nessuna modalità per avanzare dubbi su una tale dottrina.³¹ Mentre il diritto nel campo del *munus regendi* prevede diverse possibilità per coinvolgere i fedeli nelle decisioni, le norme sul *munus docendi* danno l'impressione che tale coinvolgimento non sia auspicabile. Per i fedeli che vivono in un contesto secolarizzato, nel quale sono abituati a poter partecipare in un dialogo aperto, un divieto di porre determinate domande³² non è facilmente accettabile. Certamente il nuovo stile introdotto da papa Francesco per i Sinodi dei Vescovi, inclusi i sondaggi, ha risvegliato la speranza di un ruolo più attivo dei fedeli nello sviluppo della dottrina. Finora, tuttavia, questo nuovo stile non ha comportato cambiamenti nelle norme canoniche.

3.3.3. I mezzi di comunicazione

In tutto il campo della funzione d'insegnare, le norme sui mezzi di comunicazione sono l'esempio più significativo di un approccio nuovo del diritto

³⁰ Cf. CONCILIO VATICANO SECONDO, *Lumen Gentium*, n. 35.

³¹ La domanda viene, però, toccata in un documento dottrinale, cioè nell'Istruzione sulla vocazione ecclesiale del teologo: CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Istruzione *Donum Veritatis*, 24.5.1990, in «AAS» 82 (1990) 1550-1570, n. 30.

³² Cf. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI E CONGREGAZIONE PER L'EVANGELIZZAZIONE DEI POPOLI, Istruzione *In Constitutione Apostolica*, 19.3.1997, in «AAS» 89 (1997) 706-721, n. IV, 4.

vigente paragonato a quello preconciare. I rispettivi canoni del vecchio Codice³³ erano intitolati *De praevia censura librorum eorumque prohibitione*. Per diversi secoli, dunque, fino all'abolizione dell'Indice dei libri proibiti nel 1966³⁴, la Chiesa, tramite la proibizione degli scritti, aveva cercato di impedire che certe idee si diffondessero. Il diritto vigente ha abbandonato questo scopo. La notificazione con cui l'*Index* fu abolito, faceva riferimento alla coscienza dei fedeli.³⁵ I rispettivi canoni del diritto vigente³⁶, che sono intitolati *De instrumentis communicationis socialis et in specie de libris*, non prevedono più la proibizione di libri. Intendono invece assicurare che scritti contrari alla dottrina della Chiesa non siano divulgati come scritti cattolici, usati per la liturgia o per l'educazione religiosa, oppure esposti e venduti nei luoghi sacri. Mentre nel passato la licenza della competente autorità era richiesta per la diffusione di uno scritto, oggi la licenza è piuttosto un sigillo cattolico di qualità. Non vuole impedire la diffusione come tale, ma la diffusione come pubblicazione cattolica. Di conseguenza, a differenza dal vecchio Codice³⁷, le norme vigenti non si rivolgono più ai venditori di libri. Similmente, quando oggi il risultato di un esame delle dottrine presso la Congregazione per la Dottrina della Fede è negativo, la conseguenza non è più un divieto del libro, ma una dichiarazione che il libro non corrisponde alla dottrina della Chiesa, oppure che il libro è quanto meno pericoloso o equivoco.

Nell'epoca di Internet in cui qualsiasi persona può pubblicare qualsiasi cosa molto facilmente, l'interesse della Chiesa non può essere quello d'impedire la divulgazione di posizioni contrarie alla sua dottrina, ma di impedire che siano presentate come posizioni cattoliche. Alcuni anni fa, un sito web gestito in Austria con attacchi antisemitici e omofobi che si presentava come "notizie cattoliche" – mi riferisco al sito www.kreuz.net –, ha creato una vera crisi per la Chiesa cattolica nei paesi di lingua tedesca. Sembra che le autorità ecclesiastiche non fossero ben preparate per affrontare un tale fenomeno.

A questo riguardo, già nel 2002 il Pontificio Consiglio delle Comunicazioni Sociali, ha proposto una «certificazione volontaria a livello locale e nazionale con la supervisione di rappresentanti del Magistero a proposito di materiale di natura specificatamente dottrinale o catechetica», aggiungendo che «non si tratta di imporre la censura, ma di offrire agli utenti di Internet una guida

³³ Cann. 1384-1405 CIC/1917.

³⁴ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Notificatio*, 14.6.1966, in «AAS» 58 (1966) 445.

³⁵ *Ibidem*: «Quam ob rem Ecclesia fidelium maturaе conscientiae confidit, praesertim auctorum et editorum catholicorum atque eorum qui iuvenibus instituendis operam navant.»

³⁶ Cann. 822-832 CIC/1983.

³⁷ Can. 1404 CIC/1917.

affidabile su quanto è in accordo con la posizione autentica della Chiesa.»³⁸ Non sembra, però, che questa proposta sia stata messa in pratica³⁹ e ci si può certamente chiedere se l'impegno organizzativo richiesto ne valga la pena.

3.3.4. Le istituzioni dedicate all'insegnamento

Le norme canoniche sull'esercizio della funzione d'insegnare della Chiesa non si occupano tanto dell'annuncio del Vangelo a titolo privato, per esempio nelle famiglie – benché questo sia certamente molto importante –, ma soprattutto dell'insegnamento all'interno di determinate istituzioni, come la catechesi parrocchiale, i programmi di catecumenato e le istituzioni educative, cioè le scuole e le istituzioni accademiche. L'influsso del contesto secolarizzato si verifica soprattutto nelle istituzioni educative, per almeno tre ragioni: (1) In molte di queste istituzioni si trovano anche insegnanti e studenti che non condividono un interesse per la religione cattolica. (2) In molti paesi le istituzioni educative sottostanno a una dettagliata normativa del diritto civile. (3) Spesso le istituzioni si trovano anche in una situazione di concorrenza con istituzioni non cattoliche. Considerando queste circostanze, non sorprende che fra gli scopi delle norme canoniche sulle istituzioni educative c'è quello di salvaguardarne l'identità cattolica.

La Chiesa è diventata consapevole che l'identità cattolica di un'istituzione educativa può essere conservata solo se anche la stessa istituzione condivide questo proposito. A lungo termine la vigilanza da parte della competente autorità ecclesiastica non può garantire l'identità cattolica senza la cooperazione della comunità scolastica o accademica. Questo vale in modo particolare per le istituzioni accademiche, di cui la *Ex corde Ecclesiae* riconosce la "autonomia istituzionale".⁴⁰ Recita:

La responsabilità di mantenere e di rafforzare l'identità cattolica dell'Università spetta in primo luogo all'Università medesima. Tale responsabilità mentre è affidata principalmente alle autorità dell'Università ..., è condivisa anche in diversa misura da tutti i membri della comunità, ed esige, pertanto, il reclutamento del personale universitario adeguato – specialmente dei docenti e del personale amministrativo – che sia disposto e capace di

³⁸ PONTIFICIO CONSIGLIO DELLE COMUNICAZIONI SOCIALI, *La Chiesa e Internet*, 22.2.2002, in «Enchiridion Vaticanum», vol. 21, pp. 46-79, n. 11.

³⁹ Questa proposta è diversa dall'iniziativa della Santa Sede di riservarsi il Top Level Domain (TLD) ".catholic". Sembra, infatti, che questo fosse stato fatto con lo scopo di riservare questo TLD ai siti ufficiali della Chiesa. Finora questo TLD non viene usato.

⁴⁰ EcE, Prima parte, n. 12, 37; Seconda parte, art. 2 §5.

promuovere tale identità ... È responsabilità dell'autorità competente di vigilare su queste ... esigenze fondamentali ...⁴¹

L'esperienza dimostra la difficoltà di trovare un equilibrio fra l'autonomia dell'istituzione e la vigilanza dell'autorità ecclesiastica. Un esempio evidente di questa tensione è la controversia negli Stati Uniti di America circa l'elaborazione di norme particolari per la *Ex corde Ecclesiae* e la loro applicazione – una controversia che anche oggi, 27 anni dopo la promulgazione della Costituzione, non sembra ancora essere risolta. Com'è noto, il nucleo del conflitto è la necessità del *mandatum* del Vescovo per i professori di teologia.⁴² Si teme che la dipendenza giuridica dall'autorità ecclesiastica faccia danno alla reputazione accademica dei professori e dell'istituzione, e c'è anche la preoccupazione (vera o pretesa) che il controllo dell'autorità ecclesiastica metta in pericolo il riconoscimento – e magari il sostegno economico – dell'istituzione accademica da parte dello Stato. Se qualcuno cercasse un esempio tipico per dimostrare la problematica della funzione d'insegnare della Chiesa in un contesto secolarizzato, il conflitto negli Stati Uniti sulla *Ex corde Ecclesiae* sarebbe probabilmente la scelta migliore.

Come la Chiesa cattolica, anche molti Stati – almeno quelli che partecipano al processo di Bologna – cercano di rafforzare la responsabilità propria delle istituzioni accademiche per la loro qualità. Si osserva la tendenza a sostituire – o almeno ad accompagnare – il controllo diretto esercitato da organi statali con una combinazione fra valutazione interna ed esterna. Tramite la fondazione nel 2007 dell'AVEPRO, cioè della «Agenzia della Santa Sede per la Valutazione e la Promozione della Qualità delle Università e Facoltà Ecclesiastiche»⁴³, la Santa Sede segue questo esempio.⁴⁴ Com'è ovvio, la valutazione di un'istituzione educativa della Chiesa abbraccia molti aspetti; è però chiaro che fra questi aspetti ci dovrebbe essere anche quello dell'identità cattolica dell'istituzione.

In fin dei conti, però, sottolineare la responsabilità propria di un'istituzione per la sua identità cattolica non può escludere l'eventualità che in effetti un'istituzione non la conservi. Considerando questa problematica la Chiesa si è resa conto che alla fine la competente autorità ecclesiastica deve avere la possibilità di sospendere o anzi ritirare il riconoscimento di un'istituzione come cattolica. Il vecchio Codice non aveva trattato questa problematica. Il Concilio,

⁴¹ EcE, Seconda parte, art. 4 §1.

⁴² Cf. can. 812 CIC/1983; EcE, Seconda parte, art. 4 §3.

⁴³ Cf. BENEDETTO XVI, *Chirografo Ecclesia Catholica*, 19.9.2007, in «AAS» 101 (2009) 12-20.

⁴⁴ In Germania, l'AVEPRO non è attiva. Su richiesta della Conferenza Episcopale di Germania, alcune Facoltà di teologia in Germania nel 2008 hanno fondato un'agenzia per l'accreditamento dei programmi di studi ecclesiastici in Germania, chiamata AKAST, per proteggere le facoltà contro un controllo eccessivo da parte di agenzie non religiose. La stessa AVEPRO non sarebbe stata in grado di concedere tali accreditamenti.

però, nel decreto *Apostolicam actuositatem* richiama questo diritto.⁴⁵ Il CIC/1983 ne distingue due dimensioni: da una parte stabilisce che la qualificazione di “cattolico” nel nome di un’istituzione richiede il consenso della competente autorità.⁴⁶ D’altra parte, anche senza far riferimento al nome di un’istituzione, il Codice prevede la possibilità che la competente autorità la caratterizzi come istituzione cattolica (“*reapse catholica*”), per es. come una scuola cattolica.⁴⁷ Nel 2009 è stato chiarificato che anche l’aggettivo “pontificio” gode di una simile protezione.⁴⁸ Tutte queste norme implicano che la competente autorità, se lo ritiene necessario, gode anche della facoltà di ritirare queste denominazioni o qualificazioni, e di rendere una tale decisione pubblica ai fedeli.⁴⁹

3.4. Riassunto

In una società secolarizzata ognuno è libero di professare o non professare qualsiasi fede religiosa secondo il proprio parere. In una tale società i cittadini sono sensibili a ogni tipo di pressione sul credere o non credere qualcosa. Non vogliono sottomettersi a pressioni che provengono dal proprio ambiente culturale, né da parte delle autorità religiose.

La Chiesa cattolica riconosce questa libertà degli individui, sottolineando, però, che nel caso di fedeli cattolici questa libertà è limitata dall’esigenza di conservare la comunione della Chiesa, che include l’unità della fede. Quest’unità, voluta da Gesù Cristo, non si può conservare senza la necessaria vigilanza esercitata dall’autorità ecclesiastica. Una tale vigilanza non può impedire che idee contrarie alla dottrina cattolica vengano diffuse; può, però, impedire che vengano insegnate a nome della Chiesa.

Quando in un contesto secolarizzato tale vigilanza si esercita in modo preventivo, è raccomandabile non configurarla come una limitazione della libertà dell’individuo, ma piuttosto come un sigillo di qualità tramite il quale la competente autorità conferma che una persona, uno scritto o un’istituzione è

⁴⁵ CONCILIO VATICANO SECONDO, *Apostolicam actuositatem*, n. 24: «Nullum autem inceptum nomen catholicum sibi vindicet, nisi consensus accesserit legitimae auctoritatis ecclesiasticae.»

⁴⁶ Cann. 216, 300, 803 §3, 808 CIC/1983. Cf. anche, per le istituzioni caritative: BENEDETTO XVI, Motu Proprio *Intima Ecclesiae natura*, 11.11.2012, in «AAS» 104 (2012) 996-1004, art. 2 §2.

⁴⁷ Can. 803 §1; cf. anche can. 808 CIC/1983.

⁴⁸ SEGRETERIA DI STATO, Dichiarazione del 19.12.2009, in «AAS» 102 (2010) 59.

⁴⁹ Cf. BENEDETTO XVI, Motu Proprio *Intima Ecclesiae natura*, cit., art. 11: «Episcopus dioecesanus, si necesse est, debet fidelibus publice notum facere navitatem cuiusdam caritatis instituti amplius non respondere postulatibus Ecclesiae Magisterii, prohibens tunc quominus ‘catholicum’ nomen adhibeatur...»

stato esaminato e gode della fiducia che il rispettivo insegnamento è conforme alla dottrina cattolica. Neanche quando l'autorità reagisce a una deviazione dalla dottrina autentica già accaduta, si tratta di una limitazione della libertà dell'individuo. L'autorità, invece, informa in modo ufficiale tutti gli interessati che un insegnamento che pretendeva di proporre la dottrina cattolica, magari anche basandosi su una missione ricevuta dalla Chiesa, in effetti non può più essere considerato conforme ad essa.

In un contesto secolarizzato l'esercizio di una tale vigilanza non si accetta facilmente. Per non aggravare le rispettive resistenze, è tanto più importante che sia la vigilanza preventiva sia la successiva dichiarazione di non-corrispondenza con la dottrina cattolica, seguano una procedura trasparente e giusta, che lasci all'interessato la facoltà di difendersi e, in caso di conflitto, presentare un ricorso a una seconda istanza. È chiaro che anche la massima attenzione ai diritti dei singoli non farà sparire i conflitti; chi, però, non fosse disposto ad affrontare tali conflitti, consegnerebbe la fede cristiana a un'arbitrarietà non conforme alla missione ricevuta dal Signore.

L'ESERCIZIO DEL GOVERNO ECCLESIASTICO IN UN CONTESTO SECOLARIZZATO

Carlo Cardia*

SOMMARIO: 1. Premessa. Quesiti antichi, apocalisse futura. 2. Secolarizzazione post-moderna, critica del vittimismo. 3. Tramonto della 'pluralità degli ordinamenti giuridici'. Crisi dei diritti umani. 4. Secolarizzazione dei valori. Il diritto procedurale, la fine dell'etica. 5. La legge senza etica. Il Diritto canonico realtà aliena. 6. Oltre liberalismo e marxismo. Il nichilismo antropologico. 7. Matrimonio e secolarizzazione globale. 8. La dimenticanza del diritto, *in utroque iure*. Riduzione al diritto comune, neo-corporativismo. 9. Evoluzione e impegni disattesi in ambito canonistico. 10. Decadenza scientifica ed accademica del Diritto canonico. 11. Conclusioni, reciprocità inevitabile.

1. PREMESSA. QUESITI ANTICHI, APOCALISSE FUTURA

È quasi d'obbligo avviare la mia riflessione con l'antica e risorgente domanda, riproposta di recente da Carlo Fantappiè, se "il diritto canonico non debba ormai considerarsi una creazione giuridica superata"¹, che a sua volta evoca altri interrogativi formulati nell'epoca delle codificazioni moderne con accenti diversi. Da parte di mistici e spiritualisti, che hanno sempre visto il diritto canonico come la deriva d'un Cristianesimo che perde vigore spirituale e si acquieta a una tranquillità borghese che copia i figli dell'età dei lumi: in esso si rispecchia l'acquiescenza di cristiani passati con il tempo "da un Cristianesimo fatto di profezia, martirio, gloria, regno, pianto, sangue, giudizio, satana, a un Cristianesimo fatto di peccati veniali, diritto canonico, giaculatorie"². E di giuristi che hanno visto nella Forma-Codice prescelta "un parto della sterilizzazione su tutti i piani della "legge divina" e del suo *ordo* nell'ambito giuridico, in una parola un esito del processo di secolarizzazione del diritto, nella migliore delle ipotesi come una scelta difensiva". Oppure "come un atto di servile imitazione, sotto il profilo tecnico-giuridico, delle impostazioni positivistiche e statuali-

* Università degli Studi Roma Tre.

¹ C. FANTAPPIÈ, *Il diritto canonico: una creazione giuridica superata?*, in «Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica», 2017, pp. 232 ss.

² Cfr. M. C. CAPICI – F. CARDINI, *Attilio Mordini. Il Maestro dei Segni*, Rimini 2016, pp. 31 ss.

stiche nella cui atmosfera culturale era stato educato un giurista sicuramente positivista (cioè saldamente fermo nel primato e nel rispetto assoluto della legge positiva) qual era Gasparri³, ma piuttosto un cedimento fors'anco 'ideologico' allo spirito borghese che pervadeva le codificazioni laiche prese a riferimento, prima fra tutte quella napoleonica"⁴.

Le opinioni sul rapporto tra diritto canonico e codificazione moderna (non solo napoleonica) sono così diversificate da non potersi evocare nemmeno in sintesi. Per Émile Poulat, non solo la Chiesa non sfugge alle leggi universali dell'attività umana (adattamento, assimilazione, integrazione, rifiuto, scarto tra discorso e comportamento, logica delle istituzioni), ma "possedeva e possiede le sue ragioni per preservare la sua identità contro ogni alterazione: Essa professa in effetti, che non dispone di sé – ragion d'essere, costituzione, dottrina – che di una autorità vicaria. Società storica, ma società fondata, può usufruire di una trascendenza partecipata, che perderebbe qualora si liberasse del suo fondatore e della fedeltà, che gli deve". Aggiunge: "Dopo il conflitto di norme consacrato dalla riforma protestante tra Scrittura e Tradizione – conflitto *ermeneutico* – la problematicità dell'adattamento apre i battenti ad un secondo conflitto – conflitto *demiurgico* – tra Storia e Rivelazione: al tempo della storia sacra, gesta di Dio per mezzo degli uomini in vista del regno di Dio, succede il regno dell'uomo che costruisce la sua storia ed obbliga la Chiesa a fare i conti con essa"⁵.

D'altra parte, la dottrina mediana e realistica, se così può dirsi, cioè quella che più è pronta ad accettare la sfida dell'esistenza stessa del diritto canonico, rispetto alla realtà misterica della Chiesa, ha sempre sostenuto la legittimità del "trapianto" tra esperienza giuridica moderna e tradizione ecclesiastica. Chiara Minelli segnala la persistenza della "messa in discussione della legittimità stessa di un diritto ecclesiale, che si alimenta in questa fase (successiva al Concilio Vaticano II) e che condiziona pesantemente la percezione della dimensione giuridica nella vita della Chiesa fino ad oggi"⁶. Ma in un'analisi del processo di codificazione del primo Novecento evoca le parole di Rampolla nell'adunanza dei Cardinali del 3 marzo 1904, secondo le quali non v'è alcuna intenzione di abolire la tradizione (meglio sarebbe dire: l'identità) normativa della Chiesa: "Non deve sopprimersi il *Corpus iuris* esistente; il quale ha una storia gloriosa di sette secoli che si compenetra con la storia della Chiesa, ed è sempre considerato

³ P. GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano 2013, p. 262

⁴ P. CAPPELLINI, *Forma-Codice e diritto canonico. Appunti per una riflessione*, in *qdpe*, 2017, pp. 9 ss.

⁵ É. POULAT, *Chiesa contro Borghesia. Introduzione al divenire del cattolicesimo contemporaneo*, Casale Monferrato, 1984, p. 85.

⁶ C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Torino 2015, p. 99.

come il gran monumento di sapienza e di equità". Certo i difetti vanno riparati e corretti, ma il Concilio di Trento e i Romani Pontefici "se hanno pensato a correggerlo e a completarlo, non hanno mai pensato ad abolirlo". D'altronde, se pensiamo alle "Nazioni civili, l'Inghilterra ha una legislazione accettatissima; la Spagna ha conservato gelosamente le sue antiche collezioni di leggi; la Francia fece il Codice, abolendo tutto, per ragioni speciali"; e se persino "i protestanti considerano il diritto canonico come diritto suppletorio e hanno fatto del *Corpus* edizioni bellissime, conviene ora alla S. Sede abolirlo?"⁷.

Le generazioni attuali hanno vissuto il processo e l'onda riformatrici del Concilio Vaticano II, che pure sono sembrate rafforzare la tendenza (*recte*: la tradizione) anti-giuridicista, che vedeva nel diritto canonico uno strumento umano incapace di recepire più o meno globalmente la realtà della Chiesa, nei suoi profili spirituali, sacramentali, costituzionali (di diritto divino). E questa tendenza non è stata frenata neanche dall'affermazione di Paolo VI per il quale "il diritto canonico è parte costitutiva dell'essenza della Chiesa". D'altronde, abbiamo tutti nella mente l'appassionato dibattito intervenuto prima e dopo il Concilio sulla natura stessa della *scienza canonistica*, soprattutto ad opera di Vincenzo Del Giudice ed Arturo Carlo Jemolo, Pio Fedele e Pedro Lombardía, ed ancora Pietro Agostino d'Avack, Eugenio Corecco e Javier Hervada, impegnati nello scandagliare la natura del diritto canonico nei suoi rapporti con la Chiesa⁸, con le scienze giuridiche laiche, o profane. Di questa vivissima stagione merita ricordare la discussione se allo studio, e alla comprensione, dell'ordinamento canonico fosse necessario quel *sensus fidei* che per alcuni permetteva alla mente, prima che alla capacità critica, dello studioso, di cogliere, assimilare le finalità primarie del diritto canonico, utilizzare la strumentazione necessaria per la giusta interpretazione delle sue norme⁹. A fronte dell'opinione negativa di Pietro Agostino d'Avack, Pio Fedele ha fornito un'interpretazione più sottile del rapporto tra teologia e diritto, dal momento che "il diritto canonico, come norma e come scienza è tributario del dogma e della teologia", e quindi "mentre il diritto secolare è sospeso alla ragione, il diritto canonico è sospeso al dogma, è sotto tutela del dogma ed alla teologia, occupa la posizione limitrofa a questa,

⁷ C. MINELLI, *Pio X e l'avvio del processo di codificazione canonica*, in "Stato, Chiese e pluralismo confessionale", Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 33/2013, pp. 13. V. K. MÓRSDORF, *Fondamenti del diritto canonico*, Venezia, 2008.

⁸ Per i ripetuti interventi sulla problematica proposta da Pio Fedele, cfr. E. GRAZIANI, *Postilla al "Discorso generale sull'ordinamento canonico" di Pio Fedele*, in «Il Diritto ecclesiastico» (1941), p. 146 ss.; P. CIPROTTI, *Considerazioni sul "Discorso generale sull'ordinamento canonico" di Pio Fedele*, in «Archivio di diritto ecclesiastico» 3/1041, pp. 462 ss.; P. LOMBARDIA, *Sobre las características peculiares del ordenamiento canonico*, in «Temis», 5/1959, pp. 67ss.

⁹ Cfr. P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto canonico*, Milano, 1980, p. 48.

è radicato in esso come regola e come scienza¹⁰. Senza entrare nel merito di questioni così complesse¹¹, resta aperto un problema quasi mai affrontato in sede canonistica: come si possa fondare il diritto canonico sul dogma o su principi di diritto divino, come più volte accaduto, e riconoscere che quei dogmi, o principi, sono stati abbandonati perché superati dall'evoluzione del pensiero, e della dottrina, della Chiesa. Come interpretare, cioè nell'armonia sistematica, le *singolarità* che spezzano *l'orizzonte degli eventi*¹².

Si può riproporre, oggi, almeno qualcuno di questi interrogativi, chiedersi se il diritto canonico debba ancora rincorrere l'ottica giuridica moderna, se diritto canonico e diritto civile siano ancora capaci d'intrecciarsi ed imparare a vicenda dai propri caratteri più salienti. È ancora valida la riproposizione dell'eredità romanistica, che attraverso il diritto canonico fa filtrare la *rationabilitas* della stessa produzione normativa? O la lezione della tradizione ecclesiastica che ha posto le basi dei nuovi diritti umani, non a caso definiti come un nuovo *ius gentium* che dovrebbe governare il mondo e, prospetticamente, le relazioni private e pubbliche di tutti gli esseri umani? È tuttora valida la tradizione tanto vantata dai canonisti della *flessibilità* dell'ordine giuridico, a sua volta indissociabile dal principio di *equità*? Credo senz'altro di sì, anche perché di ogni riferimento appena citato, abbiamo davanti a noi un condensato di esperienza giuridica che ne reclama l'attualità.

Certamente, tutto è riproponibile, e alcune grandi questioni – forse le più direttamente connesse al rapporto tra divino e umano, fra trascendenza e storia, della misteriosa evoluzione delle loro relazioni – sono vive e tengono alta la tensione scientifica e culturale prodotta dal diritto della Chiesa nella dinamica delle leggi, anche profane. Però, si deve riconoscere che qualcosa è accaduto, di recente, che cambia l'orizzonte intero nel quale ci muoviamo, a volte senza averne coscienza. È accaduto, io credo, qualcosa di così sconvolgente da indurre alcuni giuristi ad utilizzare termini francamente apocalittici che, riferiti al diritto dello Stato, si riversano poi anche sulle interpretazioni del diritto della Chiesa. Seguendo una recente analisi di Paolo Cappellini, vediamo che già la titolazione d'una sua riflessione ci pone al centro d'un orizzonte apocalittico: "Società postmortale e derive biogiuridiche"¹³. Fermandosi sul tema della "memoria", l'Autore rimanda subito a "storia", nel senso che, sulla scia di

¹⁰ P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova 1941, p. 40

¹¹ Sull'argomento, G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto*, in *Del diritto e della sua conoscenza*, Torino 1997. P. BELLINI, *Libertà e dogma. Autonomia della persona e libertà di fede*, Bologna 1977.

¹² V. K. RANHER, *Considerazioni teologiche sulla secolarizzazione*, Roma 1969.

¹³ P. CAPPELLINI, *Società postmortale e derive biogiuridiche*, in A.VV., *Giornate interdisciplinari di Bioetica*, Università degli Studi di Catania – Centro di Ricerca Bios and Law 18-19 maggio 2012, Roma 2014, p. 97.

Foscolo, l'occupante deve anzitutto appropriarsi delle "carte topografiche" e delle "memorie stampate o manoscritte del Paese" che occupa¹⁴. In queste memorie, di cui si è entrati in possesso, si comincia a riscrivere una nuova storia, si procede a frantumare addirittura le basi, ideali e giuridiche, *della stessa era dei lumi*, poi a lesionare i fondamenti dello Stato, le sue leggi costituzionali, i suoi principi direttivi, *a invertire le frecce della sua evoluzione*. Lo Stato, e le sue leggi, sono sopraffatti dalla tecnica (valore ormai considerato universale perché sfugge all'opera umana), cancellati, rinnegati, al punto che l'uomo è inevitabilmente sopraffatto dallo *spaesamento* che gli fa perdere contezza di quanto il mondo che lo circonda stia cambiando. In questo mondo che cambia vertiginosamente, la globalizzazione ha preso il posto della più radicale secolarizzazione, la storia sta invertendo la sua rotta fino a esiti tipici dell'era precristiana, e vien da chiedersi se il diritto canonico e le sue dinamiche abbiano ancora una collocazione logica, o non si perdano invece in una nebulosa che i canonisti più attenti vedono come rischiosa per la sua stessa esistenza? Si torna così a quesiti antichi, ma si formulano anche domande nuove, ancor più inquietanti¹⁵.

2. SECULARIZZAZIONE POSTMODERNA, CRITICA DEL VITTIMISMO

Rispetto alle prime letture del fenomeno della *secolarizzazione* la modernità ha conosciuto più interpretazioni, alcune di loro contrapposte, che posso richiamare solo per l'essenziale. L'origine dell'etimo occidentale nasce dal "disincantamento del mondo", proposto da Max Weber, per il quale l'uomo e la sua opera sono razionalmente spiegabili, tecnologicamente modificabili, mentre perdono valore le letture *sacralizzanti e/o religiose* dell'origine dell'uomo, del suo divenire e destino¹⁶. Quindi, un dato filosofico, antropologico, che cancella quel *primus timor in orbe fecit deos*, perché il timore diminuisce costantemente, quasi scompare, sostituito da una luce che illumina i fatti storici, le menti degli

¹⁴ Ivi, p. 98.

¹⁵ V. M. GALLO, *La croix de l'Occident*, Paris 2013; R. RÉMOND, *La secolarizzazione: religione e società nell'Europa contemporanea*, Roma-Bari, 1999; A. DEL NOCE, *L'epoca della secolarizzazione*, Milano 1970; L. LOMBARDI VALLAURI, *Cristianesimo, secolarizzazione e mondo moderno*, Milano 1981.

¹⁶ Cfr. M. WEBER, *Über die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnisse*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 19/1904, pp. 22; trad. it., *Effettività conoscitiva della scienza e della politica sociale*, in Id., *Il metodo delle scienze sociali*, Torino 1967. Con il progredire della scienza e l'opera modificatrice dell'industria la modernità ha privilegiato l'azione razionale dell'uomo, facendo perdere terreno ad ogni interpretazione magica, religiosa, anche largamente metafisica. Weber non trascura però l'interazione tra la sfera ideologico-religiosa e la dimensione pratica e sociale, come si può vedere dal classico *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, ivi, 20/1904, pp. 11 ss., e 21/1905, pp. 1 ss.; trad. it. *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Roma 1945.

uomini. La centralità del concetto di secolarizzazione, come sinonimo di allontanamento dalla religione, è confermata a livello istituzionale, dalla laicizzazione dell'ordine legale che nell'Ottocento porta alla nascita dello *Stato laico*, del diritto di *libertà religiosa*, come strumenti che confermano l'affrancamento dal sacro. Epigoni dello Stato laico, a livello sociale, sono la secolarizzazione dei costumi, il declino delle adesioni di massa alla religione, lo spegnersi della ritualità religiosa nella vita quotidiana. Da questo punto di vista la *secolarizzazione* è stata identificata, con una felice espressione, come *l'Eclissi del sacro*, inteso nel senso d'un processo inarrestabile in Occidente, e più precisamente nella società *post-moderna*¹⁷.

Nasce, in questo modo, un'inevitabile conflitto, filosofico e giuridico, tra religione e secolarizzazione, un'antitesi tra evoluzione moderna (secolarizzante) e resistenza confessionale (soprattutto cattolica), alla quale segue una condanna ottocentesca pressoché totale verso tutto ciò che sembra derivare dalla laicizzazione dello Stato e delle sue leggi. Nell'ambito di questo conflitto, nasce il fenomeno del *vittimismo e/o revanscismo ecclesiastico*, con il quale il cattolicesimo non solo respinge tutto quando deriva dal *separatismo*, che traduce in termini giuridici i contenuti del secolarismo, ma ritiene a lungo possibile, fin sulle soglie del Concilio Vaticano II, quasi un ritorno indietro della storia, una rivincita dell'antico confessionalismo rispetto alle lezioni della laicità. La condanna cattolica non si riversa solo sui fatti e misfatti delle rivoluzioni, e sui torti inflitti alla Chiesa con leggi vessatorie e punitive, ma si estende fino a "condannare il liberalismo in blocco, senza le necessarie distinzioni"¹⁸. Dal breve Pontificio *Quod aliquantum* con cui Pio VI condanna la *Constitution civile du clergé*, all'enciclica *Mirari vos* (1832) di Gregorio XVI, fino al Sillabo di Pio IX del 1864, non c'è proposizione del liberalismo che non sia condannata e censurata, a cominciare dai principali diritti di libertà, ed anzitutto il diritto di libertà religiosa¹⁹. Questa lotta tra secolarizzazione e Chiesa, laicismo e reminiscenze confessioniste, porta ad un fenomeno che perdura a lungo, si sedimenta a livello subliminale, e può definirsi come *complesso di vittimismo*, per il quale tutto ciò che viene dal secolarismo è a detrimento della religione, e, per restare alla mia Relazione, tutto ciò che limita i diritti e le prerogative del diritto canonico è, in sé stesso, frutto di una pregiudiziale ostilità verso la Chiesa e le sue leggi. Si vedrà più avanti quanto questo vittimismo abbia lasciato tracce vistose nella mentalità, e nella cultura, canonistica più recente, e come interessi ancora oggi il rapporto dialettico tra Stato e Chiesa.

¹⁷ Cfr. S. ACQUAVIVA, *L'eclissi del sacro nella civiltà industriale*, Milano 1961.

¹⁸ G. MARTINA, *Storia della Chiesa*, vol. III, *L'età del liberalismo*, Brescia 1995, p. 188.

¹⁹ V. R. MINNERATH, *Le droit de l'Église à la liberté. Du Syllabus à Vatican II*, Paris, 1982.

È vero, però, che anche il concetto di secolarizzazione ha subito nel tempo una metamorfosi poliforme, è stato riletto in modo diacronico, inserito in analisi di diversa natura scientifica, a volte metabolizzato (e quasi canonizzato) anche in ambito religioso. La secolarizzazione ha perso per alcune scuole teologiche quel senso d'antireligiosità e anticlericalismo che ha mantenuto lungo nel corso dell'Ottocento, ed ha assunto un significato d'illuminazione della ragione (che è pure dono di Dio) per conoscere la realtà individuale, naturale e cosmica, senza che ciò comporti o presupponga la negazione della fede in Dio e nella sua opera creatrice. Per due grandi figure del Novecento il processo è stato di carattere sistemico. Dietrich Bonhoeffer propone di valorizzare la secolarizzazione della modernità, perché essa non implica l'emarginazione di Dio, della spiritualità, dal mondo bensì una provvidenziale purificazione della rivelazione, del Dio della Bibbia, dalle sovrastrutture culturali, giuridiche, economiche, che nei secoli ne hanno deformato l'immagine, e il ruolo, che ha svolto nella dimensione storica. La lettura di Bonhoeffer va oltre quest'orizzonte positivo del secolarismo, e offre una lettura dialettica del rapporto tra trascendenza ed immanenza. L'irruzione del Dio biblico nella storia umana funge da propellente nell'evoluzione umana, e la figura di Cristo assume il carattere di "uomo-per gli altri" e costituisce l'unica via praticabile per realizzare "l'esperienza della trascendenza nel cuore dell'immanenza"²⁰.

Da parte sua, Paolo VI osserva che "si è obbligati a constatare nel cuore stesso di questo mondo contemporaneo il fenomeno che diviene quasi la sua nota più sorprendente: il secolarismo". Aggiunge, che "noi non parliamo della secolarizzazione, che è lo sforzo in sé giusto e legittimo, per nulla incompatibile con la fede o con la religione, di scoprire nella creazione, in ogni cosa o in ogni evento dell'universo, le leggi che li reggono con una certa autonomia, nell'intima convinzione che il Creatore vi ha posto queste leggi"²¹. Il quadro d'analisi che ne deriva, ormai si scompone, si frantuma l'orizzonte etimologico tradizionale. La Chiesa e le Chiese, prima o poi (più dopo che prima), riconoscono il valore positivo della laicizzazione, e della secolarizzazione, collegano i molti rami della

²⁰ D. BONHOEFFER, *Etica*, 1937, trad. it., Milano 1969; ID., *Resistenza e resa: lettere ed appunti dal carcere 1951*, trad. it. 1969. Cfr. G. MÜLLER, *Dietrich Bonhoeffer begegnen*, Augsburg 2010.

²¹ PAOLO VI, Esortazione Apostolica *Evangelii Nuntiandi*, 8 dicembre 1975, n. 55. Paolo VI conferma, invece, il rifiuto di quel secolarismo nel quale si inverte "una concezione del mondo, nella quale questo si spiega da sé senza che ci sia bisogno di ricorrere a Dio, divenuto in tal modo superfluo ed ingombrante. Un simile secolarismo, per riconoscere il potere dell'uomo, finisce dunque col fare a meno di Dio ed anche col negarlo" (*ibidem*). Cfr. A. DULLES, *La recezione in Occidente della 'Evangelii Nuntiandi'*, in «Civiltà cattolica» 1/1996. 28 ss.; AA.VV., *L'annuncio del Vangelo oggi: commento all'esortazione apostolica di Paolo VI "Evangelii Nuntiandi"*, Roma 1977; L. LEUZZI, *Dall'Evangelii Nuntiandi all'Evangelii Gaudium: il coraggio della modernità*, Città del Vaticano 2014.

modernità al grande albero del Cristianesimo, proclamano che da essi sono derivati grandi benefici per la Chiesa, la sua modernizzazione, e purificazione. Dalle richieste di perdono di Paolo VI e Giovanni Paolo II per le trasgressioni della legge di Dio operate dagli 'uomini di Chiesa', al riconoscimento di Benedetto XVI per i benefici derivati dall'Illuminismo alla necessità di riforma della Chiesa, alla definizione come "evento provvidenziale" dell'Unità d'Italia e della fine del potere temporale dei Papi da parte di Paolo VI nel 1962, alla canonizzazione (di cui parleremo tra breve) dell'era dei diritti umani, verso cui pure la Chiesa, il diritto canonico, altri diritti confessionali, avevano decretato una dura condanna, all'accettazione della democrazia come orizzonte politico dell'umanità: non si finirebbe mai di dar conto dei tanti eventi secolarizzanti della modernità, ricchi di senso e di positività, si potrebbe scrivere una storia, giuridica e fattuale, francamente alternativa rispetto a quella scritta da alcuni Autori ecclesiastici. Inoltre, con la caduta del totalitarismo sul crinale dei due secoli, siamo posti di fronte all'estensione, mai conosciuta, in tutto l'Occidente, di una laicità dello Stato rispettosa della libertà della religione e delle Chiese, con eccezioni minori rilevabili nelle terre che mantengono qualcosa dell'eredità francesizzante, ma che hanno realizzato relazioni ecclesiastiche in linea di massima pacificate²².

Di speciale interesse l'attenzione prestata da Joseph Ratzinger al rapporto tra illuminismo e cristianesimo, con affermazioni particolarmente coraggiose e del tutto condivisibili ma che certamente si segnalano anch'esse per un ritardo storico che ha stupito la cultura laica. Per Ratzinger, "l'illuminismo è di origine cristiana ed è nato non a caso proprio ed esclusivamente nell'ambito della fede cristiana. Laddove il cristianesimo contro la sua natura, era purtroppo diventato tradizione e religione di Stato (...) È stato merito dell'illuminismo aver riproposto questi valori originali del cristianesimo e aver ridato alla ragione la sua propria voce²³".

D'altronde, Luis Navarro ha saputo dare giusto risalto al fatto che, dopo aver condannato in ogni modo il diritto di libertà religiosa eguale per tutti, nel corso dell'intera modernità, ecco che nel giro di pochi decenni, la Chiesa gli riconosce oggi "un ruolo preminente" e lo considera "pietra angolare dell'edificio dei diritti umani", di più come "il diritto più fondamentale, sicché il suo rispetto è termometro del rispetto degli altri diritti dell'uomo"²⁴. Vedremo più avanti

²² J. BAUBÉROT, *Une si vive révolte*, Paris, 2014; Y.-M. CONGAR, *Église et État*, in G. JACQUEMET, *Catholicisme: hier, aujourd'hui, demain*, Paris, 1952, coll. 1430 ss.

²³ J. RATZINGER e P. FLORES D'ARCAIS, *Controversia su Dio e sulla Chiesa, sull'etica, la politica e la laicità*, ebook di "La Biblioteca di Repubblica", 2011, EAN 9788888240220

²⁴ L. NAVARRO, *La Santa Sede e la libertà religiosa. Interventi presso la Commissione dei diritti dell'uomo (1983-1993)*, in «Ius Ecclesiae» (1995) 721 ss.

come questa difficoltà della Chiesa nel leggere e interpretare correttamente ciò che di nuovo porta con sé l'evoluzione umana, e con essa l'evoluzione del diritto e delle scienze giuridiche, costituisca una cesura con quella cultura laica che è più incline ad accogliere (spesso troppo, e acriticamente) i movimenti della realtà e le nuove esigenze individuali e sociali che emergono dall'innovazione,

Comunque, possiamo oggi convenire che stanno svanendo i fantasmi del passato, le asprezze della secolarizzazione, il complesso vittimistico delle Chiese, mentre si estinguono progressivamente conflitti, errori e meschinerie dell'Ottocento. La libertà religiosa è attualmente un diritto universale, diviene strumento di liberazione da dogmatismi e pregiudizi; costituzioni e Carte dei diritti umani prefigurano una nuova forma storica di *Stato laico sociale* che si afferma un po' dovunque, diviene quasi il simbolo della nuova pacificazione tra Stato e Chiesa. Lo *Stato laico sociale* del secondo Novecento non teme i Concordati perché li riforma, ne stipula di nuovi, cerca di evitare il risorgere della c.d. *memoria del conflitto*²⁵; neanche teme il separatismo perché questo ha abbandonato le vecchie ostilità. Infine, anche le Chiese e le religioni si evolvono, dismettono disegni egemonici, dialogano tra loro, rivedono la tendenza dogmatica che le rendeva ostili al nuovo. Di qui una libertà religiosa assicurata da uno *Stato laico* che riscopre di avere un'anima, dà luogo, nella diversità di tradizioni, quasi ad una legislazione ecclesiastica comune per l'intera Europa. Diritti umani e *Stato laico* sono l'Editto di Costantino del Novecento, voltano pagina rispetto al passato, promettono libertà ed integrazione, collaborazione ed eguaglianza per i credenti di tutte le fedi.

Quasi non c'è Paese in cui una religione si trovi in condizione d'inferiorità rispetto alle altre, mentre diritto comune, concordati o accordi con Chiese, riconoscono libertà di organizzazione delle confessioni, di nomina del clero e dei religiosi, il segreto per i ministri di culto. L'insegnamento religioso nella scuola pubblica è garantito dal diritto comune in quasi tutta l'Europa e l'Occidente, così come il sostegno alle scuole private è assicurato dappertutto, persino in Francia dove la *laïcité* ha attenuato il volto arcigno delle origini²⁶. Un libro di speciale interesse, della Prof.ssa Rita Benigni, sta per uscire in questi giorni, per i tipi di Giappichelli, su "educazione e religione nell'Europa della modernità": vi

²⁵ Può definirsi come *memoria del conflitto* l'atteggiamento di coloro che pensano ed agiscono come se l'Italia e l'Europa si trovassero ancora nell'Ottocento, e le relazioni tra Stato e Chiesa fossero le stesse che divisero allora la cultura e la politica.

²⁶ Sull'argomento, cfr. R. BENIGNI, *Educazione e formazione religiosa nella modernità europea*, Torino 2017. Il testo illustra, in un orizzonte europeo, l'evoluzione che il grande conflitto tra Stato e Chiesa in materia scolastica, ha attraversato e vissuto sino ad oggi, facendo intravedere una possibile, ulteriore, evoluzione del modo d'essere delle istituzioni scolastiche confessionali, nonché dei metodi d'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche.

si ripercorre il lungo itinerario di conflitti, compromessi, rasserenamento, infine di pacificazione, realizzato negli ultimi due secoli compiuto sulla questione scolastica. Scompare, infine, il *buco nero* dei Paesi ex comunisti, nei quali si restituisce alle Chiese parte delle proprietà confiscate, le confessioni ricevono sostegni per servizi, scuole private, la formazione del clero. L'Ortodossia ritrova il posto che le spetta per lo speciale rapporto con la popolazione e le istituzioni pubbliche²⁷.

A questo punto, laicità, libertà religiosa, secolarizzazione, riforma della Chiesa, e del diritto canonico, si mischiano in un caleidoscopio nel quale i giudizi e le composizioni e ricomposizioni sono pressoché infinite, e di alcune di queste si darà conto nella Relazione. E ci soffermeremo sulla *neo-secolarizzazione* che si va riversando sul mondo contemporaneo, della cui entità non siamo del tutto consapevoli. Tanto profonda è la spinta secolarista che qualche Chiesa cristiana, che ha resistito alla secolarizzazione illuminista, sembra oggi incredibilmente ammalata dalle tentazioni della *globalizzazione* (nuovo etimo del secolarismo) che turbano, offendono e scandalizzano, perfino settori non secondari della cultura laica, nient'affatto religiosa ma attenta a valori primari che hanno costruito la civiltà occidentale nel rapporto tra Atene, Roma e Gerusalemme, ancora oggi considerato *l'orizzonte degli eventi possibili*²⁸.

3. TRAMONTO DELLA 'PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI'. CRISI DEI DIRITTI UMANI

In effetti, muovendo dallo *spaesamento* provocato dalla *globalizzazione*, possiamo esprimere una sensazione che è venuta crescendo nel profondo della nostra coscienza. Avvertiamo che *sta avvenendo qualcosa che è più grande di noi, rispetto al passato, che sta annientando quel continuum storico culturale dal quale non riusciamo a staccarci e che pure, sempre forse, già non esiste più*. Noi utilizziamo ancora concetti, paradigmi, principi, che non hanno più il significato d'un tempo, e ribaltano l'intero orizzonte giuridico della tradizione romanista, illuminista, modernista. Guardiamo a qualche smottamento che si realizza davanti a noi e che può sembrare limitato a piccoli dettagli, mentre produce un'autentica opera distruttiva

²⁷ Sull'argomento, ampiamente, AA.Vv., *Diritto e religione nell'Europa post-comunista*, Bologna 2004. La forma più diffusa nei Paesi dell'Est europeo è quella del sostegno diretto dello Stato a favore delle Chiese, delle loro strutture ed attività. In Romania il finanziamento è proporzionale al numero dei fedeli di ciascuna confessione e comprende le spese per l'insegnamento religioso negli istituti di superiori ortodossi, oltre che gli stipendi e le pensioni di preti, prelati e diaconi. Cfr. R. E. IORDACHÉ, *Chiesa e Stato in Romania*, ivi, p. 330 ss.

²⁸ E. W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Brescia, 2006.

del diritto, per come l'abbiamo conosciuto nel corso del tempo. Se il secolo dei lumi chiedeva alla ragione di elaborare i fondamenti del diritto e della sua etica, e garantiva sulla capacità razionale di elaborare leggi giuste, oggi la scienza ha preso il posto della ragione, perché "solo la scienza può aiutarci a rispondere ai dilemmi morali"²⁹. Di più, anziché essere il diritto a migliorare l'uomo, ora è l'uomo che cambia per fattori esterni: "abbiamo modificato così radicalmente il nostro ambiente che ora dobbiamo modificare noi stessi per esistere nel nuovo contesto. Non possiamo più vivere in quello precedente"³⁰.

Noi già conosciamo le "memorie del conflitto", con riferimento ai "valori meta positivi ai quali rinvia la Costituzione", che oggi si afferma fungano da "misura assiologica di controllo del diritto positivo"³¹. Ma oggi la posta in gioco è cambiata, ha in palio addirittura la fine della storia giuridica: non apocalittica, ma globale e locale³². L'inizio di questo processo – ma ancora in positivo – è stato quello della fine di un diritto non più fondato sulla terra, la localizzazione, insomma erede dello *Ius Publicum Europaeum* di matrice cristiana, bensì costruito sulle libertà, i diritti umani e le autonomie³³: insomma il passaggio ad un "diritto sconfinato"³⁴. Sia pure in modo impercettibile, si avverte che il passaggio decisivo è quello del neocostituzionalismo, basato sulla "aspirazione a sollecitare al massimo l'implementazione dei diritti umani"³⁵. Forse per la prima volta s'intuisce che ad essere chiamati in causa sono proprio quei *diritti umani* che abbiamo visto essere l'approdo più positivo della modernità conflittuale, e sono chiamati in causa in un'ottica che a stento si sarebbe immaginata solo pochi anni addietro. I giuristi più favorevoli alla svolta storica dei diritti umani, stanno cambiando linguaggio, e parlano ormai in modo esplicito di una prassi che sta portando al *superamento dei diritti umani, attraverso il loro stressamento*: con una formula originale, Giovanni Maria Flick, parla di "una vera e propria *frenesia di aggiornamento dei diritti umani*".

Osserviamo da vicino questo processo che investe i diritti umani perché per una certa fase non sembra segnato da un'evidente patologia, ma quando questa si manifesta il sistema stesso sembra soffrirne in modo irreversibile. Il processo,

²⁹ Cfr. S. HARRIS, *Il Paesaggio morale. Come la scienza determina i valori umani*, Torino 2012.

³⁰ Norbert Wiener, cit da P. CAPPELLINI, *Società postmortale e derive biogiuridiche*, cit., p. 99.

³¹ L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, pp. 57-58. Cfr. P. CAPPELLINI, *Società postmortale e derive biogiuridiche*, cit., p. 99-100.

³² Ivi, p. 100.

³³ *Ibidem*.

³⁴ M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006.

³⁵ T. FRANZA, *Il Neocostituzionalismo e l'ipotesi della dichiarazione d'incostituzionalità di norme costituzionali*, cit. in P. CAPPELLINI, *op-ult.cit.*, p. 102.

inizialmente, porta alla moltiplicazione dei diritti umani, al potenziamento dei diritti sanciti dalle Costituzioni, dalle Carte internazionali del Novecento: ma poi dalla moltiplicazione si passa alla crescita senza fine, a una sorta di elefantiasi nella quale il concetto stesso di *diritti umani* si corrompe. Quando ci si accorge del fenomeno degenerativo, è ormai tardi: dai diritti fondamentali si passa a quelli secondari, poi a quelli microscopici o infinitesimali, infine ci troviamo immersi in vera “guerra dei diritti contro altri diritti”, perché il contenitore non riesce a tenere insieme le numerose, contraddittorie, stravaganti, enunciazioni dei diritti. Un nuovo diritto configge con altri, ma il legislatore anziché procedere al loro raccordo, compie lo strappo definitivo: i diritti individuali prevalgono sul resto, sui doveri, obblighi, principi fondamentali, assurgono come guglie e cuspidi che crescono solo in verticale e fanno il deserto attorno a sé.

Molto è distrutto da queste guglie, affilatissime e totalitarie: principi costituzionali fondamentali, ciò che è coesistente alla natura umana (prima ancora della morale naturale), perché la “natura” non esiste più ma è il frutto di una costruzione culturale, che può permettersi di negare lo stesso lessico della natura. Resta, per il momento, un pudore residuo: non si ha il coraggio di cambiare il testo delle Carte dei diritti, si fa convivere il vecchio col nuovo, e si lascia che gli interpreti dicano quello che vogliono in una sorte di *torre di Babele ermeneutica* nella quale ciascuno va per conto suo, dice ciò crede, anche se gli altri non lo capiscono.

Si comprende a questo punto perché, prima s’è parlato dell’era dei diritti come dell’approdo più prezioso del “secolarismo cristiano” (nel senso indicato da Paolo VI), mentre oggi dobbiamo invertire di nuovo l’etimologia, parlare di una nuova *secolarizzazione distruttiva* che fa intravedere la *fine dell’era dei diritti umani*, a così poca distanza dalla sua affermazione, convenzionalmente indicata nel 1948, per la Dichiarazione Universale dell’ONU. Un segnale, in apparenza minore, in realtà relevantissimo, viene dall’esaurimento – una sorta di estinzione per consunzione, cioè senza combattimento – della teoria della *pluralità degli ordinamenti*, che pure ha costituito un *focus valoriale e scientifico* della cultura giuridica del Novecento, esaltata e diffusa da Santi Romano in Italia e Europa³⁶. L’impostazione pluralista degli ordinamenti giuridici, oltre la specifica fecondità che ha dimostrato nel pensiero giuridico, ha salvaguardato fondamentali spazi di libertà pur nella fase totalitaria, culturalmente traballante, della nostra storia.

³⁶ S. BERLINGÒ ha osservato acutamente che, anche quando la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici era culturalmente prevalente, “non sempre ha agevolato la percezione della profonda differenza dei rapporti che intercorrono fra ordini distinti ma dello stesso tipo ed ordini di tipo tra loro diverso e irriducibile” (*Nel silenzio del diritto. Reminiscenze canonistiche*, Bologna 2015, p. 345)

Ed ha giovato a definire, sviluppare, il rapporto del diritto canonico con le altre scienze giuridiche, al punto di contribuire a elaborare la Costituzione italiana con il suo affresco pluralista, religioso e ideologico, ancora oggi fondamento della nostra realtà socio-giuridica. Eppure, la fine, anche se non dichiarata, della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, si sta rivelando assai più satura di conseguenze di quanto potessimo immaginare. È di speciale interesse, perché risalente al passato, l'interpretazione che Ferdinand Tönnies offre della *secolarizzazione*, che segnerebbe il passaggio da aggregazioni fondate sullo *status* della persona e dei gruppi sociali ad altre che si plasmano secondo la *dinamica della negoziazione*. Non casualmente, l'Autore distingue la *comunità* nella quale prevalgono relazioni fondate su valori da promuovere dalla *società* nella quale i valori si diluiscono in interessi da contrattare di volta in volta tra i consociati³⁷. Da parte sua, René Girard ha segnalato uno degli esiti più disastrosi della caduta del principio comunitario, perché l'indebolimento delle appartenenze comporta l'atomizzazione sociale che induce gli individui a vivere conflitti nei quali si riaffermano i valori su cui si basavano appartenenze violate³⁸. Siamo così venuti a parlare di *valori*, e ciò ci induce a scavare ulteriormente nel processo di *secolarizzazione* più recente per scorgere conseguenze neanche pensabili quando nasce la prima secolarizzazione, oggi confusa con la realtà della *globalizzazione*³⁹.

4. SECULARIZZAZIONE DEI VALORI. IL DIRITTO PROCEDURALE, LA FINE DELL'ETICA

Guardiamo ora alla secolarizzazione non più dal punto di vista dei rapporti con la religione, ma da un'angolazione più sottile, meno visibile, che coinvolge quell'intreccio tra antropologia, scienza, diritto, che determina scelte essenziali della vita umana, famiglia, procreazione, fasi iniziali e terminali dell'esistenza. Il conflitto tra concezioni antropologiche determina quasi una frattura coscienziale che interroga la persona nelle sue più intime convinzioni: le divergenze riguardano l'istituto del matrimonio, esteso ad ogni tipo di convivenza, come una porta girevole nella quale tutti entrano ed escono quando vogliono, fino

³⁷ F. TÖNNIES, *Comunità e società*, 1887, trad. it., Milano 1963. Con un linguaggio che precorre i tempi, l'Autore vede l'uomo moderno che vive isolato ed estraniato dagli altri, pressato da interessi ed egoismi tra i quali è ad un certo punto difficile trovare una composizione valoriale.

³⁸ R. GIRARD, *Menzogna romantica e verità romanzesca*, trad. ut., Milano 1965. Sull'argomento S. BERLINGÒ, *Nel silenzio del diritto. Reminiscenze canonistiche*, cit., p. 167 ss.

³⁹ Per una riflessione sistemica sul rapporto tra diritti umani e ordinamento canonico, cfr. G. DALLA TORRE, *I diritti umani nell'ordinamento della Chiesa*, Roma 1982.

alla previsione dell'adozione per le coppie non eterosessuali⁴⁰, la procreazione realizzata fuori dell'alveo naturale, in diverse varianti, persino con l'appalto del corpo femminile. Sul versante della sofferenza, si afferma il principio per il quale la vita merita tutela se risulta gratificante per l'individuo⁴¹, mentre le patologie terminali, o connesse a handicap o malattie croniche, sono passività da rifiutare, se possibile espungere radicalmente⁴².

Senza entrare nel merito delle specifiche tematiche, si può constatare che l'antropologia individualista provoca conseguenze decisive su una delle domande determinanti della vita umana. Essa pone al centro dei diritti umani la volontà e la sovranità dell'Io⁴³, rivendica (scorrettamente) immediata filiazione dal pensiero moderno, afferma che il *politeismo etico* non è che l'altra faccia del *politeismo religioso* già realizzato dall'Illuminismo. Il punto teorico è preciso, trasfigura nuovamente il concetto di laicità, perché per H. T. Hengelhardt, "il presupposto politeistico è inevitabile. Il politeismo della post-modernità è il riconoscimento della radicale pluralità delle visioni morali e metafisiche"⁴⁴. Il pluralismo etico è sinonimo del pluralismo religioso che si è "affermato con la Riforma. Come oggi ammettiamo e rispettiamo le varie confessioni religiose (...), così dobbiamo riconoscere le varie moralità che si affiancano o sostituiscono la fede religiosa"⁴⁵. All'etica deve allora applicarsi il principio di

⁴⁰ Per un eccesso individualista si rinvia a J. ATTALI il quale pronostica come imminente il declino della famiglia monogamica, perché essa "è in realtà solo un'utile convenzione sociale". Cfr. sull'argomento J. ATTALI, *Amours: histoires des relations entre les hommes et les femmes*, Paris, 2007.

⁴¹ Il caso estremo è quello di P. SINGER, per il quale "il fatto che un essere sia un essere umano, nel senso che è membro della specie *Homo sapiens*, non è rilevante per l'immoralità dell'ucciderlo; a fare la differenza sono le caratteristiche quali la razionalità, l'autonomia e l'autocoscienza. I neonati non posseggono queste caratteristiche. Ucciderli, dunque, non può essere considerato equivalente a uccidere esseri umani adulti". Aggiunge che un feto è soltanto vita "in potenza", non può avere gli stessi diritti di un essere vitale in atto: "Il principe Carlo è un potenziale re d'Inghilterra, ma non ha i diritti di un re. Perché mai una persona solo potenziale dovrebbe avere i diritti di una persona?" (*Scritti su una vita etica* (2002), Milano 2004, p. 205 e p. 218).

⁴² Sull'argomento, cfr. C. CARDIA, *Le sfide della laicità*, Cinisello Balsamo, 2007, pp. 110 ss.

⁴³ Alcuni teorici del relativismo estremo intuiscono il disastro etico cui si può giungere. Per H. T. HENGELHARDT "se non è possibile giustificare una particolare morale, allora non si può giustificare nessuna accusa di immoralità. Tutto sembra divenire questione di gusto. Se non si riesce a dimostrare l'immoralità di certe linee di condotta, allora l'assistenza sanitaria di Albert Schweitzer e quella prestata nei campi di concentramento nazisti saranno ugualmente difendibili (...); il comportamento degli individui moralmente repellenti sarà giustificabile o ingiustificabile né più né meno di quello dei santi: siamo nell'ordine del nichilismo" (*Manuale di bioetica*, Milano 1999, p. 95).

⁴⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁴⁵ M. MORI, *Bioetica. Dieci temi per capire e discutere*, Milano 2002, p. 22.

neutralità perché, come lo Stato non ha competenze religiose, neanche la legge può interferire in tutto ciò che riguarda le scelte morali⁴⁶.

Qui si scorge la falsità della presunta filiazione illuministica della filosofia neo-nichilista. Dal momento che i contenuti dell'individualismo estremo non possono vantare alcun apparentamento con il pensiero liberale e razionalista, le cui impostazioni etiche sono di un rigorismo opposto al permissivismo contemporaneo. Si pensi al giusnaturalismo classico, a Immanuel Kant, ai padri del liberalismo ottocentesco, legati ai valori della famiglia, a principi etici necessari ai buoni cittadini, ai doveri di solidarietà che favoriscono la coesione sociale⁴⁷. Confrontiamo con questa cultura la teoria della 'non-verità dell'etica', sostenuta da Umberto Scalpelli: "Nell'etica non c'è verità. I valori di vero e di falso convergono alle proposizioni del discorso descrittivo-esplicativo; né un'etica può dirsi vera perché derivabile, come da assiomi, da principi auto evidenti"⁴⁸. Due mondi opposti, due universi che non possono incontrarsi. Le derive individualiste comportano anche il naufragio per le culture solidariste della modernità, quando ripropongono a livello etico i sentieri del mercatismo estremo, non privo di tratti malthusiani. Considerare il figlio come oggetto del desiderio che si può avere, comprare, lo rende una variabile indipendente di rapporti disumanizzati, per i quali si contratta nei mercati della maternità surrogata, nei laboratori scientifici privi di controllo che si attrezzano in alcune parti del mondo. L'attivazione di cliniche che danno la morte su richiesta, per evitare le sofferenze, offrendo la soluzione più facile a chi rifiuta la vita, sceglie la solitudine piena, provoca così nuove forme di "sfruttamento dell'uomo sull'uomo", uso mercificato della persona, selezione delle vite come scarto di produzione⁴⁹. Il tentativo di coniugare relativismo e laicità dello Stato nasconde l'obiettivo non più di *delegittimare* la presenza della religione nello spazio pubblico – obiettivo conseguito ampiamente nell'epoca della secolarizzazione – bensì di desertificare *l'habitat coscienziale da ogni formazione morale*.

Una volta cancellato il confine tra etica e diritto, ed eliminata la dialettica tra diritto e giustizia (tranne che in termini economicistici) ci si inibisce perfino

⁴⁶ Estremizzando ulteriormente, M. CHARLESWORTH ritiene che "almeno idealmente, i membri della società devono essere d'accordo sul fatto che la libertà individuale o l'autonomia costituiscono il valore supremo (...). Un accordo sul valore supremo dell'autonomia è esattamente un accordo sul disaccordo in merito a posizioni morali reali e partigiane. In questo caso è una posizione meta-partigiana" (*L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, Roma 1966 p. 10).

⁴⁷ V. J. RAWLS, *Kantian constructivism in moral theory*, in «Journal of Philosophy» 77 (1980) 515 ss.

⁴⁸ U. SCALPELLI, *Bioetica laica*, Milano 1988, p. 227. Scalpelli aggiunge che "l'etica è dunque nei suoi principi arbitraria, ma questo non sta a significare che sia umanamente arbitraria", perché essa si identifica nella "risposta che il singolo dà alla domanda emergente dalla struttura della sua esistenza" (*ibidem*).

⁴⁹ Cfr. D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Roma-Bari 1995.

di concepire una qualche *liaison* tra leggi e fondamento etico, e risulta già tutto scritto l'ultimo tratto di strada verso il diritto procedurale, che non può neanche essere sbarrata dalla garanzia data dalla kelseniana *Grundnorm*, mentre giunge a teorizzare la *neutralità della neutralità*, e sostiene che la legge deve a un certo punto giustificare la propria neutralità di fronte ai consociati⁵⁰. John Rawls formula la più compiuta teoria del liberalismo politico come fonte di una *giustizia procedurale* che garantisca lo scambio di beni e valori tra persone che sono eguali nella sfera pubblica. Lo Stato non deve far nulla per spingere i cittadini ad accettare una particolare concezione (del bene) piuttosto che un'altra, salvo prendere misure per annullare o compensare gli effetti di politiche che eccedano in un senso o nell'altro⁵¹.

Francesco D'Agostino intravede l'esistenza di un rischio presente in questa impostazione, perché "ogni procedura di per se stessa è cieca, se non è innervata da una specifica intenzionalità", l'intenzionalità delle procedure è la stessa giustizia, che "ha il suo fondamento in contesti extra-giuridici, principalmente in quelli dell'etica e della religione"⁵². Infatti, con Charles E. Larmore la posizione si radicalizza del tutto quando nega la possibilità stessa di un'ideale della *vita buona* di Aristotele, perché una "vita piena può essere vissuta in una molteplicità di modi diversi, e tra questi non esiste alcuna gerarchia distinguibile"⁵³.

Nasce una nuova forma di liberalismo, perché: "lo Stato (deve) rimanere neutrale"; esso "non dovrebbe cercare di promuovere alcuna concezione particolare della vita buona per via della sua presunta superiorità intrinseca, vale a dire, perché si suppone che questa sia una concezione più vera". Ne deriva un proceduralismo estremo, privo d'ogni minima ispirazione etica: "Se i liberali rispettano alla lettera lo spirito del liberalismo, devono anche escogitare una giustificazione neutrale della neutralità politica"; devono cioè "escogitare dei principi politici che siano essi stessi neutrali, la giustificazione dei quali, cioè, non richieda l'appello alla concezione del bene in discussione"⁵⁴. Cedendo ad

⁵⁰ Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva de diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013.

⁵¹ J. RAWLS, *Liberalismo politico* (1993), Torino 2012, p. 177. Rawls tenta ancora di difendere la propria concezione di giustizia, sostenendo che la neutralità può "affermare la superiorità di certi tipi di carattere morale e incoraggiare virtù morali"; infatti, "la giustizia come equità, per esempio, è attenta a certe virtù politiche, quelle dell'equa cooperazione sociale, la civiltà, la tolleranza, la ragionevolezza, il senso di equità". ed aggiunge che "le dottrine comprensive vengono incoraggiate o scoraggiate", perché "i modi di vivere a esse associati possono essere direttamente in conflitto con i principi di giustizia; è il caso della schiavitù nell'antica Atene, o nel Sud prima della Guerra civile" (ivi, p. 177, 179).

⁵² F. D'AGOSTINO, *Ius quia justum. Lezioni di filosofia del diritto e della religione*, Torino 2012, p. 57 ss.

⁵³ Ch. E. LARMORE, *Le strutture della complessità morale* (1978), Milano, 1990.

⁵⁴ *Ibidem*.

una involontaria ironia, Larmore ritiene che per lo Stato “alcune concezioni di vita buona saranno più apprezzate di altre”; e questa “è una verità universalmente riconosciuta e, credo, un fatto inevitabile. Quanto meno, chi desidera fare una vita da ladro, non avrà vita facile”⁵⁵.

Tra questi poli si compie il cammino che allontana l'uomo da una visione forte dei diritti, provoca la loro dissoluzione attraverso diverse tappe, alcune proposte con levità da intellettuali di varia estrazione. Conviene richiamare qualche tappa di questa dissoluzione solo per cogliere il significato pratico di un'impostazione che induce alcuni, come prima si riportava, a parlare di distruzione della memoria, e di fine della storia. È emblematica, ancora una volta, la visione libertaria che prefigura la distruzione della famiglia e il trionfo di un edonismo prossimo al libertinismo d'altre epoche. Per Jaques Attali, la famiglia monogamica “è solo un'utile convenzione sociale”; noi stiamo andando verso una concezione radicalmente nuova di relazione sentimentale ed amorosa: “Nulla ci impedisce di innamorarci di più di una persona contemporaneamente. Il fatto di avere più partner e vite multiformi renderà palese l'ipocrisia della società. Ciò non avverrà senza conflitti. Tutte le Chiese cercheranno di impedire una cosa del genere, soprattutto alle donne. Per un po' resisteranno, ma alla fine trionferà la libertà individuale”. Il pensiero di Attali è come il *trait-d'union* tra l'esaltazione teorica della libertà di fare ciò che si vuole e la sua traduzione pratica, che porterà al deserto dei valori etici e dei diritti umani. Colpisce il fatto che, nella sua riflessione, i figli scompaiano, scompare la figura femminile, né si parla dei loro diritti, della dimensione affettiva della persona. Venuto meno il carattere teleologico dell'agire umano, la deriva relativistica prosegue e ferisce l'intima natura relazionale dei rapporti tra persone⁵⁶.

Altre conseguenze seguono a pioggia. Si spezza il rapporto con l'umanesimo occidentale, da Aristotele a San Tommaso, da Montesquieu a Maritain, al diritto si sostituisce il desiderio, poi la “pretesa”, fino a sfociare nella guerra tra diritti a tutto danno dei soggetti che ancora non sanno e non possono difendersi. L'abbandono del concetto di natura umana, confusa con la fisicità, porta alla “rinuncia aprioristica degli impegni ontologici”, soprattutto del valore assoluto della persona che, secondo il pensiero di Jeanne Hersch, sente di avere diritto a qualcosa proprio e solo in quanto è persona, mentre per Giuseppe Capograssi “parlare di diritti dell'uomo significa che esistono diritti che appartengono all'essenza dell'uomo e che sono a lui connaturali, e quindi inalienabili”. Un altro passaggio sta nell'azzeramento del concetto di “dignità umana”, che pure

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Per una rigorosa analisi del processo di azzeramento dell'etica, quale fondamento dei diritti umani, cfr. V. POSSENTI, *Diritti umani. L'età delle pretese*, Soveria Mannelli, 2017.

è a base delle prime Dichiarazioni e Convenzioni internazionali. All'universalità della dignità umana si sostituisce un nuovo paradigma. L'autodeterminazione assoluta dell'uomo segna, con le parole di Felice Balbo, "l'ora di Barabba" nella storia, "intimamente connessa con la superba deificazione dell'immanenza". Oggi, l'immanenza deificata si chiama "la divina autonomia dell'uomo", tutti i diritti si riducono a uno solo, "quello dell'autodeterminazione", che non conosce confini, perché la trascendenza è stracciata dai secolarismi, non esistono doveri verso gli altri, anzi non esistono più gli altri: ognuno vuole realizzarsi appieno, come un "uomo aumentato" che innesta nel paniere dei diritti ogni desiderio, ambizione, pretesa⁵⁷.

Come può reggere il sistema dei diritti umani? Infatti, non regge, e Danilo Zolo contesta "la tesi del fondamento filosofico e della universalità normativa dei diritti dell'uomo" perché essa altro non è che "un postulato dogmatico (...) che manca di conferma sul piano teorico"; il consenso che i diritti umani ottengono nel mondo "non giustifica alcuna pretesa universalistica ed alcuna intrusività missionaria". Ridotti a merce dell'Occidente, i diritti subiscono un'ulteriore relativizzazione interna ai nostri territori, che falciava i valori più alti costruiti dall'umanesimo, il rispetto degli altri, la solidarietà, la difesa dei più deboli, a cominciare da chi nasce e non può difendersi dal dominio degli adulti e delle loro pretese. Si legittima così l'eterologa, senza mai chiedersi se per il donatore non viga più alcun principio di responsabilità, se il figlio non abbia il diritto di conoscere il genitore naturale, che invece rimane nascosto per il resto dei suoi giorni. Si ammette la filiazione per due persone che abbiano lo stesso sesso, senza chiedersi se il figlio non abbia il diritto naturale di avere un padre e una madre per ragioni morali, fisiche, psicologiche, sociali, conosciute da tutti. Si accetta perfino il ricorso alla maternità surrogata per dare dei figli a chi non può averne, anche se dello stesso sesso, perché se nell'etica non c'è verità si può cancellare il cammino moderno di emancipazione della donna: si può sfruttare il suo corpo, farne commercio secondo convenienza, e strumento per soddisfare desideri altrui, nasconderla al figlio che partorisce e nascondere lei al figlio nato per tutta la vita.

C'è qualcuno che ha colto questa volontà distruttrice, soprattutto quando un intellettuale (a modo suo coerente) ha dichiarato che per la difesa dei diritti delle donne (che vengono da altre regioni e religioni del mondo) sui nostri territori noi non possiamo intervenire, dobbiamo lasciare che siano esse ad organizzarsi per rivendicare le proprie esigenze. Almeno questa follia s'è meritata la risposta, tagliente e insuperabile, di Luigi Ferrajoli, per il quale

⁵⁷ V. F. FURET, *Penser le XXè siècle*, Paris 2007.

“sarebbe un segno di eurocentrismo” negare i diritti umani “a quanti hanno la ventura di appartenere a popoli che non hanno compiuto il nostro percorso storico”. In questo modo, infatti, “le donne afghane dovrebbero attendere, per la liberazione, che padri e mariti compiano la loro ‘rivoluzione francese’”.

5. IL DECLINO DEL FONDAMENTO ETICO DELLE LEGGI. DIRITTO CANONICO REALTÀ ALIENA

Si può tornare ora al Diritto canonico, e chiedersi: è possibile che questa *palingenesi* culturale e giuridica non influisca sul modo d'essere, e di collocarsi, del diritto canonico nell'orizzonte del diritto dello Stato, delle leggi moderne per come si vanno modificando? È possibile che la fine, proclamata e praticata, dell'etica non incida sulla considerazione che i giuristi vanno elaborando del diritto canonico, dal momento che a fondamento di questo è una complessa base valoriale⁵⁸ che ne costituisce la più intima identità? È possibile, ancora, che la crisi definitiva del sistema dei diritti umani, nel senso della prevalenza dell'egoismo sulla solidarietà, non incrina la considerazione di cui gode il diritto della Chiesa?

Noi avvertiamo che ciò non è possibile, che queste patologie che si vanno estendendo, sono in grado di influenzare le relazioni tra i due ordinamenti, fino a provocare un'originale secolarizzazione dello stesso diritto della Chiesa. Ma possiamo dare delle risposte solo esaminando più da vicino il nuovo ordine legale, collegandolo all'esperienza quotidiana⁵⁹. Dobbiamo prendere coscienza del fatto che oggi si va affermando un *sovranoismo statuale* di natura diversa rispetto al passato. Esso non consiste più nell'esercizio di un potere senza limiti su soggetti privi di garanzie, bensì, in modo più sottile, nell'appropriarsi da parte dello Stato di una competenza su tematiche ed ambiti della vita individuale collettiva, che da sempre gli era sottratta. E nella pretesa di frantumare il mondo che ruota attorno a questi soggetti, nonché *l'humus* che un tempo costituiva la loro intima essenza. Lo Stato torna ad essere uno Stato ideologico, che elabora una propria concezione antropologica per poi imporla come *ideologia sovranista*.

Ripercorriamo qualche tratto di questa antropologia di Stato. Iniziamo da quel passaggio che, nello spazio di pochi anni, la *Corte Europea dei Diritti Umani* (CEDU) di Strasburgo compie per superare le colonne d'Ercole del diritto conosciuto, approdare al nuovo concetto di matrimonio, che non si fonda più

⁵⁸ Sull'argomento, G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Bologna 2002; G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico*, Torino 2014.

⁵⁹ H. LÜBBE, *Secolarizzazione. Storia ed analisi di un concetto*, trad. it., Bologna 1970.

sulla diversità di sesso in vista della procreazione, ma può unire una coppia omosex. Ciò avviene nonostante esista un ostacolo insormontabile, diretto, nell'articolo 12 della *Convenzione Europea* del 1950 che riconosce il diritto di sposarsi per *uomini e donne*. Per la Corte, l'articolo 12 esclude l'obbligo per gli Stati di riconoscere il matrimonio omosex, però l'articolo 8 della Convenzione tutelerebbe altri tipi di famiglia, tra cui quelle omosessuali, quindi le legislazioni statali possono evolvere in questa direzione⁶⁰. Le leggi nazionali, per una sorta di partenogenesi all'incontrario, creano un nuovo diritto inesistente che entra in conflitto con gli altri, negandoli e distruggendoli. Si cambia lessico alla famiglia, senza che nessuno l'abbia mai autorizzato, utilizzando fonti secondarie del diritto, Regolamenti, Circolari, decisioni di organi scolastici che giungono a risultati esilaranti, se non fossero drammatiche: i coniugi non si chiamano più marito e moglie, perché non lo sono nei fatti, nascono sigle ricognitive astratte, si pongono problemi per i rapporti di affinità, cognato, cognata, nuora, genero⁶¹.

A seguire, come in una filiera sin qui sconosciuta, vengono sacrificati altri diritti, individuali e/o collettivi. Viene meno il diritto di conoscere i propri genitori, presupposto degli altri diritti del nascituro: d'essere allevato, educato, tutelato, nella famiglia propria. Si tratta, del c.d. "diritto alla verità", teorizzato di recente e riproposto in un ampio orizzonte da Stefano Rodotà, in relazione a fatti storici ed a drammatiche violenze politiche. Si afferma "l'inalienabile diritto di conoscere la verità sui fatti passati e sulle circostanze e le ragioni che, attraverso gravi violazioni di diritti umani, hanno portato a commettere crimini aberranti"⁶². Finalizzato a ridare dignità alle vittime dei soprusi, a evitare che questi si ripetano, il diritto alla verità si dispiega su vari temi, anche se c'è chi al contrario ritiene che "l'addio alla verità è l'inizio e la base della democrazia"⁶³, e che spesso i fatti sono "oscuri, controversi, costruiti"⁶⁴. Hannah Arendt ha parlato della "dittatura della verità"⁶⁵, che in effetti ha indotto a prevedere nuove fattispecie penali per chi sostenga tesi storiche diverse; e c'è chi al diritto

⁶⁰ CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, sezione prima, sentenza 24 giugno 2010, n. 30141/04, Schalk e Kopf c. Austria.

⁶¹ Molteplici sono le varianti del linguaggio in tema di matrimonio e famiglia. Nel Quebec il genitore è definito "fornitore di materiale genetico" (art. 538 Codice Civile). In Spagna si è scelto di qualificare i due soggetti "genitore 1" e "genitore 2". In Argentina i termini marito e moglie sono stati sostituiti con quello di "contraenti". Sull'argomento, T. ANATRELLA, *La teoria del gender e l'origine dell'omosessualità*, Cinisello Balsamo 2012, p. 40 ss.; ID., *Il regno di Narciso: una società a rischio di fronte alla differenza sessuale negata*, Cinisello Balsamo, 2014.

⁶² J. JOINET, *Question from the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*, United Nations Documents, E/CN. 4/Sub. 2/1997/20Rev. 1, 2 ottobre 1997.

⁶³ G. VATTIMO, *L'addio alla verità*, Roma 2009, p. 16.

⁶⁴ F. D'AGOSTINO, *Introduzione alla verità*, Torino 2011.

⁶⁵ H. ARENDT, *Verità e politica* (1967), Torino 2004, trad. di V. SORRENTINO.

alla verità oppone il dovere dell'oblio per favorire la pacificazione, sopire il desiderio di vendetta, evitare che emerga solo la "verità dei vincitori", a danno di quella, pur parziale, dei vinti⁶⁶.

Eppure, proprio nell'epoca del trionfo della scienza, il diritto alla verità d'un tratto scompare quando ci accostiamo al suo contenuto più intimo, quando si tratta di tutelare il diritto personalissimo di chi nasce a conoscere i genitori, ad avere contezza dei tratti genetici della propria struttura fisica e psichica. Un diritto che non ha tecnicamente relazione con dottrine religiose, non è ascrivibile al principio di laicità, ma chiama in causa valori insiti nell'umanità di ciascuno. La sua negazione finisce coll'inventare rapporti familiari artificiali (eterologa, maternità surrogata, adozioni omosex), con alla base il diritto all'anonimato dei donatori, cancellando il diritto dei figli a conoscere le proprie origini. La scelta è contraria ai principi delle moderne legislazioni familiari, alle Carte dei diritti, perché il diritto a conoscere i genitori è insopprimibile, fondato sull'esigenza di conoscere il necessario per compiere nel corso della vita scelte personali consapevoli in ambito sanitario, matrimoniale. La legge stabilisce in alcuni Stati, il diritto all'anonimato, ma questo confligge con altri diritti, oscura il legame con il flusso generazionale di ciascuno di noi, ruba l'identità naturale.

Il terreno dell'irresponsabilità si allarga. Il donatore scopre di essere legalmente esentato dai suoi doveri, ma ha timore di doverne rispondere per il futuro, perché un giorno i figli potrebbero rivendicare il proprio *status*. In dottrina si ammette la rilevanza del problema, ed alcuni Autori lo risolvono negando in radice i diritti dei figli, giustificando la polimorfia fecondativa e procreativa. Per Gilda Ferrando: "A livello di principi generali non esiste un "diritto del figlio" a una famiglia ideale, piuttosto un diritto del figlio alla famiglia che la vita gli ha dato"⁶⁷. Però, con questa impostazione il diritto si trasforma in un dovere di accettare ciò che altri decidono per il futuro di chi nasce. Eugenio Lecaldano va oltre: "Perché mai dovremmo dogmaticamente assumere che la nozione psicologica di Io o identità personale esige che si conosca il proprio padre e madre, il luogo ed anno di nascita, i propri familiari?"⁶⁸. Già, perché; forse perché quel diritto è iscritto nella mente e nel corpo di chi nasce, ed è continuamente rivendicato, perché la realtà si ribella al negazionismo. Lo fa già oggi con piccole "anagrafi private" che sorgono qua e là per individuare

⁶⁶ Celebre il "decreto dell'oblio" del 403 a.C. di Trasibulo dopo la tirannia dei Trenta: "nessuno aveva più diritto di 'ricordare' a qualcun altro il 'male' (...) ricevuto di cui lo riteneva responsabile. La rappacificazione passava attraverso l'esplicito divieto di ricordare" (M. BETTINI, *Sul perdono storico. Dono, identità, memoria ed oblio*, in M. FLORES (a cura di), *Storia, verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, Milano 2004, p. 39).

⁶⁷ G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Milano 1999, p. 333.

⁶⁸ E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari 2004, p. 241.

i genitori naturali; lo fa, curiosamente, con interviste di donatori che hanno dichiarato il proprio disagio nell'aver preso coscienza di avere diversi figli sparsi per il territorio, affermando che se tornassero indietro non farebbero le scelte di un tempo⁶⁹.

Da alcune trasmutazioni specifiche, si passa ad accettare filosofie che non dovrebbero sfiorare l'orizzonte del diritto. Il matrimonio vive la trasmutazione genetica con il processo di astrazione dell'ideologia di *gender*⁷⁰, per la quale l'identità della persona non coincide con i caratteri biologici di uomo e donna, è frutto di scelte culturali variabili⁷¹. Si parla di *tendenze sessuali* alle quali vanno riconosciuti nuovi diritti, e di ulteriori prerogative per le situazioni che vengano a crearsi: "L'idea di genere (non è) più legata al concetto di identità sessuale fisiologicamente determinata, bensì rappresenta un *continuum* ai cui estremi si pongono i concetti culturali di maschio e femmina, ed ogni persona può rivendicare il diritto di collocarsi in un qualsiasi punto intermedio di tale continuità: omosessuale, transessuale, bisessuale"⁷². Il diritto finisce col negare la sessualità come costitutiva della persona⁷³, perché è elemento facoltativo, cangiante, declassa la complementarietà tra i sessi a favore della piena autonomia delle tendenze sessuali⁷⁴.

La cultura del *gender* ha influenzato in misura crescente la cultura giuridica fino a sottrarre al matrimonio⁷⁵ la complementarietà eterosessuale, adattandolo

⁶⁹ Su cui cfr. A. GEMELLI, *La fecondazione artificiale*, Milano 1949.

⁷⁰ Un primo richiamo ufficiale, alla dinamica di *gender*, si trova nella "Piattaforma d'Azione" della Conferenza di Pechino delle donne del 1995, che invitò i governi a "diffondere l'Agenda di Genere" in ogni programma politico e in ogni istituzione sia pubblica che privata, distinguendo "tra quello che è naturale e biologico da quello che è costruito socialmente e culturalmente, e nel processo rinegoziare il confine tra il naturale – e la sua relativa inflessibilità – e il sociale – e la sua relativa modificabilità". Sulla Conferenza di Pechino, sui suoi preparativi e le sue conclusioni, cfr. D. O'LEARY, *Maschi o femmine? La guerra del genere*, (1997), edizione italiana a cura di D. NEROZZI, S. MANNELLI, 2006.

⁷¹ Per L. PALAZZINI, "sesso indica il fenomeno empirico e la condizione naturale (intesa in senso biologico) della differenza fisica uomo/donna (si parla di differenza sessuale); *gender* indica invece la rappresentazione psicologico-simbolica, il condizionamento sociale e la costruzione storico culturale dell'identità maschile/femminile (a prescindere dalla considerazione della natura)" (*Identità di genere?*, Cinisello Balsamo, 2008, p. 30). Sull'argomento, M. CARTABIA e P. TANZARELLA, *Identità personale e protezione della salute*, in P. GIANNITI (a cura di), *I Diritti fondamentali nell'unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna 2013, pp. 682 ss.

⁷² A. BETTETINI, *Divieto di discriminazioni e tutela del soggetto debole*, *ivi*, p. 656.

⁷³ Sull'argomento, G. TORELLÓ, *Sessualità e persona*, (1995), Milano 1997; F. CRISTOFARI, *Chiavi di lettura del principio famiglia e identità di genere*, Torino 2011.

⁷⁴ Per un'ampia trattazione sull'argomento, cfr. D. O'LEARY, *Maschi o femmine? La guerra del genere*, *cit.*, in specie pp. 85 ss.

⁷⁵ Con una Risoluzione del 16 marzo 2000, il Parlamento Europeo chiede in modo esplicito agli Stati membri "che non vi abbiano ancora provveduto di modificare la propria legislazione al fine

ad ogni relazione interpersonale. Ne deriva “un’indifferenza di genere, il principio della neutralità sessuale (*gender neutralità*), dell’irrelevanza del sesso dei coniugi”⁷⁶, che conduce a realizzare un processo astrattivo unico nel suo genere, in cui si applica il principio di *non discriminazione* alle tendenze sessuali⁷⁷. Dalla non discriminazione scaturisce l’idea di riconoscere a tutti eguali diritti, in tema di matrimonio, filiazione, famiglia: *le mariage pour tous*, è stata di recente la parola d’ordine in Francia. Il salto logico è evidente, perché la non discriminazione implica il rispetto di ciò che si è, mentre si finisce col considerare matrimonio l’unione di persone non legate dall’eterosessualità. Di nuovo, s’inventa un altro lessico. Diritti connessi a una situazione reale (eterosessualità) sono estesi a situazioni diverse: di astrazione in astrazione, si teorizzano “nuovi diritti, mai esplicitati in nessuna carta o dichiarazione scritta di diritti umani”⁷⁸.

Emblematica della metodologia astrattiva, o mitologica, è la sentenza del 1° aprile 2010 della Corte di Strasburgo⁷⁹, il divieto della fecondazione eterologa discrimina fra coppie che hanno problemi di sterilità, viola il diritto alla vita familiare, che è comprensivo del diritto ad avere un figlio. Il passaggio sconvolge il sistema, perché, senza che alcuna norma al mondo l’abbia mai previsto, la Corte decreta che il rispetto della vita privata implichi il diritto ad avere un figlio, anche a prescindere dai presupposti fisiologici necessari, e dai diritti del figlio. Il matrimonio così cambiato è strumento per un altro obiettivo, quello di fruire della filiazione per sé naturalmente inibita a coppie non eterosessuali. Il conflitto di diritti contro diritti assume forma fisica, si perpetua nel futuro delle generazioni perché ai figli viene negato il diritto alla doppia genitorialità, alla complementarietà di psicologie necessaria per la crescita e l’educazione, è imposto il genitore unisex raddoppiato. Si negano alcuni diritti umani dei figli, quello alla maternità e paternità, sostenendo che “l’attitudine alla procreazione (...) si è progressivamente caratterizzata come situazione autonoma”, separata dall’istituto matrimoniale. Eppure la *Convenzione sull’eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna* del 1979 afferma che “la maternità è una funzione sociale, uomini e donne hanno

di riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso; rileva pertanto la necessità di compiere rapidi progressi nell’ambito del riconoscimento reciproco delle varie forme di convivenza legale a carattere coniugale e dei matrimoni legali tra persone dello stesso sesso esistenti nell’UE”.

⁷⁶ A. BETTETINI, *Divieto di discriminazioni e tutela del soggetto debole*, cit., p. 658.

⁷⁷ Sulle tappe evolutive della giurisprudenza europea in materia di famiglia, convivenza, omosessualità, cfr. S. NINAITI, *Famiglia*, in *I diritti fondamentali nell’Unione Europea*, cit., pp. 1010 ss.

⁷⁸ M. CARTABIA, *I “nuovi” diritti*, in AA.Vv. *Le confessioni religiose nel diritto dell’Unione Europea*, Bologna 2012, p. 108.

⁷⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 1° aprile 2010, n. 57813, S.H. ed altri c. Austria.

responsabilità comuni nella cura di allevare i figli ed assicurare il loro sviluppo". Per la *Dichiarazione internazionale dei diritti del fanciullo* del 1959, "il fanciullo deve, per quanto possibile, essere sotto le cure e la responsabilità dei genitori. (...) Salvo circostanze eccezionali, il bambino in tenera età non deve essere separato dalla madre". Ma la legge cancella la doppia figura genitoriale esistente in natura, la madre può non esserci, sono inibite al minore le parole papà e mamma che tutti i bambini del mondo pronunciano, perché in casa queste due persone non ci sono, c'è una sola figura sessuale raddoppiata.

Il diritto alla verità gioca un ruolo cruciale in un'altra manipolazione della genitorialità, la maternità surrogata, al punto tale che è arduo definire una gerarchia di valori coerente con i diritti umani. S'è detto che la maternità delegata, "scongiurato il pericolo della commercializzazione, ripropone la prospettiva del dono che in questo caso, si manifesta più precisamente come "solidarietà" tra donne, in una dimensione procreativa che conserva la sua piena specificità femminile e che trasferisce il corpo dalla logica egoistica a quella altruistica"⁸⁰. Oggi questa tesi è azzerata dai mercati delle maternità, attivi nei Paesi del terzo mondo per soddisfare richieste di coppie dei Paesi sviluppati, o delle classi ricche del luogo. La situazione è così intricata che non si riesce a capire a chi spetti il diritto alla verità, e quali siano i diritti delle parti. Qual è il diritto del figlio che forse non avrà mai piena conoscenza delle proprie origini? Della madre sociale che non vuole consegnare il figlio ai committenti? O di chi ha commissionato il figlio e vanterebbe una genitorialità naturale? La verità in questo conflitto si sfuma, muta col muoversi del caleidoscopio di interessi. Però, il minore si trova sempre all'ultimo posto, oggetto passivo di relazioni altrui, senza garanzie per il futuro.

6. OLTRE LIBERALISMO E MARXISMO. IL NICHILISMO ANTROPOLOGICO

La maternità surrogata è uno degli approdi individualistici che più si collegano a forme di sfruttamento umano già conosciute, e che dovrebbero interrogare le religioni che in passato si erano appiattite sugli interessi delle classi dominanti. Una ricca letteratura francese (e non solo) di sinistra ha denunciato la riattivazione di meccanismi di alienazione tipici dell'epoca proto-industriale. E ha richiamato l'attenzione sul fatto che l'antropologia a-etica legittima oggi nuove forme di alienazione per il corpo della donna, sottoponendolo a servitù che la scienza ha reso possibili. Sylviane Agacinski ha evocato questo profilo

⁸⁰ S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Bologna 1995, p. 161. Cfr. anche L. MURATO, *L'anima del corpo: contro l'utero in affitto*, Brescia 2016.

nel suo testo *Corps en miettes*, pubblicato nel 2009, riedito di recente, ricordando che “les formes de la servitude son multiples, comme celles de l’aliénation ou de la dégradation de la vie”⁸¹. Contro ogni servitù, il pensiero giuridico anti-totalitario ha elaborato il concetto di dignità umana, considerata da oggi “bene inalienabile”, che non può essere violata neanche col consenso dell’interessato. L’Autrice trae da questi valori-base la convinzione che “un bébé ne peut être ni donné, ni vendu”, e le modalità con cui la donna è partecipe di una compra-vendita di bambini sono “formes de servitude qui portent atteinte à la liberté de la personne et à la dignité de son corps”⁸². La maternità surrogata evoca sudditanze di altre epoche, perché oggetto di servitù sono esseri umani, la madre e il bambino, nasconde “aussi une *substitution d’enfant*, puisqu’elle consiste à attribuer à une femme un enfant qui n’est pas le sien”⁸³.

L’analisi svela la disumanizzazione dell’appalto procreativo, perché il bambino confezionato non richiede più la speranza o l’attesa ma soltanto la fabbricazione, nell’ambito di un procedimento antro-po-tecnico per il quale “l’enfant lui-même peut devenir un produit fabriqué au risque d’effacer la différence entre une personne et une chose”⁸⁴. Agacinski critica l’ipocrisia di chi nega che il corpo della donna sia venduto, perché “les jeunes femmes ne sont pas panée pour leurs ovules: on leur offre seulement une “compensation” pour le temps qu’elles ont perdu”⁸⁵. Così descrive l’Autrice il tempo dell’alienazione corporea femminile, anche attraverso le clausole di alcuni contratti USA che prevedono nel dettaglio la vita della madre surrogata: “Elle doit vivre neuf mois, et vingt-quatre heures sur vingt-quatre en faisant abstraction de sa propre existence corporelle et morale”. In questo tempo sospeso tutto è deciso da altri: “Son alimentation, ses activités, son hygiène et, bien sûr, lorsqu’il y a insémination, sa vie sexuelle”⁸⁶. Concludendo, Karl Marx ha impostato l’impegno contro l’alienazione da lavoro, ma oggi “le ventre de la femme dont le ventre est devenu fonctionnel atteint un niveau extrême d’aliénation”, e realizza la previsione di Martin Heidegger per il quale “tout devient matériel de travail, y compris l’homme lui-même”⁸⁷. D’altronde, usando il linguaggio ottocentesco, Kajsja Ekis Ekman parla esplicitamente di un nuovo proletariato femminile dei Paesi poveri a servizio dei padroni dei Paesi ricchi, e delle classi

⁸¹ S. AGACINSKI, *Corps en miettes* (2009), Paris 2014, p. 22.

⁸² Ivi, p. 20.

⁸³ Ivi, p. 28.

⁸⁴ Ivi, p. 45.

⁸⁵ Ivi, p. 57.

⁸⁶ Ivi, p. 93.

⁸⁷ Ivi, p. 96. V. J. SCHASCHING, *La Chiesa e la società industriale*, Roma 1969.

più alte⁸⁸. Oggi, però, lo *Stato sociale* non può permettere che la povertà spinga le donne a procreare figli altrui, subendo una servitù contraria alla dignità umana⁸⁹.

Le teorie del *gender* chiedono nuovi spazi di diffusione e proselitismo, e li cercano nella scuola e nelle sedi deputate alla formazione dell'infanzia; vogliono entrare in competizione in un altro ambito che non è mai stato violato. La funzione educativa e formativa dei genitori ha indubbiamente alimentato importanti dibattiti e qualche contrasto nell'era moderna, ma non è mai stata intaccata dalle società democratiche, anzi è stata difesa e tutelata proprio dal pensiero liberale, che ha promosso la libertà educativa e il pluralismo scolastico, ponendo un nesso ontologico tra i due fattori. Per Carl Wilhelm Humboldt, "una nazione in cui (domini) solo un sistema di educazione, mancherà di quel gioco di forze da cui nasce l'equilibrio"⁹⁰, mentre John Stuart Mill rivolge una critica serrata al modello di "un'educazione di Stato generalizzata", che non sarebbe altro "che un sistema per modellare gli uomini tutti eguali". Invece, "un'educazione istituita e fondata dallo Stato dovrebbe essere, al più, un esperimento in competizione con molti altri, condotto come esempio e stimolo per mantenere un certo livello qualitativo generale"⁹¹. Mill è favorevole all'istruzione obbligatoria per tutti, ma prevede una pluralità di centri educativi per favorire la circolazione delle idee ed il confronto di progetti. Non tutti si sono trovati d'accordo, nell'800 e nel '900, su questi principi, alcuni Paesi europei hanno vissuto la contrapposizione tra "scuola privata" e "scuola pubblica", opponendosi al pensiero liberale, ed alla libertà della scuola. Però, la famiglia è rimasta immune da invadenze e intrusioni dirette. Oggi sta cambiando qualcosa in profondità, su una spinta ideologica che tende a spostare il conflitto, indirizzarlo contro la famiglia, in quanto realtà educativa primaria, sede di *formazione della memoria* della persona⁹².

Anche in questo caso, le Costituzioni contemporanee e le Carte dei diritti umani si muovono in una precisa direzione. La *Convenzione Europea per la*

⁸⁸ Cfr. K. EKIS EKMAN, *L'être et la merchandise. Prostitution, maternité de substitution et dissociation de soi*, (2010), Ville Mont-Royal, 2013, p. 167 ss. Per l'Autrice, "la maternité de substitution peut être appréhendée comme une tentative de régler au moyen de *contrats* le vieux rapport entre le prolétariat et les classes supérieures. En effet, par l'intermédiaire d'un contrat, la relation de pouvoir économique entre les classes supérieures et le prolétariat est "blanchie", elle donne l'impression d'une relation égalitaire ou, comme le formule Wilkinson, d'"una exploitation mutuellement avantageuse" (ivi, p. 167).

⁸⁹ S. AGACINSKU, *La femme outil et l'enfant marchandise*, Paris 2010.

⁹⁰ C.W. HUMBOLDT, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato* (1852), Milano 1965, p. 58.

⁹¹ J. S. MILL, *Saggio sulla libertà* (1858), Milano 1978, p. 39.

⁹² Sull'argomento, P. RICOEUR, *La memoria, la storia, l'oblio*, Milano 2003.

salvaguardia dei Diritti dell'Uomo del 1950 afferma che "lo Stato deve rispettare il diritto dei genitori a provvedere all'educazione e insegnamento secondo le proprie convinzioni". Però, questo principio è interpretato, alla luce del principio di *gender* come un principio regressivo, da abbattere, per rovesciare il rapporto tra realtà formativa naturale della persona e realtà scolastica, che introduce bambini e ragazzi nella conoscenza del mondo, nelle branche del sapere, delle scuole di pensiero dell'evoluzione umana. La strategia di liberismo antropologico avrebbe come punto di forza l'asserzione per la quale i nuovi modelli di relazioni interpersonali sono espressione di libertà, non sono imposti a nessuno: ma questa asserzione è contraddetta in radice perché proprio i modelli plasmati dalla cultura del *gender* sono veicolati nella prima età ai più piccoli in modo tale da non poter essere contraddetti o respinti dai genitori neanche in nome della libertà di educazione⁹³. Si usa, così, la scuola ideologicamente orientata, la scuola-mercato aperta a influenze di gruppi e lobby che occupano spazi di formazione, condizionano le coscienze con *slogan*, concetti travisabili, alimentano conformismi di facile presa⁹⁴. Così, i giovani divengono oggetto di sperimentazioni di laboratorio, e se la famiglia si pone come argine a simili progetti, diviene un ostacolo da emarginare, va sostituita con entità estranee, lontane dalla galassia dell'educazione⁹⁵.

Viene da chiedersi, questo punto, se tutto ciò abbia in qualche modo a che fare col diritto canonico, con il riconoscimento del diritto della Chiesa, e delle Chiese, di governarsi secondo le proprie norme, di agire in coerenza con le proprie idealità e la possibilità di diffondere il proprio messaggio evangelico

⁹³ In Francia Bérénice LEVET ha pubblicato di recente il testo *Le théorie du genre, ou le monde rêvé des anges* (Grasset, 2014), sostenendo che le nuove tendenze nascondono in realtà un tentativo di sradicare la sessualità dal progetto formativo della persona, rendendo tutte le esperienze eguali a se stesse, e negando le differenze naturali che esistono e costituiscono la ricchezza della persona. Paradossalmente, afferma Levet, un progetto del genere assomiglia a quello coltivato in passato da alcuni settori del Cristianesimo, diretto a nascondere il più possibile, e reprimere, la sessualità umana pensando a uomini e donne come a soggetti angelici asessuati. Cfr. anche S. AGACINSKI, *Femmes entre sexe et genre*, Paris 2012.

⁹⁴ D. O'LEARY ritiene che la guerra del genere, se condotta fino in fondo porterà alla negazione dei diritti della donna, ma ritiene che "i danni sin qui prodotti possano essere sanati da una reazione contro la cultura del "gender", e i loro presupposti, a cominciare dalla esaltazione del piacere sessuale come fine a se stesso", e aggiunge: "la cosa più deprecabile dei propugnatori della rivoluzione sessuale è il fatto che essi hanno preso di mira i bambini, sperano di condizionare gli innocenti all'autoerotismo, li espongono ai predatori ed a comportamenti dannosi. Noi abbiamo consegnato i bambini nelle mani di molestatori sessuali e di esibizionisti che si mascherano da educatori del sesso. Quello che serve è una controrivoluzione sessuale, non per ridurre il piacere dell'amore umano ma per liberare la gente da comportamenti autodistruttivi ed additivi" (D. O'LEARY, *Maschi o femmine? La guerra del genere*, cit., p. 205-206).

⁹⁵ Sull'argomento, in generale, R. DE MATTEI, *Gender Diktat. Origini e conseguenze di una ideologia totalitaria*, Chieti 2014.

e spirituale. È una domanda che non si era mai posta, perché oltre le differenze filosofiche e culturali, l'evoluzione della civiltà occidentale s'è fondata su una concezione etica e antropologica unitaria, nella quale convergevano orientamenti che si contrapponevano su altri versanti, anche religiosi, ma che avevano una base comune di diritto naturale indiscussa. Oggi, la domanda deve porsi, anche per capire quanto la *frattura antropologica* che s'è determinata finisca con l'incidere sul diritto della Chiesa, sulla negazione di diritti naturali non necessariamente collegati ad un orizzonte confessionale. La lesione di diritti individuali, oltre quelli già segnalati, è quella che più risalta, e che coinvolge in modo specifico l'obiezione di coscienza. In Spagna s'è negata l'esenzione dall'insegnamento di *Educazione alla cittadinanza*, introdotto con la *Ley Orgánica de Educación* del 2006, che invade la sfera intima della persona, e contrasta con il diritto di educazione dei genitori⁹⁶. In Spagna e in Francia si è respinta l'obiezione, di giudici e sindaci, verso la celebrazione di matrimoni gay, sostenendo che non sono imposti doveri o atti di natura religiosa, ma solo oneri di carattere tecnico-giuridici, quindi neutrali⁹⁷. In Scozia due ostetriche sono state obbligate da una sentenza a prendere parte a un aborto effettuato dalle loro colleghe, mentre l'Ordine dei medici inglese ha stabilito che i medici stessi devono prepararsi a mettere da parte le loro opinioni religiose per alcune pratiche cui in coscienza sono contrari. In alcuni documenti internazionali si è cercato, sino ad oggi senza riuscirci, d'introdurre il 'diritto all'aborto', che cancellerebbe il diritto alla vita, e vanificherebbe del tutto la relativa obiezione di coscienza⁹⁸.

Però, oltre l'erosione di diritti individuali, la *nuova antropologia sovranista* sta scardinando quella *libertà collettiva* che ha costituito, nello Stato moderno, un equilibrio sistemico, dal momento che essa garantiva il diritto delle *istituzioni di tendenza* a governarsi, e disciplinare i propri rapporti interni secondo le proprie norme e principi di riferimento. Si torna a qualcosa che ricorda l'immediato post-illuminismo, lo Stato assumeva su di sé il destino individuale, garantendo a ciascuno i diritti personali, ma disconosceva la dinamica dei gruppi sociali, i quali però potevano vivere almeno al riparo di una sorta di *agnosticismo pubblico*.

⁹⁶ Sull'argomento, G. MAESTRI, *Educazione alla cittadinanza ed obiezione di coscienza (tra Spagna e Italia)*, in «Amministrazione In Cammino», Rivista Elettronica, 2010, http://amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2010/04/Maestri_Educazione-alla-cittadinanza1.pdf.

⁹⁷ Cfr. A. LOPEZ-SIDRO LOPEZ, *La objeción de conciencia de los Jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo*, in «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 21 (2009) 1 ss.

⁹⁸ V. M. CERVERA-MARZAL, *“Désobédir en démocratie: la pensée désobéissante de Thoreau à Martin Luther King*, Paris, 2013; G. DALLA TORRE, *Il primato della coscienza: laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma 1992.

Oggi, lo Stato intraprende un nuovo cammino scivoloso, afferma una propria competenza specifica sulle aggregazioni collettive, e subordina i loro *diritti collettivi* agli interessi individuali. Non possiamo cogliere la *potenzialità espansiva* di questa nuova svolta: al più, in una visione prospettica si possono intravedere alcune possibili conseguenze all'interno della struttura giuridica delle Chiese, e di altre istituzioni di tendenza, e forse persino in ambito squisitamente teologico e dottrinale. Sappiamo quanto il diritto di autogoverno sia già stato eroso, a livello nazionale, e con la spinta formidabile della Corte di Strasburgo, in materia di diritto del lavoro, di coerenza e fedeltà tra l'appartenente all'Istituzione ed i suoi caratteri originari. Si richiamano al riguardo le più recenti e approfondite ricerche di Jean P. Schoupe e David Durisotto, relative ai successi, e alle limitazioni, con cui il diritto di libertà religiosa, soprattutto dal punto di vista collettivo, è recepito a livello istituzionale e giurisprudenziale europeo.

Alcune lesioni sono state evidenziate, con gravità minima e massima. La violazione diretta della libertà religiosa collettiva⁹⁹ s'è imposta in Gran Bretagna con l'obbligo di affidare i minori in adozione a coppie omosex per chiunque, anche istituti religiosi, o d'altra idealità. In Irlanda alcune chiese sono state obbligate ad affittare le sale di loro proprietà anche per ricevimenti di nozze gay; in Danimarca la legge obbliga la Chiesa evangelica a celebrare matrimoni omosessuali. Se estendiamo lo sguardo oltre la realtà già esistente, siamo sicuri che non si proibirà alle Chiese di predicare dottrine che contrastino con i principi dell'*antropologia sovranista* prevalente? Ad esempio obbligando (come già sta avvenendo) a riconoscere il valore religioso del matrimonio omosex, celebrarlo in Chiesa, a realizzare anche nelle strutture ecclesiastiche il principio di eguaglianza tra uomo o donna, o meglio il principio di *parità di gender* secondo le più moderne interpretazioni della sessualità.

7. MATRIMONIO E SECOLARIZZAZIONE GLOBALE

La questione matrimoniale presenta ulteriori specificità che investono direttamente dottrina e teologia delle Chiese. In alcuni casi stiamo assistendo a un fenomeno singolarissimo di auto secolarizzazione (più o meno autonomo, o indotto, non è dato sapere), in altri verificiamo un intreccio tra diritto canonico e diritto civile molto interessante.

⁹⁹ Sulla svalutazione dell'obiezione di coscienza, a seguito del relativismo giuridico, cfr. C. CARDIA, *Libertà di coscienza ed obiezione di coscienza*, Relazione svolta al Seminario di "Archivio Giuridico" del 15 ottobre 2013, in corso di pubblicazione.

Oggi, l'evoluzione dottrinale, culturale e giuridica, delle religioni in materia di matrimonio e di sessualità non è affatto scontata, né in un senso né nell'altro, e il panorama che s'intravede nel dibattito confessionale è molto frastagliato. Mi limito a richiamare una trasmutazione etico-dottrinale che sta emergendo in alcune Chiese cristiane, nelle quali l'interpretazione evolutiva delle Scritture giunge al punto da recepire principi tipici dell'individualismo relativista, a scapito di valori e principi tipici della tradizione cristiana. Il panorama delle Chiese protestanti è vario. Pur con un'opposizione interna forte, alcune Chiese luterane hanno accettato in Europa il matrimonio omosex, e lo celebrano religiosamente, ad es. in Danimarca, dove è prevista anche l'adozione da parte di coppie gay, ed in Finlandia, mentre la Chiesa anglicana è restia ad accettare una svolta così radicale, pur essendovi vicina. Il linguaggio è diverso da Chiesa a Chiesa, da movimento a movimento, dentro le realtà nazionali. In Italia le posizioni sono molto divaricate. Per l'Alleanza Evangelica Italiana, la concezione biblica dell'essere umano è ostacolo insormontabile per accettare le nuove pratiche procreative e matrimoniali, perché l'omosessualità "rappresenta una negazione delle potenzialità dell'essere umano e un ripiegamento verso una visione autoreferenziale della relazione con gli altri". Si aggiunge che "fare i conti con chi è altro da sé, accettandone la diversità e impostando un rapporto fecondo, è indice di maturità umana"; mentre "un'autentica maturità non si accontenta di stare con persone uguali a sé, ma coglie la sfida della diversità per imbastire con una persona diversa da sé una relazione affettiva e sessuale".¹⁰⁰ Siamo ancora all'interno di una coerenza motivazionale confessionale¹⁰¹.

Invece, le Chiese italiane, Valdese e Metodista, si sono pronunciate a favore dell'omosessualità come vera forma di amore interpersonale, e del matrimonio omosex che, con il tempo, è stato accolto e benedetto anche religiosamente. In particolare il Sinodo Valdese del 2010 ha invocato la benedizione divina su coppie dello stesso sesso, ed ha espresso "con forza la sua convinzione che le parole e la prassi di Gesù, così come esse ci sono testimoniate negli Evangelii, non possono che chiamarci all'accoglienza di ogni esperienza e di ogni scelta improntata

¹⁰⁰ Così il Documento elaborato dalla "Commissione etica e teologia" dell'Alleanza Evangelica Italiana ed approvato dal Consiglio Esecutivo Federale l'8 novembre 2003. Sulla legislazione civile, il Documento afferma: "In particolare, dovranno essere contrastati tutti quei provvedimenti volti alla sostanziale equiparazione delle coppie omosessuale a quelle eterosessuali sposate. A maggior ragione, non deve essere riconosciuta l'idoneità di una coppia omosessuale all'adozione di un bambino in quanto coinvolge non solo persone adulte, ma anche bambini il cui diritto a un papà ed a una mamma deve essere difeso".

¹⁰¹ Per il dibattito confessionale sui temi dell'omosessualità: C. DEMUR-D. MÜLLER, *L'omosessualità: un dialogo teologico*, Torino 1995; D. FIELD, *Omosessualità*, Roma 1989; AA.Vv., *Omosessualità. Alla ricerca disperata di amore*, Berneck, 2002; AA.Vv., *Mascolinità e femminilità*, in «Studi di teologia» XIV (2002/2), n. 28.

all'amore quale dono di Dio, liberamente e consapevolmente vissuto e scelto", anche perché la benedizione "testimonia un riconoscimento ed una condivisione annunciata e proclamata della Grazia di Dio rivolta ad ogni creatura umana"¹⁰². Di notevole interesse, l'iter logico seguito dal Documento della Federazione delle Chiese protestanti in Svizzera approvato nel 2005, ove si afferma che "a prima vista i giudizi della Bibbia sull'omosessualità sono senza appello"; ma "ancora una volta bisogna tenere conto del contesto in cui si iscrivono i brani biblici incriminati". Ad es., "i testi dell'Antico Testamento (in particolare nel "Codice di santità") si impegnano a creare una separazione netta con le altre civiltà cananee; quindi "essi non parlano tanto di un comportamento sessuale quanto di una pratica specifica di una civiltà dalla quale la cultura ebraica si voleva distinguere". In secondo luogo, perfino le condanne di Paolo dell'omosessualità contengono fattori contingenti, e il termine stesso "natura" presuppone interpretazioni evolutive: "per questo motivo esse sono sottoposte a un'evoluzione storica permanente che dobbiamo sempre tenere presente quando citiamo brani biblici". Segue una conclusione che cambia dottrina e tradizione: "1) Nell'insieme la Bibbia tratta dell'omosessualità solo raramente. 2) I contesti dell'Antico Testamento che parlano dell'omosessualità sono legati alla difesa di Israele contro pratiche culturali straniere. 3) Nel Nuovo Testamento l'omosessualità è un argomento marginale che non appare né negli scritti della tradizione del Gesù storico, né nei Vangeli sinottici, né nella tradizione giovannea. 4) Le evocazioni dell'omosessualità nel Nuovo Testamento si rivolgono sempre a una comunità e non si tratta mai di imporre a tutta la società la morale sessuale delle comunità cristiane". L'importanza di quest'analisi, tutta interna all'esegesi scritturale, sta nel fatto che il processo di relativizzazione delle Scritture assume un orizzonte ampio, potendosi ciascuno richiamare alla lettera, al contesto, al principio d'evoluzione, al progresso scientifico che si affianca al dettato scritturale, e via di seguito¹⁰³. Certamente, però, l'esito secolarizzante è pressoché totale.

¹⁰² Nel maggio 2011 anche il Sinodo della Chiesa luterana in Italia ha approvato il principio della benedizione delle coppie omosex, in applicazione di un principio affermato da una apposita Commissione sinodale per la quale l'omosessualità "fa parte delle espressioni della sessualità, quindi rappresenta una condizione naturale".

¹⁰³ Il pericolo relativista è presente nel dialogo interreligioso, anche al di là del giudizio sulle questioni etiche, e investe spesso il cuore stesso della fede cristiana. Basterà ricordare, in questa sede, che per J. Dupuis "Dio ha manifestato e rivelato il proprio essere nel mondo sotto molte forme e in diversi modi" (Eb 1,1). Le varie tradizioni religiose nel mondo sono i molti modi in cui Dio ha rivelato l'io divino alle nazioni in previsione della venuta di suo Figlio; (esse) appartengono tutte alla storia della salvezza, che è una e multiforme" (J. DUPUIS, *Verso una teologia cristiana del pluralismo religioso*, Brescia 1997, p. 438). Oltre la deriva relativista, questa posizione implica un'assoluzione generalizzata delle responsabilità per le colpe che le religioni hanno accumulato nel loro cammino storico. Su quest'opera di P. J. Dupuis,

Insieme a queste posizioni, che hanno aperto il Cristianesimo protestante alla cultura del *gender*, si registrano quelle di altre Chiese che praticano la tolleranza, il rispetto per ogni scelta sessuale, ma rifiutano di omologare le identità sessuali, accedere al *gender*, integrare nel matrimonio relazioni sessuali che non siano aperte alla filiazione. La maggioranza delle Chiese evangeliche (e/o pentecostali) americane è fermamente contraria al matrimonio omosex, e alle conseguenze di tipo familiare, che ne deriverebbero. Per quanto riguarda la Chiesa cattolica, il magistero pontificio da tempo respinge ogni stravolgimento dell'ordine naturale dei rapporti interpersonali, ed il declassamento dell'istituto familiare e della sua funzione di crescita e formazione delle nuove generazioni. Invece, nell'ambito dei lavori del Sinodo sulla famiglia 2014-2015, sembra si annuncino innovazioni pastorali per le convivenze di fatto e, entro certi limiti, per le coppie divorziate¹⁰⁴, nonché per le tradizionali *cause di nullità canonica* del matrimonio religioso¹⁰⁵.

C'è, però, una questione specifica che nel nostro ordinamento riguarda il riconoscimento delle cause di nullità canoniche per i matrimoni concordatari. Nel senso che la giurisprudenza della Cassazione si è evoluta riducendo sempre più la possibilità del riconoscimento delle nullità canoniche per una pluralità di motivi, mentre una parte consistente della dottrina canonistica ha contestato questa tendenza come contraria al corretto rapporto tra ordine della Chiesa e ordine dello Stato. Oggi assistiamo a un'evoluzione del diritto che in qualche punto essenziale può avvicinare le due sponde ermeneutiche, canonica e civile. In particolare, dopo un periodo d'incertezza giurisprudenziale, la Cassazione tende oggi ad escludere la delibazione delle sentenze ecclesiastiche fondate su vizi del consenso laddove la relativa azione è stata esercitata dopo il termine di decadenza previsto dagli articoli 122 e 123 del Codice Civile. E Paolo Moneta ha rilevato che la mancata delibazione delle sentenze canoniche sulla base del termine di decadenza dell'azione previsto dal nostro Codice Civile porterebbe ad un "sostanziale svuotamento dell'impegno concordatario (. . .): la grandissima maggioranza delle cause matrimoniali (canoniche) viene infatti inoltrata quando vi è stato,

SJ, v. anche CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Notificazione a proposito del libro del P. JACQUES DUPUIS, S.J., «Verso una teologia del pluralismo religioso»* (Ed. Queriniana, Brescia 1997), http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20010124_dupuis_it.html. Cfr., per gli sviluppi più recenti, J. MARTIN, SJ, *Building a Bridge: How the Catholic Church and the LGBT Community Can Enter into a Relationship of Respect, Compassion, and Sensitivity*, New York, 2017.

¹⁰⁴ Per l'ampia bibliografia sull'evoluzione del pensiero cattolico si rinvia a E. CHIAVACCI, *Omosessualità e morale cristiana: cercare ancora*, in «Vivens Homo» 11/2 (2000) 423 ss.; W. KASPER, *Il Vangelo della famiglia*, Brescia 2014; G. L. MÜLLER, *La speranza della famiglia*, Milano 2014.

¹⁰⁵ V. S. AGACINSKI, *Métaphysique des sexes: masculin/féminin aux sources du Christianisme*, Paris, 2007.

tra le parti, un periodo più o meno lungo di convivenza coniugale, non essendoci, in diritto canonico alcuna preclusione all'esercizio dell'azione di nullità"¹⁰⁶.

Però, sino ad oggi questa tendenza della Cassazione è stata interpretata come contraria all'impegno pattizio, nonché al rispetto della natura sacramentale del matrimonio, che non può mai essere messa in discussione per il suo fondamento teologico; di recente invece s'è avuta un'apertura culturale, tendenzialmente giuridica, proprio sulla qualità umana del matrimonio, e della società familiare, in ambito canonico, facendo intravedere un notevole mutamento di prospettiva. Juan Ignacio Arrieta, s'è chiesto se la Chiesa non possa modificare orientamento di fronte ad una famiglia che nel tempo si è formata, consolidata, anche con la nascita di figli, rinunciando alla possibilità di porre nel nulla tutti gli effetti del matrimonio con conseguenze gravi per i diversi soggetti, e per la stessa dignità del matrimonio canonico. Osserva l'Autore che, "anche se dal vero consenso dipende in assoluto la costituzione o meno del vincolo matrimoniale, ciò non vuol dire che questo sia l'unico fattore di rilevanza giuridica, l'unico interesse giuridico da considerare e proteggere nell'intero sistema matrimoniale canonico; col tempo, anzi, sorgono dall'unione matrimoniale altre situazioni – la stabilità familiare, i rapporti di filiazione, ecc. – che l'ordinamento canonico deve considerare degne di tutela giuridica, anche autonomamente, benché non incidano sul momento costitutivo del matrimonio o sulla validità canonica". Ed ha aggiunto che "il sistema matrimoniale canonico dovrebbe dare il necessario rilievo a questi altri fattori degni di autonoma tutela giuridica, sfuggendo allo scandalo che viene a destarsi tra i fedeli di fronte all'annullamento, magari per vizio di consenso, di un'unione matrimoniale canonica"¹⁰⁷. Infine, hanno acquisito speciale importanza le parole pronunciate da Papa Francesco il 5 agosto 2015, parlando delle nuove unioni contratte da fedeli cattolici che hanno divorziato. Per il Papa le nuove situazioni contraddicono il sacramento del matrimonio, ma sono egualmente intrise di umanità, ed occorre guardare ad esse con gli occhi dei figli della nuova unione: "Se guardiamo anche questi nuovi legami con gli occhi dei figli piccoli, i piccoli guardano, con gli occhi dei bambini, vediamo di più l'urgenza di sviluppare nelle nostre comunità un'accoglienza reale verso le persone che vivono tali situazioni"¹⁰⁸.

S'intravede, in questo modo, una possibile evoluzione dell'ordinamento canonico in direzione di una recezione della qualità umana e familiare della

¹⁰⁶ P. MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Torino 1996, pp. 137 ss.

¹⁰⁷ J. I. ARRIETA, *Amministrazione della giustizia e comunione tra i tribunali della Chiesa*, in AA.Vv. *Veritas non auctoritas facit legem. Studi in onore di P. A. Bonnet*, Città del Vaticano, 2012, pp. 68-69.

¹⁰⁸ https://w2.vatican.va/content/francesco/it/audiences/2015/documents/papa-francesco_20150805_udienza-generale.html.

società coniugale, mentre si affievoliscono aspetti e profili un tempo indicati come coesenziali al sacramento del matrimonio, quasi intoccabili da parte dello Stato. Si può parlare di una benefica influenza della *secolarizzazione umanistica*, capace di incidere sulla concezione canonistica del matrimonio, con un processo evolutivo di cui siamo solo agli inizi. Pensiamo all'apertura verso il matrimonio che si protrae nel tempo, e che resiste rispetto ai dettami della dogmatica secolare delle nullità matrimoniali anche dopo 20, 30, 40, anni di matrimonio; se pensiamo alle parole del Papa sull'apertura per le coppie divorziate e risposate, o conviventi; e all'evoluzione realizzatasi con l'Esortazione di Papa Francesco *Amoris Laetitia*, che pone su nuove basi l'intera questione delle nullità canoniche, in un'ottica di pastoralità che la sottrae al giuridicismo classico. Se consideriamo tutto ciò, comprendiamo che la stagione di riflessione e/o di riforme avviate da Papa Francesco da un lato provochi un forte sconcerto in ambito ecclesiastico, e polemiche tra posizioni quasi inconciliabili, in specie tra gli operatori del diritto canonico, e dall'altro faccia intravedere una rinnovata assimilazione della secolarizzazione umanistica di cui s'è parlato in precedenza¹⁰⁹.

8. LA DIMENTICANZA DEL DIRITTO, IN UTROQUE IURE. RIDUZIONE AL DIRITTO COMUNE, NEO-CORPORATIVISMO

L'ultimo, rilevante, fenomeno sul quale vorrei soffermarmi riguarda quello che può definirsi *la dimenticanza del diritto*, da ricercarsi *in utroque iure*. Si tratta di un processo tecnico-culturale che si manifesta in tanti modi, e richiede una riflessione specifica sulla sua natura ed origine, essendo coesenziale al progredire di una *secolarizzazione che ha mille volti*. Esso riflette quel *disincanto* che va crescendo nei confronti del diritto canonico nell'ambito del *sovrano antropologico* più volte richiamato. Si *percepisce*, nel mondo del diritto, che la dottrina della Chiesa, la sua regolazione della vita quotidiana, si vanno affievolendo, incidono sempre meno sulla formazione di quella *giurisprudenza sistemica* che dovrebbe definire le relazioni tra *ordinamenti indipendenti e sovrani*. Il fenomeno prima richiamato del *neocostituzionalismo* tende a offuscare alcuni principi fondamentali, per *trasfigurarli in un'ottica individualistica che porta al declino della dimensione istituzionale della Chiesa e della sua attività*.

Di fronte a *mutazioni così macroscopiche*, la questione della *dimenticanza del diritto* assume la funzione di *spia e di riflesso di un malessere più profondo* che dobbiamo cercare di analizzare attraverso una fenomenologia inevitabilmente

¹⁰⁹ Sull'argomento, AA.Vv., *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto vista dei giuristi*, Milano, 2016.

eterogenea. A volte, questa *dimenticanza* è generata da cause secondarie, altre volte ha motivazioni nazionali, ad esempio in Italia per la specialità dei rapporti che intercorrono tra Stato e Chiesa, più spesso risponde a quell'appannamento del diritto canonico che può coinvolgere gli stessi suoi operatori. Infine, alla dimenticanza del diritto si associa, o s'intreccia, l'altro fenomeno dell'evoluzione del diritto, che chiede all'interprete attenzione e sensibilità per gli inevitabili mutamenti ordinamentali, veicolati o favoriti da innovazioni giurisprudenziali.

La *dimenticanza del diritto* si genera, ad esempio, quando una norma (specie se approvata in tempi lontani) viene letta affrettatamente, e frettolosamente interpretata, mediante l'uso di categorie giuridiche attuali, dimenticando il contesto in cui essa è stata formulata, le sue connessioni sistemiche con norme e disposizioni coeve, le categorie normative proprie dell'epoca. Si *dimentica* di esaminare i lavori preparatori, spesso non si leggono neanche le disposizioni amministrative di attuazione approvate ed elaborate dalle due Parti, così come si trascurano le opinioni della dottrina, l'evoluzione dell'ermeneutica, per fermarsi a una interpretazione letterale e *monadistica* della disposizione. Così facendo, però, accade che a volte si prendano degli abbagli anche clamorosi¹¹⁰.

È così avvenuto che per lunghi anni si sia preteso dallo S.C.V. il pagamento del contributo di depurazione e di fognatura per le c.d. *acque reflue* (aprendo la strada al vero e proprio pagamento dell'acqua), e ciò nonostante l'articolo 6 del Trattato dicesse a chiare lettere che l'Italia doveva fornire *gratuitamente* una congrua dotazione di acque al Vaticano¹¹¹. Altrettanto è avvenuto per le prerogative dei Cardinali, quando, nonostante l'articolo 21 del Trattato preveda che "tutti i cardinali godono in Italia degli onori dovuti ai Principi del sangue" – formula che originariamente implicava il diritto di rendere le deposizioni processuali a domicilio o in luogo da essi scelto – all'atto della modifica dell'articolo 356 c.p.p. relativamente alla testimonianza del Presidente della Repubblica

¹¹⁰ Esempio classico, e recentissimo, di quest'obsolescenza della genesi di importanti disposizioni, attiene alla condizione giuridica del Pontificio Seminario Lombardo, citato espressamente (con altri enti) nell'articolo 16 del Trattato del Laterano. Cfr. C. CARDIA, "La condizione giuridica del Pontificio Seminario Lombardo ex art. 16 del Trattato del Laterano", in "Annali ...

¹¹¹ Sull'argomento, C. CARDIA, *L'art. 6 del Trattato del Laterano. Un caso di amnesia giuridica*, in «Diritto Ecclesiastico», (1997), p. 25 ss. È opportuno segnalare che nel caso delle acque reflue l'amnesia giuridica ha raggiunto punte di involontaria comicità, come quando l'ACEA (ente che gestiva il versamento del canone) inviò allo S.C.V. la seguente lettera: "Spett.le Dir. Gen. Servizi Tecnici Governatorato – Città del Vaticano. Si comunica che, in base all'art. 24 del T.U. dell'11 dicembre 1933, n. 1775, sulle acque e gli impianti elettrici, è venuto meno il titolo della fornitura idrica di cui trattasi. Pertanto, essendo in corso le operazioni tecniche di interruzione del flusso idrico, occorre provvedere, entro 20 gg. dalla data di ricezione della presente, alla stipula del contratto di fornitura. Si invita quindi il proprietario dell'immobile servito (o legale rappresentante dello stesso) a recarsi presso l'ACEA (...) munito di documentazione comprovante il numero degli appartamenti serviti".

e di altri titolari di cariche dello Stato, si è del tutto dimenticato il significato originario dell'art. 21 del Trattato senza prendere in considerazione la posizione dei Cardinali. La dimenticanza ha coinvolto anche la Santa Sede, la quale, nel processo di modifica delle norme italiane, non ha mai evidenziato alle autorità italiane competenti la necessità d'onorare gli impegni pattizi.

Ancora, può accadere che soggetti privati con assoluta tranquillità citino in giudizio civile il Prefetto di una Congregazione della Curia romana, contestando in sede civile l'errata interpretazione, e applicazione, di norme del *Codex* canonico, lasciando interdetti il Giudice, e le stesse autorità ecclesiastiche, quasi immemori entrambi che in Italia l'ordinamento canonico è indipendente e sovrano, per antica consuetudine, in virtù dei rapporti pattizi, e dell'articolo 7 della Costituzione repubblicana. Ed ancora, si ha notizia altre volte di modifiche della prassi, da parte di organi della Santa Sede, nell'applicazione dell'articolo 17 del Trattato del Laterano: una modifica unilaterale, priva di una motivazione storico-giuridica (perché il Trattato non è cambiato mai), e che può avere conseguenze serie dal momento che si potrebbero indurre le competenti autorità italiane a modificare anch'esse unilateralmente l'interpretazione e l'attuazione di detta norma, con conseguenze oggi non prevedibili.

Passando, ora, al livello ermeneutico, la dimenticanza della specialità del diritto canonico deriva a volte dalla giurisprudenza della Cassazione, altre volte perfino dagli enti citati nel Trattato del Laterano, i quali si assoggettano alla legislazione italiana ben più di quanto il Trattato preveda provocando una inevitabile distorsione nella lettura delle norme pattizie. Le contraddizioni della giurisprudenza sono state evidenti in materia di rapporti di lavoro di dipendenti da enti gestiti dalla Santa Sede, e sono iniziate con una sentenza del 1989, molto chiara nelle enunciazioni di principio e nell'indicazione delle loro conseguenze. La Corte di Cassazione afferma, nella circostanza, che "negli ultimi decenni si è andata sviluppando una tendenza a restringere ancora di più l'ambito dell'immunità, proprio escludendone la materia dei rapporti di lavoro tra Stato straniero e cittadini dello Stato ospitante. Si pensa alla Convenzione europea (Basilea 16 maggio 1972) che esclude l'immunità quando si tratta di lavoratori con nazionalità dello Stato ospitante la cui attività deve svolgersi in quel territorio. Si pensa, specialmente significativo per questa causa, allo *State Immunity Act* britannico del 1978 che prevede la giurisdizione britannica per la risoluzione delle controversie sollevate dai dipendenti inglesi nei confronti delle Ambasciate e consolati stranieri in Gran Bretagna"¹¹².

¹¹² Cass., Sez. Unite, 17 maggio 1989, n. 2329, in "Giurisprudenza italiana", 1990, I, 804.

A questo punto, la Cassazione accentua il carattere programmatico delle proprie enunciazioni: “Si rileva una crescente difficoltà, un crescente imbarazzo nel cercare di comporre in modo soddisfacente due contrastanti esigenze: a) assicurare il rispetto dello Stato straniero col riconoscimento dell’immunità nell’ambito del nocciolo delle funzioni (nel caso, funzioni consolari); b) assicurare ai cittadini lavoratori nel proprio territorio la tutela dei propri diritti, mediante l’accesso ai propri giudici, accesso che pare determinante per *consentire loro di ottenere giustizia con mezzi alla loro portata*”. Conclude la Cassazione: “Ritiene questo Collegio che sia possibile l’auspicata composizione, *in attesa di nuove convenzioni e di leggi interne che vi diano piena ed intera esecuzione*, andando più innanzi, rispetto alla linea giurisprudenziale, nella direzione di una *ulteriore restrizione dell’ambito dell’immunità*”¹¹³.

In realtà la Cassazione, si è pronunciata spesso in modo contraddittorio, sacrificando proprio quell’area d’immunità che il Trattato del Laterano aveva delineato. È il caso dell’immunità giurisdizionale, riconosciuta alla Santa Sede (e suoi enti) nell’esercizio delle finalità primarie, dei poteri pubblicistici, mentre è stata negata per le attività esercitate *iure privatorum*¹¹⁴. Sennonché, mentre in un primo momento la Cassazione ha riconosciuto che tra le finalità primarie della Santa Sede devono considerarsi quelle *caritative* (in quanto rispondenti al principio della carità evangelica), ha poi contraddetto clamorosamente quest’assunto per le attività sanitarie dell’Ospedale del Bambino Gesù, che insta tra l’altro in zona c.d. extraterritoriale. Così in una sentenza del 1985 afferma: “Per quanto concerne l’attività che viene svolta, deve aversi riguardo, in ordine alla giurisdizione, alla natura di essa, che, nel caso in esame *concerne l’esercizio di un’arte profana*, come quella medica, e non già lo svolgimento di un’attività primaria riferibile all’esercizio della sovranità di uno Stato, qual è la Città del Vaticano, onde l’attività ospedaliera che il ‘Bambino Gesù’ svolge dev’essere ritenuta strumentale e sottordinata ai fini primari di tale Stato, ed assoggettabile, quindi, *iure privatorum*, alla giurisdizione dello Stato italiano”¹¹⁵. Analogamente, superando il confine indicato dall’articolo 11 del Trattato del Laterano, la Cassazione ha voluto sostituirsi al legislatore pattizio elaborando una interpretazione dei c.d. *enti centrali della Chiesa* del tutto svincolati da criteri oggettivi rinvenibili della norma di derivazione bilaterale. Ma sul punto si tornerà.

¹¹³ *Ibidem*, 804-805. La dottrina, oltre a confermare l’assunto della Cassazione di una generale tendenza restrittiva nei confronti del riconoscimento dell’immunità giurisdizionale, ritiene che una soluzione potrebbe essere quella per la quale l’immunità viene negata per tutti i cittadini italiani che siano alle dipendenze di altri Stati o soggetti internazionali. In tal senso, cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli 1992, p. 222.

¹¹⁴ Cass., Sez. Unite, 13 marzo 1957, n. 841, in «Foro Italiano» (1957), I, 1794 ss.

¹¹⁵ Cass., Sez. Unite, 28 settembre 1985, n. 4727, in «Diritto Ecclesiastico» (1985) 566.

Altri casi tipici concernono l'autonomia dell'ordinamento della Chiesa, e delle sue strutture, che sempre più spesso i giudici di merito tendono a limitare nonostante l'esistenza di una consolidata giurisprudenza e di norme pattizie di carattere strategico. Un esempio tipico riguarda l'art. 7, n. 5, del Concordato con la Chiesa cattolica del 1984 per il quale "l'amministrazione dei beni appartenenti agli enti ecclesiastici è soggetta ai controlli previsti dal diritto canonico". Si tratta di un principio sistemico dei rapporti tra Stato e Chiesa, posto a tutela dell'*autonomia dell'ordinamento canonico e dell'autogoverno di enti e strutture ecclesiastiche*, confermato dall'articolo 20 della Costituzione. A sua volta l'autogoverno di enti e strutture ecclesiastiche comporta in sede civile l'insindacabilità di decisioni e scelte adottate in applicazione delle norme del diritto canonico. Per consolidata giurisprudenza e dottrina, in linea di principio non è consentito un sindacato di legittimità, o di merito, degli atti emessi da un organismo canonico nell'esercizio delle proprie funzioni, ancor più se si tratta di una Congregazione della Santa Sede alla quale va riconosciuta la piena sovranità di cui al Trattato del Laterano e all'articolo 7, primo comma, della Costituzione italiana. L'indipendenza dei due ordinamenti, e dei rispettivi organismi apicali, fa sì che gli atti emessi nell'esercizio delle proprie funzioni siano assunti da ciascuna parte come presupposti e atti certificativi dei loro contenuti; in caso contrario ci troveremmo di fronte ad una situazione che richiama addirittura l'età media quando ancora il diritto canonico era parte integrante del diritto dello Stato (*lex communis in universo*), e come tale poteva essere valutato, recepito, disatteso, per volontà statutale, *privilegium principis*, appello per abuso. La separazione tra Stato e Chiesa, tipica della modernità, realizzata in modo originale in Italia nell'epoca liberal-risorgimentale, ha reso il diritto canonico irrilevante per il nostro ordinamento, salvo che per accordi pattizi, o per volontà unilaterale dello Stato, non vengano richiamati atti od istituti canonistici al fine di regolare determinate materie¹¹⁶. Eppure, con singolare frequenza, il giudice italiano si trova a decidere proprio su questioni che chiamano in causa l'autonomia e l'indipendenza dell'autorità ecclesiastica, in materia statutaria degli enti ecclesiastici e di applicazione ed interpretazione di norme di diritto canonico.

Altri principi della disciplina degli enti, riconosciuti da giurisprudenza e dottrina, attengono alla salvaguardia delle finalità (ed attività) di religione e di culto, estranee alla competenza statale, ed esenti da ogni ingerenza; nonché al principio immediatamente connesso di tutela della struttura materiale ed economica degli enti, in quanto necessaria alla loro esistenza ed allo svolgimento delle loro finalità. Privato della sua struttura, l'ente cesserebbe di esistere,

¹¹⁶ P. A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, Milano 1987, pp. 152 ss.

non potrebbe perseguire le sue finalità che lo Stato si è impegnato, a livello costituzionale e concordatario, a garantire e tutelare. Si tratta di qualcosa che può considerarsi ovvia, ma che proprio per questo viene a volte dimenticata, mentre si preferisce utilizzare il diritto comune anche in riferimento alle persone giuridiche ecclesiastiche.

Il principio di conservazione riguarda in primo luogo gli elementi costitutivi dell'ente, e tra questi, secondo unanime dottrina, il patrimonio stabile, quel patrimonio che consente all'ente di esistere e di operare. Tra le ipotesi di estinzione dell'ente ecclesiastico, in effetti la legge cita quelle tre che comportano mutamenti così profondi e radicali che finiscono col trasformare un ente ecclesiastico in una *fictio iuris*, senza più substrato sostanziale. La prima riguarda l'esaurimento del fine di religione o di culto, la seconda concerne lo sviluppo abnorme delle attività profane che finiscono per ridurre la finalità di religione ad elemento del tutto marginale. La terza, infine, si verifica "quando il patrimonio dell'ente sia andato distrutto o sia stato dilapidato, al punto che l'ente non si regge più su nulla"¹¹⁷. Sono questi i contenuti della tutela speciale che la normativa costituzionale e concordataria assicurano alle strutture della Chiesa (e di altre confessioni), e che non possono essere contraddetti da disposizioni di legge ordinaria o da provvedimenti autoritativi adottati in ambito civile.

È principio evidente, ad esempio, che la sede di un Ente ecclesiastico è condizione necessaria per il suo riconoscimento e la sua esistenza, al punto che l'esistenza di un patrimonio minimo è richiesto dal Ministero dell'Interno tra i requisiti essenziali per la sua operatività come persona giuridica. Eppure, è accaduto che per una situazione debitoria particolare il Tribunale abbia ritenuto di dover coinvolgere la Casa Generalizia di un ente ecclesiastico, sottoposta a sequestro e possibile alienazione, privando così l'Ente di un bene che costituisce *base e condizione imprescindibile per la sua esistenza in quanto ecclesiastico*. Tanto più necessario è il requisito della sede per la Casa Generalizia di un istituto religioso in quanto essa ha funzioni essenzialmente di governo dell'Istituto, con annesse attività di religione e di culto, mentre l'ente (in linea di massima) non dispone di un patrimonio vasto ed articolato territorialmente. In altri termini, per la Casa generalizia di un Istituto religioso la sede è il bene identificativo dell'ente, senza il quale esso rischia di estinguersi, sia per i motivi appena esposti, sia perché privato di quel patrimonio minimo che costituiva il presupposto della sua identità canonica e civile. D'altra parte, quando il Concordato e la Legge 222/1985 prevedono che per il riconoscimento di un ente ecclesiastico occorre ch'esso abbia la sede in Italia, affermano certamente un principio di nazionalità, ma anche un

¹¹⁷ C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, Torino 2015, p. 351.

principio materiale-costitutivo, senza il quale l'ente finirebbe con l'essere un'entità giuridica astratta, priva di qualsiasi substrato sostanziale necessario per la stessa personalità giuridica e capacità di agire connessa. Per questa ragione, diviene pienamente operativa la norma concordataria, riproposta nella Legge 222/1985, per la quale le attività diverse da quelle di religione o di culto sono soggette alle leggi civili "nel rispetto della struttura e delle finalità di tali enti". Ciò vuol dire che la struttura e le finalità degli enti ecclesiastici non possono essere chiamate in causa, e intaccate, da provvedimenti di qualsiasi natura, amministrativa o giudiziale, pena la violazione del principio di conservazione dell'ente e, in ultima analisi della *libertas ecclesiae* (nel senso prima indicato).

Si comprende a questo punto perché per le Case generalizie valga il principio normativo per il quale "l'assoggettamento al diritto comune delle attività" degli enti ecclesiastici "che l'ordinamento italiano considera come non ecclesiastiche" trova un preciso limite "nel doveroso rispetto dell'identità degli stessi"¹¹⁸. Si tratta di un principio posto a salvaguardia dell'esistenza dell'ente ecclesiastico, che può assolvere alle sue finalità istituzionali e valoriali solo fruendo di questo requisito come garanzia fondamentale (una sorta di *sine qua non*) per il mantenimento della propria identità. Anche perciò, la dottrina ha ritenuto ancor più specificamente che "accanto a questa esigenza di protezione sussiste, inoltre, anche una vera e propria esigenza di conservazione di alcuni beni che potremmo definire parte dell'essenza stessa della persona giuridica, quali, ad esempio, la casa generalizia di un Istituto di vita consacrata o la casa di formazione e i luoghi destinati alle sole finalità di religione e di culto"¹¹⁹.

Altre volte, però, la giurisprudenza individua correttamente la distinzione tra i beni degli enti ecclesiastici che possono essere coinvolti nelle procedure concorsuali e quelli che ne restano invece esclusi proprio perché funzionali all'esercizio delle attività di religione e di culto, o addirittura perché essenziali per l'identità dell'ente e indispensabili alla loro esistenza e funzionalità. In questo senso, l'ampia sentenza del Tribunale di Roma-Sezione Fallimentare, n. 432/13 del 29 maggio 2013, diversamente da altre, delinea bene il contenuto del Procedimento per dichiarazione dello stato d'insolvenza della Provincia Italiana della Congregazione dei Figli dell'Immacolata Concezione. La sentenza inizia con un riconoscimento di carattere sistemico, per il quale "il rispetto della "struttura" (degli enti ecclesiastici) deve intendersi nel senso che lo Stato deve rispettare le forme adottate dalla Chiesa e le finalità cui tali organismi sono preposti". E prosegue traendo conseguenze precise sulla situazione debitoria

¹¹⁸ G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, 2007, p. 214.

¹¹⁹ E. VARALDA, *Enti ecclesiastici e procedure concorsuali. La rilevanza del 'patrimonio stabile' nella gestione della crisi* (www.statoechiesa.it, settembre 2015).

dell'Ente. Infatti, "l'accertamento dello Stato d'insolvenza dell'ente e il suo assoggettamento *non incidono, infatti, sulla struttura e sulla esistenza dell'ente, ma refluiscono direttamente solo sul segmento economico-imprenditoriale dell'attività dall'ente stesso esercitata; senza quindi comprimere la sua identità giuridica e in alcun modo impedirgli lo svolgimento delle attività di natura professionale*". In conclusione, per il Tribunale di Roma, "i beni appartenenti alla provincia italiana che, per loro natura e destinazione, sono funzionali al compimento delle attività non imprenditoriali dell'ente (ovvero finalità di culto, di assistenza, di carità) non potranno costituire oggetto di liquidazione concorsuale in funzione del pagamento dei debiti dell'ente ecclesiastico nella sua funzione di imprenditore, non facendo essi parte del patrimonio posto a garanzia generale delle obbligazioni da esso assunte (art. 2740 c.c.)".

La riduzione al diritto comune del profilo istituzionale della Chiesa conosce altre applicazioni, anche in ragioni di nuove fattispecie civilistiche e penalistiche. In più casi, nell'orribile vicenda della pedofilia, i tribunali dello Stato tendono a individuare una sorta di *responsabilità oggettiva* dell'autorità, e dell'istituzione, ecclesiastica per i casi di abuso, fino a enfatizzare una verticalizzazione che giunge ai più alti livelli della Santa Sede, e che non ha alcuna corrispondenza con la fenomenologia in esame. In altri casi, invece, relativi all'obiezione di coscienza per l'aborto, o di tutela dei minori, il profilo istituzionale della Chiesa viene ignorato, mentre si impone alle autorità religiose l'osservanza di leggi e regolamenti di diritto comune, sottoponendole a obblighi contrastanti con l'etica di riferimento. L'istituzione religiosa viene così, alternativamente, oberata di responsabilità non sue, marginalizzata, privata di diritti e prerogative concesse alla sua identità etica, in materia di aborto, contraccezione, matrimonio, filiazione, problematiche di fine-vita, via di seguito.

9. EVOLUZIONE E IMPEGNI DISATTESI IN AMBITO CANONISTICO

A fronte di questa riduzione al diritto comune, fa riscontro una dimensione secolarizzante anche da parte della Chiesa e del diritto canonico. Negli ultimi tempi, sulla spinta dell'energica azione dei Pontefici Benedetto XVI e Francesco, si cerca di fare luce sulle responsabilità omissive delle autorità ecclesiastiche nei drammatici casi di *rimozione* del fenomeno della pedofilia: ciò non è qualcosa di estraneo alla dinamica del diritto canonico, anche per le conseguenze che tale rimozione ha avuto non soltanto nella sfera spirituale e giuridica delle vittime di abuso, ma sulla comunità dei fedeli e sulla stessa opinione pubblica nei confronti della Chiesa. Le parole pronunciate di recente da Papa Francesco

definiscono il livello di mostruosità del delitto commesso, come “radicalmente contrario a tutto ciò che Cristo ci insegna. Gesù usa parole molto severe contro tutti quelli che fanno del male ai bambini: «Chi invece scandalizza anche uno solo di questi piccoli che credono in me, sarebbe meglio per lui che gli fosse appesa al collo una macina girata da asino, e fosse gettato negli abissi del mare»”. Aggiunge il Papa, per scolpire la ferita che il delitto provoca nella vita della Chiesa: “Come può un prete, al servizio di Cristo e della sua Chiesa, arrivare a causare tanto male? Come può aver consacrato la sua vita per condurre i bambini a Dio e finire per divorarli in quello che ho chiamato un ‘sacrificio diabolico’, che distrugge sia la vittima sia la vita della Chiesa?”¹²⁰

A fronte della tendenza della giurisprudenza civile ad ignorare sempre più spesso i diritti di istituzioni ed enti ecclesiastici in crisi economiche e finanziarie nelle quali si vengano a trovare, è utile richiamare una correlativa tendenza di istituti religiosi ed enti ecclesiastici a indirizzare la propria attività verso scelte profane, azzardate e discutibili, con la conseguenza d’inseguire avventure (se così posso dire) imprenditoriali che espongono i responsabili ad interventi repressivi (legittimi) di crescente intensità. Se guardiamo in termini generali, molti istituti religiosi vivono in condizioni di precarietà rispetto al passato, non hanno religiosi sufficienti per la custodia e la cura di grandi spazi, non hanno risorse per la manutenzione di immobili sovradimensionati, devono alienare ciò che resta di antiche proprietà. Altri istituti però utilizzano questa precarietà come occasione per praticare una sorta *auto-secolarizzazione avventuristica* del tutto estranea alla loro natura e finalità. Non si capisce davvero perché oggi alcuni enti accettino ingenti eredità che creano poi problemi di gestione e amministrazione francamente alieni rispetto alle finalità di religione e di culto che sono punto di riferimento dell’identità degli enti stessi. E perché altri si gettino in avventure finanziarie, o di espansione strutturale, che sfociano non di rado verso il fallimento, con le conseguenze d’un ulteriore (e comprensibile) assoggettamento al diritto comune, e al giudice civile, che non può dimostrare particolare comprensione per la natura religiosa del soggetto interessato. È il caso di rilevare, insomma, che quando religiosi o ecclesiastici si trasformano in manager, vengono meno alla propria vocazione, quasi sempre falliscono, perché il prete-manager non funziona, è un ossimoro.

¹²⁰ Papa Francesco si sofferma sullo scandalo ulteriore del silenzio sugli abusi che esistono nella Chiesa: “Ringrazio Daniel perché le testimonianze come la sua abbattano il muro del silenzio che soffocava gli scandali e le sofferenze, fanno luce su una terribile zona d’ombra nella vita della Chiesa”: FRANCESCO, *Prefazione*, in D. PITTET, *La perdono, padre*, Milano 2017. Cfr. il Motu Proprio di Papa Francesco *Come una madre amorevole*, del 4 giugno 2016, con il quale sono aumentate le pene canoniche in caso di negligenza, https://w2.vatican.va/content/francesco/it/apost_letters/documents/papa-francesco_lettera-ap_20160604_come-una-madre-amorevole.html.

Un altro caso clamoroso, in due sensi, per la dimenticanza del diritto da parte dell'autorità giudiziaria italiana e per i responsabili di strutture ecclesiastiche, è stato quello relativo a Radio Vaticana per una controversia che si concluse in Cassazione del tutto negativamente per il concetto di *Enti Centrali* della Chiesa, e la loro condizione giuridica in Italia. La fattispecie è nota, originò anni addietro quando Radio Vaticana effettuò le trasmissioni mediante impianti potenziati, che implicavano un eccesso di elettrosmog che, a dire di quanti allocavano nelle sue vicinanze, recava danni (veri o presunti) a persone o meccanismi elettronici di privati. Però, invece di cercare l'accordo con gruppi ed associazioni civili per una bonaria composizione della lite, si scelse – fidando su una sentenza di merito favorevole all'immunità penale di Radio Vaticana in quanto *ente centrale ai sensi dell'articolo 11 del Trattato del Laterano* – di resistere in Cassazione per avere piena ragione.

La scelta s'è rivelata disastrosa perché la Corte di Cassazione Penale, Sez. I, con sentenza n. 22516 del 9-21 aprile 2003, ha rovesciato le valutazioni del giudice di merito con l'affermazione di principi molto netti. In primo luogo, per la suprema Corte, la Radio Vaticana non può essere annoverata tra gli enti centrali della Chiesa dal momento che secondo la Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* del 28 giugno 1988 tali enti sono soltanto gli "organismi che costituiscono la Curia romana e provvedono al governo supremo, universale della Chiesa cattolica nello svolgimento della sua missione spirituale nel mondo". E invece, secondo la Cassazione, nella citata Costituzione apostolica la Radio Vaticana "è indicata come un istituto, collegato con la Santa Sede, che non fa parte della Curia romana ma è solo connesso "in qualche modo" alla stessa e "presta" un servizio utile al Sommo Pontefice ma non è parte integrante della Curia.

Tale interpretazione muove da un'altra dimenticanza del diritto, da una vera *distorsione delle norme pattizie*, fondata su relazioni formali tra Radio Vaticana e Curia, anziché sul fatto, accettato dalla stessa Cassazione, che Radio Vaticana ha il compito di partecipare allo "svolgimento della missione spirituale (della Chiesa) nel mondo". Ritenere, nell'era dei media, e del trionfo tecnologico, che diffondere la voce del Papa, della Santa Sede, e del Vaticano, non contribuisca direttamente a realizzare la missione spirituale nel mondo supera ogni canone ermeneutico (in via del tutto unilaterale), ed ogni criterio logico e di buon senso.

Il secondo principio è del tutto diverso perché coerente con la giurisprudenza della Cassazione, e verte su una materia come quella della giurisdizione penale, riservata da sempre alle leggi dello Stato. Per la sentenza del 2003, infatti, si deve muovere dal presupposto che "qualunque atto di rilevanza esterna comunque riconducibile agli enti centrali citati che interferisca con la vita di relazione e con gli interessi protetti dei cittadini deve, pertanto, assumere il

connotato del giuridicamente lecito per l'ordinamento italiano: su ciò concorda la dottrina pressoché unanime". Ne deriva che non esistono immunità personali generalizzate in capo ai rappresentanti e funzionari degli enti centrali della Chiesa cattolica, e che "è errata l'equazione non ingerenza=immunità". La non ingerenza si traduce nell'obbligo di non intervento dello Stato, assunto per garantire l'esercizio sovrano, autonomo di attività inerenti all'alto magistero della Chiesa, "ma non comporta affatto una rinuncia generalizzata alla sovranità e, quindi, alla giurisdizione". Sicché l'Italia, con l'obbligo di non ingerenza rispetto all'attività spirituale della Chiesa, "ha peraltro conservato la propria sovranità nell'ordine temporale, in particolare non subendo limiti all'esercizio della giurisdizione penale per fatti illeciti i cui eventi si verificano in territorio italiano e siano legati da rapporto di causalità con condotte poste in essere in territorio appartenente alla Santa Sede"¹²¹.

Qui, dunque, la pronuncia della Cassazione è ineccepibile, al punto tale che non potrà mai sostenersi che per l'attività di un Ente centrale della Chiesa i cittadini italiani possano subire danni (più o meno gravi, non importa) senza avere la tutela in sede penale e patrimoniale. Tanto questo è vero che, dopo la sentenza della Cassazione del 2003, i dirigenti di Radio Vaticana hanno fatto un semplice accordo con il quale si è convenuto di abbassare la potenza degli impianti, e il livello di elettrosmog, con la soddisfazione di tutti.

Sennonché questa controversia si presta a considerazioni decisive per la nostra riflessione. In primo luogo, si è constatato come sulla definizione di Enti centrali della Chiesa, il magistrato italiano ha scelto un criterio ermeneutico che non ha tenuto in alcun conto la specialità del diritto canonico, e la maggiore garanzia che il Trattato del Laterano assicura alla Chiesa soprattutto in relazione agli Enti che presiedono al Governo della Chiesa universale. Altrettanto, però, chi ha preteso che il magistrato civile accordasse l'esenzione penale in siffatta materia agli enti della Chiesa, non soltanto ha ignorato la pregressa giurisprudenza del tutto univoca, ma ha evitato accuratamente di impegnarsi per un'equa composizione di interessi (cui poi è stata di fatto costretto) del tutto agevole, arroccandosi nella difesa di interessi del tutto illegittimi. Infine, si può aggiungere una notazione non secondaria. Poiché il concetto di Enti centrali non trova rispondenza né in diritto canonico, né in diritto civile, non si comprende perché la Santa Sede non abbia mai chiesto (nonostante le ripetute sollecitazioni in sede dottrinale) di addivenire tra Parti ad un elenco concordato di tali enti per evitare interpretazioni del tutto discutibili da una parte o dall'altra.

¹²¹ Sull'argomento, cfr. AA.Vv., *Radio Vaticana*, a cura di G. DALLA TORRE e C. MIRABELLI, Torino 2005.

Sempre in materia di *enti centrali della Chiesa*, sembra che l'incomprensione tra giurisprudenza e versante ecclesiastico sia destinata a perpetuarsi, non senza qualche esito francamente esilarante. Ne indico una che si ricava dall'Accordo del 2007 che ha ad oggetto l'"*Elenco degli enti vaticani destinatari delle notifiche di atti tributari*", nel quale al punto III, si indicano tra gli "Enti Centrali della Chiesa non aventi sede nello Stato Città del Vaticano né in zone extraterritoriali (Art. 11 Trattato Lateranense)" la Pontificia Università Gregoriana, il Pontificio Istituto Biblico, e diversi altri. Ora, con tutto il rispetto per i negoziatori dell'Accordo, sia italiani che vaticani, attribuire a detti enti la qualifica di Enti Centrali della Chiesa (con esplicito richiamo all'art. 11 del Trattato) è qualcosa che non ha alcun fondamento giuridico, pattizio, e fattuale. Anzi, è qualcosa che è fuori d'ogni immaginazione, anche solo se si pensa alle sentenze della Corte di Cassazione che adottano ben altra interpretazione restrittiva del termine 'enti centrali' e della loro condizione giuridica. Chi scrive pensa che anche la lettura della Cassazione sia troppo restrittiva, ma certamente quella che s'intravede nell'Accordo sui destinatari delle notifiche di atti tributari, certamente è priva di qualsivoglia fondamento. Tutto ciò conferma come su alcune norme del Trattato del Laterano il passar del tempo provoca una qualche confusione in chi le interpreta o ritiene di attuarle¹²².

10. DECADENZA SCIENTIFICA ED ACCADEMICA DEL DIRITTO CANONICO

Vorrei ora esporre alcune considerazioni su una questione consequenziale ai temi trattati, perché non possiamo pensare che la deriva *secolarizzante* che sta investendo gli ordinamenti civili (e, indirettamente, l'ordinamento canonico) non implichi una qualche decadenza scientifica (oggi, anche accademica) del diritto canonico, dei suoi studi, della collocazione nell'universo delle scienze giuridiche. La riduzione del diritto della Chiesa al diritto comune, l'affievolimento della sua specialità, la caduta d'interesse tra i giuristi laici di quell'identità misterica del diritto canonico, provoca di necessità una diffusione *ultra vires* di opinioni, convinzioni, da sempre esistite ma che oggi sembrano addirittura presupposte, ancorché inesprese. È esperienza comune, per molti di noi, sentirsi dire da colleghi di altre materie, e operatori del diritto, che il diritto canonico non è un vero diritto, riflette orientamenti morali, pastorali, che non

¹²² Si ricordano soprattutto, le sentenze della Corte di Cassazione relative alla controversia che hanno interessato la Radio Vaticana (Cass. Penale, Sez. I, 21 maggio 2003, n. 22516) che insta in zona extraterritoriale, e il Pontificio Collegio Americano del Nord (Cass., S. U. 1° agosto 2011, n. 16847), che circoscrivono fortemente il concetto di "enti centrali" della Chiesa e la relativa immunità derivante dalla "non ingerenza", di cui all'articolo 11 del Trattato del Laterano.

possono trovare spazi autonomi nello studio delle materie giuridiche, al più può trovare posto in quel magma indistinto delle materie facoltative, o culturali, o storico-giuridiche, senza che risponda a vere esigenze del diritto vivente. Molti di noi sanno quanta fatica dobbiamo sostenere per difendere il diritto canonico nei piani di studio, nella previsione di concorsi, o progetti di ricerca. E la cosa più preoccupante è che a volte sono gli stessi studiosi del diritto canonico e/o ecclesiastico ad abbandonare il campo, a promuovere l'abolizione dello *ius canonicum*, mediante la sua emarginazione, cancellazione di cattedre con titolari propri, perfino l'abrogazione della disciplina stessa¹²³. Se guardiano a meri dati numerici, diverse Cattedre di Diritto canonico, con regime a tempo pieno, sono state cancellate nello spazio di pochi anni, e la disciplina è scomparsa in intere aree geo-accademiche, con una utenza studentesca e una produttività di ricerca modestissime. In qualche caso, il diritto canonico è stato escluso dal piano di studi di prestigiosi Atenei, mentre si fa strada una preferenzialità sostitutiva per materie come "Diritti delle religioni", in qualche caso "Diritto islamico". In qualche misura, il pauperamento degli studi canonistici investe anche Università non statali, mentre in passato essi costituivano un baluardo di studi scientifici valido per il panorama accademico complessivo, mentre oggi molti colleghi fanno osservare che se la Chiesa stessa riduce le sue cattedre, in più di un Paese, è normale che altrettanto potrebbero fare, e con maggiore ragione, le Università statali e laiche.

Per la verità, chiedendovi di non dare a questa informazione conclusiva un significato ironico, il Prof. Stefano Testa Bappenheim proprio di recente ha fornito una documentazione incoraggiante (e sorprendente) sugli sviluppi dello studio, e presenza accademica, del diritto canonico nella Repubblica Popolare di Cina. Nel Rapporto 2015 dell'Amministrazione Speciale per gli Affari Religiosi, del Diciottesimo Comitato Centrale del Partito Comunista, si segnala che per comprendere la Chiesa cattolica occorre studiare bene non solo la Bibbia come testo sacro fondamentale, ma anche il diritto canonico che disciplina le strutture ecclesiastiche¹²⁴. Non siamo in grado di fornire un quadro, certo e completo,

¹²³ P. A. D'AVACK, *L'insegnamento del diritto canonico nelle Università dello Stato*, in «Rivista italiana di scienza giuridica», 1955-56, pp. 73 ss.

¹²⁴ Per analisi ripetute sulla politica della Repubblica popolare cinese in materia di rapporti con le Religioni, in particolare con la Chiesa cattolica, cfr. S. TESTA BAPPENHEIM, *L'attuale situazione della libertà religiosa in Cina*, in «Coscienza e libertà» XXXIX (2005), 119 ss.; ID., *La nuova normativa della Repubblica popolare cinese sulla libertà religiosa*, in *qdpe*, 2/2006, pp. 391 ss.; ID., *Ad fontes redeunt longo post tempore lymphae: la libertà religiosa in Cina dopo la lettera del 2007 di S.S. Benedetto XVI*, in *Atti del convegno "Libertà religiosa e reciprocità"*, 26-27 marzo 2009, Pontificia Università della Santa Croce, Milano, 2009, pp. 375 ss.; ID., *La 'questione religiosa' per il Partito Comunista Cinese dopo la 'Rivoluzione culturale'*, in B. PIGHIN (a cura di), *Chiesa e Stato in Cina*, Venezia, 2010, pp. 175 ss.; ID., *Recenti*

dello studio del Diritto canonico nelle Università cinesi. Al riguardo, il Prof. Testa Bappenheim ha potuto verificare l'esistenza dell'insegnamento di Diritto canonico nelle Università di Pechino, Shanghai, Macao, ed in altre ancora. La denominazione della materia presenta diversità: "Storia della Chiesa e diritto canonico" (Pechino 1); "Storia del diritto straniero: Diritto canonico" (Pechino 2); "Diritto Canonico della Chiesa cattolica" (Shanghai); "Diritto canonico" (Macao)¹²⁵.

11. CONCLUSIONI. RECIPROCIÀ INEVITABILE

Possiamo affermare, conclusivamente, che la sfida del *secolarismo* e della *globalizzazione* al diritto della Chiesa presenta oggi una qualità nuova, anche etimologica, diversa rispetto al passato. Rileviamo in sintesi due orizzonti non collimanti. Da un lato, rispetto all'era dei lumi, mai come oggi la Chiesa fruisce di tanta libertà in estese aree dell'Occidente, sotto il profilo religioso normativo. Dall'altro, è difficile trovare nell'Ottocento e nel Novecento, i secoli del conflitto, tanta lontananza e indifferenza della cultura giuridica verso l'ordinamento canonico, i suoi istituti, le sue dinamiche istituzionali. Con riferimento ai dati di prima grandezza, non esiste più uno Stato persecutore o giurisdizionalista, che attenti ai diritti ed alle prerogative delle strutture confessionali. Tuttavia, questo ordinamento civile, nazionale e internazionale, pur così rispettoso della Chiesa, si rivela sempre più lontano, quasi estraneo, dall'animo, e intima essenza, del diritto canonico, al punto di ignorare, o disconoscere, le peculiarità sulle quali da sempre i canonisti insistono per delineare la sua identità.

Ho insistito tanto su uno snodo essenziale di questa apparente contraddizione. Se prima l'ordinamento dello Stato si allontanava progressivamente dal diritto canonico, in un contesto di laicismo autoritario ma insieme modernizzante, *l'ordine legale dell'Occidente* di oggi s'è separato dall'identità e dalla profondità etica del diritto della Chiesa come mai prima. Che ciò sia avvenuto, come s'è visto, su temi strategici e di confine come quello della famiglia, dell'antropologia, delle comunità intermedie (non è poco), mediante quell'appiattimento *nichilista*

sviluppi delle relazioni fra Stato e Chiese in Cina, in «Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas» n. 9/2015.

¹²⁵ Di notevole interesse il programma per l'insegnamento del Diritto Canonico nell'Università di Pechino 2, nel quale è presente una parte considerevole di Storia del diritto canonico, con trattazione riferita a diverse fasi di elaborazione: sec. IV-IX, disciplina del clero, estensione a questioni secolari; sec. X-XV, crescita di influenza del diritto canonico, dentro e fuori la Chiesa, sua indipendenza rispetto allo Stato; sec. XVI-1917, emancipazione dello Stato dal diritto canonico e dall'influenza della Chiesa, che permane però in materia di matrimonio e diritto di famiglia. Altra parte è riferita alle fonti del diritto canonico, sia scritturali che giuridiche, con speciale riferimento all'organizzazione gerarchica della Chiesa, al matrimonio, al diritto penale.

che sta conquistando pensiero filosofico e cultura giuridica, ciò non vuol dire ch'esso non si riverberi pesantemente, sul ruolo complessivo che è riservato al diritto canonico nell'ordine legale. Più che in passato, si guarda ad esso come un *ramo secondario del diritto*, meritevole di uno spazio limitato al suo carattere di *enclave* nell'orizzonte delle leggi umane elaborate dagli Stati, dall'ordinamento internazionale, dai soggetti portatori di interessi parziali e settoriali. Se l'ordine legale segue una strada diversa sulla concezione dell'uomo, sulle aggregazioni elementari della collettività, sui diritti dei soggetti più deboli dell'ambito familiare e procreativo, non può destare meraviglia che questa *diversità antropologica* provochi conseguenze di più ampia e inesplorata dimensione¹²⁶.

Salvatore Berlingò ha colto la profondità del processo in atto, quando ha parlato di "un momento cruciale di svolta, come quello appena rilevato – indubbiamente foriero di occasioni per l'affermarsi di "nuove libertà", ma anche per l'insorgere di tendenze disgregatrici della vita comunitaria – all'interno delle democrazie occidentali la ripresa del diritto è prevalentemente perseguita nel senso di assegnare alle norme legali il compito di "regole del gioco", volte a contenerlo entro limiti prestabiliti"; in questo modo, "si accede a una versione marcatamente e unilateralmente "procedurale" del diritto", con la conseguenza definitiva che "la democrazia "procedurale", propositasi come formula per regolamentare in qualche modo il libero mercato delle offerte etiche, potrebbe così far prevalere la legge del più forte, e finire per rovesciarsi nel suo contrario"¹²⁷.

E infatti, anche guardando alle peculiarità più intime del diritto canonico, la derivazione di diritto divino, il fondamento etico, la *rationabilitas*, il rapporto organico con la *giustizia*, la sua capacità di ispirare, far maturare, negli ordinamenti giuridici, principi universali di giustizia, ciò dovrebbe costituire un *quid* insuperabile per tenere fermo il carattere speciale e incomparabile del diritto della Chiesa rispetto agli *ordini legali* che si succedono nell'orizzonte profano. Chiara Minelli osserva che "i principi permangono immutabili e i dogmi sui quali poggiano le norme restano sempre gli stessi", ma "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 storiche"¹²⁸. Il mutare della storia conferma l'identità del diritto canonico che, "costretto sin dall'antichità, a fronteggiare

¹²⁶ W. KASPER, *On the Meaning of Secularization*, in AA.Vv., *Catholicism and Secularization in America*, Huntington, 1990, pp. 31 ss.

¹²⁷ S. BERLINGÒ, *Nel silenzio del diritto*, cit., p. 201, 204. Sull'argomento, F. D'AGOSTINO, *Filosofia del Diritto*, p. 234: "I giuristi che continuano a ridurre la giustizia a mera procedura ed a schernirsi di fronte a qualsiasi questione di giustizia sostanziale non fanno altro che favorire la ricerca di una ragione forte, radicalmente alternativa a quella del diritto, che non temendo di affermarsi in quanto tale mette esplicitamente il diritto fuori gioco".

¹²⁸ C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica, alla ricerca di un linguaggio condiviso*, cit., p. 41.

'assalti di ogni tipo', non ha perduto il suo carattere essenziale, ma spesso si è visto costretto a cambiare il passo"; e del resto, "nuovi bisogni non esigono forse nuovi rimedi?"¹²⁹. Di più, si tende spesso a considerare il diritto canonico, ispirato e permeato, da valori cristiani per eccellenza come la *carità per il prossimo*, che diviene fondamento e intenzionalità nell'osservanza della norma canonica¹³⁰.

Ma la *secolarizzazione* di cui più volte s'è parlato, forse, è oggi più esigente. Essa chiede assai più di ieri (magari in modo confuso, o malevolo, ma lo chiede) una verifica di coerenza tra il detto e il fatto, tra i principi enunciati e la loro rispondenza all'interno stesso della Chiesa e della sua organizzazione, e chiede una riflessione su questioni relative al concetto stesso di diritto canonico che si consideravano un tempo definitive. Oggi la *secolarizzazione* chiede una soglia minima di coerenza tra le finalità degli istituti religiosi e le loro attività, perché una mancanza di credibilità di istituti non coerenti con i valori proclamati provoca una giurisprudenza laica del tutto disattenta alla specialità del diritto canonico; perché le *mostruosità*, secondo la recenti parole di Papa Francesco, degli abusi sessuali sui minori e le coperture di un tempo, incrinano la credibilità nell'opinione pubblica e fiducia nella idoneità e funzionalità di alcune norme canoniche; perché il perdurare di una *tendenza corporativa* di parte ecclesiastica nei rapporti con lo Stato, spinge a valutare la Chiesa, e gli autori delle sue scelte, alla stregua di altri soggetti profani, privi d'ogni credibilità; perché il c.d. *scandalo dei fedeli* a volte è così evidente che scoraggia tanti soggetti, compresi quelli ecclesiastici. Infine, in una *deriva relativista che tanto incide anche in ambito giuridico*, viene da chiedersi se ha ancora un senso porre alla base dell'opera ermeneutica del diritto canonico quel *sentire cum Ecclesia*, o quel *sensus fidei*, tanto reclamati, o se non sia necessario invece che la materia giuridica debba essere considerata, in sede di studio e lettura sistematica, al pari di altre materie giuridiche: per le quali dovrebbe valere, tra i criteri ermeneutici principali, quelli di oggettività e di verità (laicamente intesa) che situerebbe il diritto canonico in un più autentico spazio di cultura giuridica, e spingerebbe i giuristi ad affrontarlo con maggiore interesse ed attenzione scientifica.

¹²⁹ *Ibidem*. Aggiunge l'Autrice: "Di qui, il continuo mutamento non del principio di giustizia, di per sé intangibile, ma "della misura" della sua traduzione a livello normativo. Sotto questo profilo, il diritto canonico si dimostra "une grande école de patience, de modération, de prudence, de mesure" (*ibidem*). Sull'argomento, G. PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels de l'Eglise (Codification et renovation)*, in «Journal du droit canon et de la jurisprudence canonique» 1882, pp. 206-207; J. HOGAN, *Etudes cléricales. Droit canonique. Son passé et son avenir*, in «Le canoniste contemporain» 1889, pp. 8 ss.

¹³⁰ S. BERLINGÒ, *Nel silenzio del diritto*, cit., p. 152.

EVOLUTIONS DES LÉGISLATIONS CIVILES ET INCIDENCES SUR LA LÉGISLATION CANONIQUE

L'EXEMPLE DES UNIONS CIVILES¹ DE PERSONNES DE MÊME SEXE ET DE L'HOMOPARENTALITÉ

Ludovic Danto^{*}

RÉSUMÉ : 1. Unions civiles de personnes de même sexe et incidences dans l'ordre canonique. –
2. Homoparentalité et incidences dans l'ordre canonique. – Conclusion.

L'objet de cet article porte sur les incidences pour le droit canonique des évolutions de la législation civile. Une telle problématique en apparence simple n'est pas sans poser quelque difficulté. En effet qu'entendons-nous lorsque nous parlons de droit civil ? Un premier élément à mettre en évidence est le suivant : alors que la législation canonique est d'abord universelle, le droit civil lui est pluriel car, en ligne de principe, il existe autant de droits civils que d'Etats souverains reconnus. Devant l'ampleur de la tâche, nous ne présenterons ici que l'une des évolutions juridiques qui à travers le monde a pu retenir l'attention de l'enseignement de l'Eglise et susciter bien souvent un débat ecclésial avec des conséquences pastorales indéniables. A ce titre, il nous apparaît évident que le choix que nous avons fait dans les lignes qui suivent, est marqué par l'influence de la situation juridique occidentale, voire française, l'Eglise en France ayant été marquée par le débat particulièrement vif qui a traversé la

^{*} Institut Catholique de Paris.

¹ Ce choix habituel de parler d'union civile de personnes de même sexe lorsque nous abordons la problématique du mariage civil ouvert aux personnes de même sexe, est aussi retenu par le Pape François. Dans le livre d'entretiens qu'il accorde à Dominique Wolton, le Saint-Père appelle à distinguer en droit civil entre mariage – institution hétérosexuée – et union civile – institution "homosexuée" –, cf. FRANÇOIS (rencontres avec Dominique Wolton), *Politique et Société*, Librairie Editrice Vaticane/Paris 2017, pp. 321-324. Rapportons la dernière réponse du Pape : « Mais ce n'est pas un mariage, c'est une union civile. « il n'y a pas d'autre voie », faisons comme ça... ».

société française en général et la société ecclésiale en particulier autour du mariage ouvert aux personnes de même sexe, appelé communément *mariage pour tous*, et qui a donné lieu au vote de la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013, loi publiée au Journal Officiel le jour suivant². Ce débat a sollicité particulièrement les milieux universitaires catholiques, à commencer par ceux des disciplines ecclésiastiques que sont la théologie, notamment la théologie morale, et le droit canonique. Ainsi nous souhaitons présenter quelques considérations concernant l'ordre canonique à propos des unions civiles de personnes de même sexe et de l'adoption qui peut en découler, conscient de le faire à partir de l'expérience que nous en avons³.

Avant d'entrer plus avant dans notre développement, nous voulons attirer l'attention sur deux premiers points. Premièrement, grand serait le risque d'ignorer les conséquences du droit civil sur le droit canonique au motif que ce dernier s'enracine dans la Révélation et donc sur des fondements théologiques étrangers au droit civil, l'étanchéité entre les deux droits étant ainsi assurée. Deux éléments de réflexion étayaient pour nous la pertinence de ne pas enfermer le droit canonique dans un isolement olympien, au motif que le droit canonique est un droit sacré différent du droit civil. D'abord, nous souscrivons ici à la thèse de Peter Erdö qui écrit dans *Le sacré dans la logique interne d'un système juridique* : « si l'on considère le droit d'après l'institutionnalisme chrétien, exempts des fermetures positivistes [...] il est tout à fait évident que le droit de l'Eglise catholique est un droit au vrai sens du terme »⁴. En ce sens le droit canonique en tant que vrai droit peut se nourrir, voire être poreux aux autres systèmes juridiques. Ensuite le droit canonique ne peut faire l'impasse de la problématique du droit comparé. Deuxièmement, nous voulons souligner que les Catholiques qui sont soumis au droit ecclésial le sont tout autant au droit civil de sorte que si parfois il peut exister une certaine schizophrénie chez l'un ou l'autre croyant,

² La loi du 17 mai 2013 destinée à répondre aux revendications homosexuelles a fait suite – sans l'abroger – à la loi 99-944 du 13/15 novembre 1999 instituant le Pacte Civil de Solidarité (PACS) ouvert à toute personne. Désormais la législation française propose aux personnes le concubinage – qui a été juridiquement défini par la loi de 1999 –, le PACS et le mariage.

³ C'est la difficile question entre l'universel-dominant et le particulier naturalisé exposé en sociologie. Comme illustratif de notre propos, citons l'ethnologue et sociologue NICOLE CLAUDE-MATHIEU, *Notes pour une définition sociologiques des catégories de sexe*, in « Revue Epistémologies sociologiques » 11 (1971) 19-39, réédité in *L'anatomie politique. Catégorisations et idéologies du sexe*, Paris 1991, pp.17-41 : « Quand j'analyse ma propre société, le problème général dont je traite est mon problème et, inversement, mon problème est général. Je n'ai pas besoin de spécifier le sujet, puisque c'est moi. Ou bien j'ignore totalement l'autre, ou bien si je m'aperçois que mon autre a quelque chose à voir dans ce problème, je le cite mais en le particularisant et lui seul ». Nous touchons ici à la prétention à l'objectivité du chercheur et du discours élaboré.

⁴ P. ERDÖ, *Le sacré dans la logique interne d'un système juridique*, Paris 2009, p. 161.

il n'en reste pas moins que catholicité et citoyenneté ne sont pas étrangères l'une à l'autre et qu'en conséquence les deux droits s'influencent mutuellement par le biais des citoyens catholiques, et ce même lorsque l'enseignement du magistère⁵ concernant les unions de personnes de même sexe est fermement maintenu par le Peuple chrétien. Le législateur doit en avoir conscience, lui qui édicte des lois pour le salut de tous et de chaque personne. Il faut parfois un peu d'effort pour repenser ce qui semble être une évidence, et dans ce cadre, un peu de sociologie juridique ne peut qu'être un bien. Nous voulons citer ici ce que nous avons écrit par ailleurs :

Tout en respectant les principes incontournables de la Révélation – le droit divin positif – et de la nature – le droit divin naturel – tels que reçus par le magistère ecclésial, le législateur saura discerner dans l'ordre des possibles ce qui semble le plus adapté pour l'homme d'aujourd'hui [...] et ce dans une société particulière, l'Eglise n'appartenant à aucune culture [...]. Si le droit canonique évolue, c'est que les sociétés changent et que la société ecclésiale par le fait même connaît des transformations, ou qu'elle se trouve confrontée à des questions inédites mettant en cause son propre modèle⁶.

Et nous ajouterons ici : remettant en cause au pire la pertinence, au mieux questionnant la juste compréhension de la norme canonique en vigueur.

La sociologie juridique nous permet d'envisager un troisième point, point que nous voulons mentionner ici pour ne plus y revenir. Traiter de l'influence des évolutions juridiques civiles sur le droit canonique ne doit pas se cantonner à énumérer l'évolution des législations par la promulgation de nouvelles lois mais doit aussi prendre en compte l'évolution des mœurs juridiques que connaissent les peuples, évolution qui peut porter d'une part à la réévaluation juridique de faits précédemment tus et traités par des voix extrajudiciaires et d'autre part à des renversements de jurisprudence. Il est des législations qui

⁵ Pour une exposition de l'enseignement du Magistère, cf. FRANÇOIS, Exhortation Apostolique post-synodale *Amoris laetitia*, 19 mars 2016, n. 250-251, sur http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia.html (consulté le 5 septembre 2017); CONGRÉGATION POUR LA DOCTRINE DE LA FOI, *Considérations à propos des projets de reconnaissance juridique des unions entre personnes homosexuelles*, 3 juin 2003, sur http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_fr.html (consulté le 5 septembre 2017).

⁶ L. DANTO, *De l'intérêt de la sociologie en droit canonique*, in « L'Année Canonique » 55 (2013) 128-129. Pour appuyer notre affirmation, nous souhaitons citer les dernières lignes de Nathalie RIGAUD, *Introduction à la sociologie par sept grands auteurs*, Louvain-la-Neuve, p. 270 : « Dans tout notre parcours allant de l'identité au lien social est bien apparue la façon dont, pour la sociologie, on ne peut se connaître sans connaître le monde ni connaître le monde sans se connaître soi, tant, pour elle, la société et l'individu se constitue l'un par l'autre. Dès son origine et aujourd'hui encore, la sociologie tente de nous éclairer sur les transformations du monde qui est le nôtre et sur notre place dans celui-ci, permettant à ceux qui en conçoivent le projet d'orienter de façon plus juste leur action dans le monde ».

changent peu en leur principe, mais qui voient leur application changée du tout au tout du fait d'une nouvelle sensibilité des populations. Nous voulons citer ici pour nous faire comprendre la remarquable analyse de Jean Carbonnier présentant la relation entre norme et application de la norme :

Le droit dogmatique s'intéresse peu à sa propre application : c'est qu'au fond du cœur il la suppose parfaite. S'il advient que, dans un cas particulier, une loi soit enfreinte, les sanctions qui se déclenchent alors ne sont qu'une forme suprême d'application. L'observation sociologique, au contraire, découvre d'innombrables phénomènes d'ineffectivité : beaucoup de lois ne s'appliquent pas ou ne s'appliquent que partiellement – que ce soit une impuissance inhérente à leur nature, ou par la mauvaise conscience, la tolérance, voire la paresse des pouvoirs publics, ou par la résistance des sujets, soit active, soit passive⁷.

Une telle affirmation est à titre d'exemple parfaitement illustrée dans le cadre du traitement pénal des abus sur mineurs. Si de tels actes ont généralement fait l'objet d'une sanction pénale dans les deux droits – droit civil et droit canonique –, et d'une réprobation morale incontestable, la sanction pénale était, il y a encore quelques décennies, peu active, la société gérant autrement les cas qui pouvaient exister, et nous le savons, les gérant souvent dans un cadre d'abord privé et confidentiel. C'est peu de dire que l'évolution de la société quant au traitement de ce type de faits pénalement répréhensibles a déjà eu des répercussions importante tant dans l'ordre étatique que dans l'ordre ecclésiastique, non seulement dans un premier temps quant à l'application de la norme elle-même que, dans un second temps, quant à l'évolution de cette dernière⁸. Nous n'aborderons pas cette question de l'évolution des mentalités juridiques, mais elle nous apparaît en ligne de principe comme un incontournable de notre sujet, tant les évolutions sociétales ont été importantes ces dernières décennies en ce qui concerne d'abord en fait puis ensuite en droit, la place et le statut juridique des personnes homosexuelles dans les sociétés occidentales. Cette prise en compte de l'évolution des mentalités juridiques rejoint d'ailleurs la problématique de l'accompagnement et du discernement pastoral de l'Église.

Tout cela étant dit, nous pouvons traiter de notre sujet comme nous l'avons annoncé. Dans une première partie nous évoquerons les unions civiles de personnes de même sexe et leurs éventuelles incidences en droit canonique (1).

⁷ J. CARBONNIER, *La sociologie juridique*, PUF 2004, p. 255.

⁸ L'évolution ces dernières années du droit canonique quant à ces situations douloureuses est éloquent depuis la lettre de la Congrégation du Saint-Office *Crimen sollicitationis* de 1962 reprenant la législation de Benoît XV de 1922, au Motu proprio de saint JEAN-PAUL II *Sacramentorum sanctitatis tutela* du 30 avril 2001 modifié le 21 mai 2010 sous Benoît XVI, et ce, en passant par le can. 1395 du CIC tel que promulgué le 25 janvier 1983, le tout ouvrant sur une réforme annoncée du livre VI du code latin. Il ne faut pas oublier les indults de 1994 et 1996 respectivement pour les États-Unis d'Amérique et pour l'Irlande.

Dans un second temps nous aborderons la problématique d'après la question de l'homoparentalité (2).

1. UNIONS CIVILES DE PERSONNES DE MÊME SEXE ET INCIDENCES DANS L'ORDRE CANONIQUE

Nous avons tenté de montrer dans un article récent combien la question du mariage civil et des divorcés remariés, situations grandement généralisées par l'effondrement de la pratique religieuse et par les législations civiles toujours plus a-religieuses et ouvertes sur l'institution du divorce, combien cette question nous portait à redécouvrir dans toute sa richesse, et la doctrine canonique du consentement matrimonial, et les questions portées par l'institution juridique des *sanatio in radice* et des convalidations simples⁹. Nous voudrions ici montrer comment la législation civile au travers de l'évolution du droit de la famille peut interroger la norme canonique elle-même dans son énoncé et son application : nous prendrons l'exemple des législations civiles ouvrant le mariage ou le concubinage aux couples de même sexe. Il est commun de dire que la législation concernant les unions de personnes de même sexe n'a pas d'incidence en droit canonique puisque les unions des personnes de même sexe n'ont pas d'existence canonique et que seule est instituée canoniquement la famille hétérosexuée. Nous n'en sommes pour notre part pas aussi certain. Nous retiendrons l'exemple suivant mettant en question le can. 1093 du CIC de 1983¹⁰.

Pastoralement en effet, il n'est pas impensable de voir deux fiancés de sexe différent se présenter à leur curé pour contracter valablement mariage et de s'apercevoir au cours de l'entretien pastoral que l'un des deux a précédemment entretenu une relation de nature homosexuelle avec un parent au premier degré de son actuel fiancé de sexe opposé, relation sanctionnée par un lien juridique civil : soit le concubinage ou tout autre contrat civil, soit le mariage civil. Ce cas d'école questionne donc la compréhension que nous avons de l'application du can. 1093, soit la compréhension que nous avons de l'empêchement

⁹ Cf. L. DANTO, *Doctrine canonique et Exhortation apostolique post-synodale Amoris laetitia – réflexion sur le consentement matrimonial et l'institution canonique des sanatio in radice : accompagner les familles en situations irrégulières*, in « Revue d'éthique et de théologie morale » 294 (2017) 49-62.

¹⁰ Nous n'aborderons pas ici la question de la nature hétérosexuée du mariage telle qu'elle appert au can. 1055 et des conséquences de celle-ci sur le consentement matrimonial. Nous avons abordé quelques éléments de cette réflexion dans un autre article. Cf. L. DANTO, *Mariage et consentement. Réflexions canoniques à propos de la législation française*, in « Revue de droit canonique » 64/1(2014) 43-67.

d'honnêteté publique, et cette question ne doit pas être trop aisément écartée comme impensable. En effet, d'une part à côté des catégories d'hétérosexualité et d'homosexualité, existe aujourd'hui la catégorie de bisexualité¹¹, d'autre part l'on ne peut exclure le recours à telle ou telle thérapie visant à réorienter sexuellement les personnes comme cela est parfois proposé dans certaines sociétés, qu'elles soient civiles ou religieuses¹² : dès lors le recours comme avancé par quelques pasteurs au can. 1095,3° serait inopérant, d'autant plus que celui-ci ne donne pas en tant que tel lieu à un empêchement dirimant, et qu'il n'intervient habituellement que *post-matrimonium*. Resterait parfois à l'autorité ecclésiale – ici l'Ordinaire du lieu – la possibilité d'appliquer le can. 1077 § 1 visant à empêcher les noces. Cette solution ne nous apparaît pas des plus opérantes du fait du droit naturel au mariage. Ainsi la question qui se pose à nous est de savoir si nous devons étendre l'empêchement d'honnêteté publique à l'union civile ou au concubinage entre personnes de même sexe. Il appartiendra peut-être un jour au législateur ecclésial de se prononcer, aussi nous voulons modestement et comme contribution au débat attirer l'attention sur le fait suivant. L'empêchement d'honnêteté publique est un empêchement de droit purement ecclésiastique qui n'a pas d'autre fin que celle de la moralité publique, voire aujourd'hui d'une prise en considération minimum des questions psychologiques que de telles situations peuvent porter en elles du fait des liens affectifs créés entre les personnes concernées : ces empêchements de droit ecclésiastique sont des empêchements qui peuvent à bon droit être qualifiés d'éthico-juridiques. Serait-il juste en l'espèce que seuls les couples de sexe différent aient à connaître d'un empêchement dirimant pour une situation qui, sauf jugement meilleur, ne nous apparaît pas plus amoral – voire immorale – que le cas d'école que nous avons évoqué ci-dessus. La question mérite d'être posée ? Soulignons ici qu'il ne s'agit pas pour nous de fonder notre réflexion

¹¹ Notre propos n'est pas ici de présenter ces catégories liées aux orientations sexuelles comme étant définitives ou indépassables, voire non-questionnables, mais de les retenir comme des faits qui s'imposent à nous. Les études sociologique sont multiples, variées et souvent contradictoires tant pour concevoir la vie privée que la conjugalité. Suivant les chercheurs et les lieux, seront mis en avant les questions de travail, de sexualité mais encore celles d'anthropologie de la parenté et de droit de la famille, cf. à titre d'exemple I. CLAIR, *Sociologie du genre*, 2012, pp. 108-110. Ce qui nous semble évident pour les sociétés occidentales – mais est-ce une évidence ? – c'est que nous changeons progressivement – définitivement à vue humaine (?) – de paradigme quant à ce qui constitue le permis et le non permis en matière de sexualité – et donc de la famille (?) – en passant d'un binôme hommes/femmes, mariés/non mariés à un binôme consentants/non-consentants, majeurs/mineurs.

¹² A propos des thérapies, et sans vouloir prendre parti dans les débats qui opposent les pour et les contre – ce qui n'est pas l'objet de notre communication – nous renvoyons pour la présentation historique qui en est faite à la lecture de M. BRICKI, *Psychiatrie et homosexualité - Lectures médicales et juridiques de l'homosexualité dans les sociétés occidentales de 1850 à nos jours*, Besançon 2009.

sur le droit à l'égalité – véritable leitmotiv dans nos sociétés contemporaines – entre les personnes ou entre les couples et les familles mais sur la prise en compte des questions éthiques et psychologiques qu'entraînent l'intimité de deux personnes quel que soient leur sexe et sur leurs conséquences sociales.

L'objection à une telle extension de l'empêchement d'honnêteté public pourrait être la peur de sembler légitimer le mariage civil des personnes de même sexe. Nous nous inscrivons en faux avec une telle peur, même s'il peut exister un risque dans la réception que peut en faire le Peuple chrétien. *Mutatis mutandis*, car la question dogmatique est différente, l'extension de l'empêchement d'honnêteté public au mariage civil des Catholiques n'a pas remis en cause les prescriptions des décrets *Tametsi* et *Ne temere*, et n'a pas légitimé le mariage civil pour les Catholiques, seul restant légitime le mariage canonique.

2. HOMOPARENTALITÉ¹³ ET INCIDENCES DANS L'ORDRE CANONIQUE

Un autre empêchement dirimant intéresse plutôt la question de la "famille homosexuelle", et plus précisément de l'homoparentalité. Il s'agit de l'empêchement de parenté légale du can. 1094. Faut-il appliquer ou non aux enfants adoptés civilement par deux personnes de même sexe cet empêchement ?

Le can. 110 qui envisage l'adoption, canonise la loi civile quant à l'établissement du lien de filiation, l'Eglise n'ayant d'ailleurs jamais eu de norme propre et autonome en la matière¹⁴. Le can. 22 concernant la canonisation des lois civiles précise pour sa part que la canonisation est possible « dans la mesure où [ces lois] ne sont pas contraires au droit divin et sauf disposition autre du droit canonique ». Les dispositions civiles en la matière sont-elles contraires au droit divin ? La question est complexe. Nous pouvons arguer que l'adoption en tant que fiction juridique se doit de feindre ce qui est vrai puisqu'une fiction ne peut feindre ce qui n'est pas¹⁵, or un enfant est engendré d'un homme et d'une femme, et non pas de deux hommes ou de deux femmes. La question d'ailleurs

¹³Pour une première vision synthétique de la question homoparentale cf. C. NEIRINCK – M. GROSS, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et de société*, Paris 2014 et S. CHAUVIN – A. LERCH, *Sociologie de l'homosexualité*, Paris 2013, notamment p. 71-78.

¹⁴ Rappelons que jusqu'au code de 1917, l'Eglise recevait l'adoption en droit canonique lorsque la législation étatique particulière correspondait à l'adoption en droit romain. Cf. ALLOTTE DE LA FUYE, *Adoption*, in « Dictionnaire de droit canonique » t. 1, 1924, pp. 214-221.

¹⁵ Pour une étude de la fiction juridique, cf. E. PETIT, *Consentement matrimonial et fiction du droit. Etude sur l'efficacité juridique du consentement après l'introduction de la fiction en droit canonique*, Rome 2010, pp. 29-32.

ici pourrait être aussi envisagée quant à l'adoption par un célibataire¹⁶, même s'il apparaît clairement que cette adoption est reçue dans la pratique de l'ordre canonique. Derrière la question de l'adoption se pose d'ailleurs la question de la *patria potestas* : si l'adoption civile pose difficulté et n'est pas reçue dans l'ordre canonique, faut-il assimiler en droit canonique les parents légaux d'une adoption homoparentale à des tuteurs au terme du can. 98 § 2, ou bien au terme du même canon demander à l'évêque de nommer systématiquement en ces cas un tuteur¹⁷? Ne pas y réfléchir ne peut que brouiller sous peu l'accompagnement pastoral, notamment lorsque le baptême ou le mariage sera demandé pour et/ou par un mineur adopté dans le cadre d'une adoption homoparentale : comment répondre au can. 868 § 1 pour le baptême licite d'un enfant ou comment répondre au can. 1071 § 1,6° pour le mariage d'une personne mineure « à l'insu ou malgré l'opposition raisonnable de ses parents », à moins de considérer que la situation que nous envisageons fait désormais partie des cas de nécessité évoqués au début du canon, dispensant de tenir compte de l'avis des personnes qui détiennent l'autorité parentale au terme de la loi civile, avec toutes les conséquences pénales que cela peut induire pour les pasteurs auprès des juridictions étatiques, mais aussi avec toutes les difficultés d'appréciations liées à chaque cas d'espèce?

Nous pouvons comprendre aisément la difficulté de l'ordre canonique à admettre du fait de l'anthropologie chrétienne le premier effet juridique de l'adoption : la parenté légale. Mais cela étant dit, il nous faut prendre en compte la réalité, l'existential, et cette voie de la prise en compte du réel dans la situation des familles nous apparaît clairement indiquée par l'Exhortation apostolique *Amoris laetitia* lorsque le Saint-Père écrit :

Il s'agit d'intégrer tout le monde, on doit aider chacun à trouver sa propre manière de faire partie de la communauté ecclésiale, pour qu'il se sente objet d'une miséricorde "imméritée, inconditionnelle et gratuite". Personne ne peut être condamné pour toujours, parce que ce n'est pas la logique de l'Évangile! Je ne me réfère pas seulement aux divorcés engagés dans une nouvelle union, mais à tous, en quelque situation qu'ils se trouvent¹⁸.

¹⁶ Cf. notamment pour l'adoption par des clercs, G. GHIRLANDA, *Celibato e adozione di minoreni da parte di chierici*, in « Periodica » 92 (2003) 383-415.

¹⁷ Cette question met aussi en jeu la problématique de la représentation du mineur ou du majeur incapable pour ester en justice : faut-il appliquer le can. 1478 § 1 et partir du principe que les adoptants au civil sont les représentants légitimes ou naturels devant les tribunaux ecclésiastiques ou bien si l'assimilation des parents légaux à des tuteurs n'est pas admise, faut-il appliquer le can. 1478 § 2 avec constitution par le juge ecclésiastique d'un tuteur ou d'un curateur? La question pastorale n'est pas simple et le choix opéré, pouvant être critiqué par les uns et les autres, aura des conséquences quant à l'annonce de l'Évangile.

¹⁸ FRANÇOIS, Exhortation Apostolique post-synodale *Amoris laetitia*, 19 mars 2016, n. 297, sur http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia.html (consulté le 5 septembre 2017).

Dans tous les cas, il est aisé de conclure que le lien établi par la loi civile aura des conséquences éthiques. Pouvons-nous les nier ? Nous retrouvons ici ce que Boccafola écrit en parlant de l'adoption en tant que telle comme « le lien éthico-juridique qui se forme entre une personne légitimement adoptée et la personne qui adopte, et entre l'adopté et les consanguins de l'adoptant »¹⁹, ce que nous pouvons sans grande difficulté appliquer à la situation que nous analysons, d'autant plus qu'il n'est pas rare que l'un des adoptants ait précédemment contracté une union hétérosexuelle de laquelle sont issus des enfants naturels. L'enfant adopté vivra par le fait même en frères et sœurs avec les enfants naturels de son ou ses adoptants. Faut-il faire alors comme si aucun lien de type fraternel n'existait entre ces personnes au motif que l'adopté civil l'est par des personnes engagées dans une relation homosexuelle et permettre *sic et simpliciter* par voie de conséquence un mariage entre des personnes qui ont vécu comme frères et sœurs ? Là encore le législateur ecclésial est interrogé mais il nous semble prudent et juste tant pour les enfants vivants au sein d'une famille dite "traditionnelle" que pour des enfants élevés au sein d'une famille dite "alternative", que – outre l'accompagnement pastoral – l'empêchement puisse aussi dans le futur être appliqué à ce type de situation.

Quelle que soit la solution juridique retenue quant au statut de l'homoparentalité en droit canonique, celle-ci pose la question de la rédaction des registres au terme du can. 535 § 1 et 2 lorsqu'il faut établir par exemple la filiation dans les actes de baptême ou de mariage et que la personne qui se présente aux pasteurs pour le baptême ou le mariage n'a pas d'autre filiation que celle adoptive établie par la loi civile et présentant au premier degré deux ascendants de même sexe. Cette rédaction des registres est renvoyée aux normes des Conférences des évêques. Pour répondre adéquatement à cette question, nous sommes d'avis que ces registres ne doivent pas être considérés comme ayant une portée morale ou symbolique de reconnaissance – au risque de n'arriver à aucune solution efficiente et le droit se doit d'être efficient – mais qu'ils doivent être considérés comme ayant une portée purement juridique de droit positif visant à nous assurer de l'identité légale des personnes, évitant toute erreur d'identité entre ceux qui s'adressent à l'Église. Chaque Conférence des évêques se doit de trouver la rédaction la plus adéquate pour parvenir à cette fin, principalement les Conférences situées dans des pays qui ont ouvert le mariage et l'adoption aux personnes de même sexe, étant en cause là encore une

¹⁹ K.E. BOCCAFOLA, « Gli impedimenti relativi ai vincoli etico-giuridici tra le persone : *affinitas, consanguinitas, publica honestas, cognatio legalis* », in *Gli impedimenti al matrimonio canonico*, Cité du Vatican, p. 204. « il vincolo etico-giuridico che si forma tra una persona legittimamente adottata e la persona che adotta, fra l'adottato ed i consaguinei dell'adottante » (la traduction est nôtre).

question de justice : d'une part en effet les personnes qui se présentent à nous ne sont pas responsables de leur filiation civile et leur identité doit être certaine dans les registres de l'Église ; d'autre part il n'est pas souhaitable de laisser les pasteurs indécis face à des questions qui portent plus à une anarchie des réponses qu'à une harmonieuse politique pastorale²⁰. Il en va – nous voulons le croire – de la crédibilité du discours ecclésial.

Pour répondre à ces questions à propos de l'homoparentalité, il faut s'en douter partir non pas de la situation des adoptants qui souvent cristallisent les passions dans le débat ecclésial et social, mais bien plutôt de la situation de l'adopté à qui l'Église doit permettre l'accès au Salut, sinon nous prenons le risque de rétablir directement ou indirectement, de fait ou de droit, – ce que nous pensons personnellement préjudiciable – des distinctions entre les baptisés comme le connaissait l'ancien droit, avec l'existence des enfants légitimes, illégitimes, naturels ou adultérins, *nefas* ou sacrilèges. L'égalité des enfants dans la législation canonique en vigueur nous apparaît en effet ne pas devoir être remise en cause : elle est le signe d'un progrès à l'encontre des personnes et la marque d'un droit civil et urbain.

CONCLUSION

De tout ce que nous venons de dire, il nous semble important que le législateur et la doctrine canoniques soient attentifs aux conséquences des évolutions législations civiles en contradiction avec l'enseignement de l'Église : les institutions civiles qui apparaissent comme totalement étrangères à l'ordre canonique – ainsi des unions civiles de personnes de même sexe – ne sont pas sans influence – nous croyons l'avoir démontré – sur le droit canonique en vigueur car les situations pastorales qu'elles entraînent n'influent pas seulement sur des questions de théologie pastorale ou de théologie morale mais aussi sur des questions de droit canonique. Comme nous le mentionnions dans notre introduction, les ordres juridiques civilistes et canoniques ne sont pas étrangers l'un à l'autre comme voudraient le laisser croire les différents camps qui s'affrontent sur le terrain des évolutions sociétales. Ces évolutions – parfois ces révolutions juridiques – demandent un approfondissement de la compréhension et du sens de la norme canonique en vigueur, et ce, sans qu'il soit nécessaire d'intégrer à l'ordre canonique les institutions civiles qui lui

²⁰ Pour illustrer le bricolage des registres déjà en cours en France, cf. C. BÉRAUD, *Catholiques pratiquant-e-s et marié-e-s en couple de même sexe*, in *Homosexualité et traditions monothéistes – vers la fin d'un antagonisme?* sous la direction de R. BETHMONT – M. GROSS, Genève 2017, pp. 317-333.

sont étrangères au sens du Magistère : il suffit de constater que ces nouvelles institutions juridiques civiles s'imposent à l'ordre canonique au moins comme un phénomène juridique secondaire du fait du pluralisme juridique et que nous sommes dans l'impossibilité d'aborder chaque droit de manière moniste, tentation de tous les systèmes juridiques, le système canonique compris. Nous voudrions citer à nouveau Carbonnier qui s'opposant au monisme juridique de l'Etat, écrit dans le cadre d'une réflexion en sociologie juridique :

La sociologie juridique procède d'une vue toute opposée [au monisme juridique] : que le droit est essentiellement multiple et hétérogène. Au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autre avec lui, indépendamment de lui, éventuellement ses rivaux. C'est l'hypothèse du pluralisme juridique²¹.

Cette affirmation à l'encontre du droit de l'Etat vaut – toute chose égale par ailleurs – tout autant pour le droit de l'Eglise. Ainsi la doctrine canonique ne doit pas se contenter de travailler en amont ou de laisser travailler les moralistes sur les questions de société et de législation civile, elle doit tout autant les travailler en aval lorsque le législateur étatique a promulgué une loi étrangère à la pensée ecclésiale, parce que celle-ci influera inmanquablement sur le choix des fidèles du Christ en tant que citoyens et aura par ricochet des conséquences dans l'ordre canonique, demandant que telle institution canonique soit retravaillée ou adaptée à la nouvelle situation. C'est à ce titre peut-être que les canonistes pourront jouir eux aussi du beau titre de disciples-missionnaires et correspondre aux vœux du Pape François :

« L'Église "en sortie" est la communauté des disciples missionnaires qui prennent l'initiative, qui s'impliquent, qui accompagnent, qui fructifient et qui fêtent. « *Primerear* – prendre l'initiative » : veuillez m'excuser pour ce néologisme. La communauté évangélisatrice expérimente que le Seigneur a pris l'initiative, il l'a précédée dans l'amour (cf. *1Jn 4, 10*), et en raison de cela, elle sait aller de l'avant, elle sait prendre l'initiative sans crainte, aller à la rencontre, chercher ceux qui sont loin et arriver aux croisées des chemins pour inviter les exclus [...]. Osons un peu plus prendre l'initiative ! En conséquence, l'Église sait "s'impliquer" »²².

²¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris 2004, p. 356.

²² FRANÇOIS, Exhortation Apostolique *Evangelii Gaudium*, 24 novembre 2013, n. 24, sur http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html (consulté le 5 septembre 2017).

ENTI DELLA CHIESA E DIRITTO SECOLARE

Paolo Cavanna*

SOMMARIO: I. PARTE DESCRITTIVA. 1. Gli enti della Chiesa: varietà e distinzioni. – 2. Enti ecclesiastici e ordinamenti secolari tra dimensione istituzionale ed associativa. – 3. La disciplina degli enti nelle due codificazioni canoniche – 4. Gli enti della Chiesa tra concordati e diritto comune. 4.1. Sistemi concordatari o di collaborazione. 4.1.1. Area tedesca. 4.1.2. Area latina. 4.2. Sistemi separatisti. 4.2.1. Area francofona. 4.2.2. Paesi di tradizione anglosassone. 4.2.3. Modelli a confronto. – II. PARTE RICOSTRUTTIVA. 5. Elementi di novità nel regime degli enti nel diritto secolare. 5.1. Pluralismo, libertà religiosa e laicità dello Stato. 5.2. Gruppi religiosi e appartenenza confessionale. 5.3. Crisi del sistema delle fonti. 5.4. Evoluzione del concetto di persona giuridica. 5.5. Crisi della distinzione tra enti pubblici ed enti privati. 5.6. Sviluppo del Terzo settore. 5.7. Effetti ulteriori della globalizzazione. 6. Fattori evolutivi nell'ordinamento ecclesiale ed enti ecclesiastici. 6.1. Forme organizzative e modello codificatorio. 6.2. Persone giuridiche ed enti nella Chiesa. 6.3. Modelli di amministrazione interna. 6.4. Istituti religiosi. 6.5. Riforma delle strutture ecclesiali: le diocesi e le parrocchie. 6.6. Riforma delle strutture ecclesiali e autonomia statutaria. 6.7. Attività svolte in forma commerciale e finanziarie. 7. Osservazioni conclusive.

I. PARTE DESCRITTIVA

1. *Gli enti della Chiesa: varietà e distinzioni*

Il tema in oggetto descrive un ambito materiale molto vasto e una serie di questioni giuridiche quanto mai complesse, fortemente segnate, oltre che dai caratteri della costituzione ecclesiale e dalle esigenze della comunità dei fedeli, soprattutto dall'evoluzione storica, dalle ideologie politiche dominanti e dai caratteri dei singoli ordinamenti nazionali.

Data la sua ampiezza, e i suoi necessari limiti, procederò pertanto all'analisi del tema seguendo un percorso suddiviso in due parti: una prima parte di tipo descrittivo sulla disciplina canonistica degli enti e sul suo stretto rapporto con il diritto secolare, seguita da un'analisi comparativa dei principali modelli normativi cui tali enti sono soggetti negli ordinamenti secolari contemporanei; seguirà una seconda parte di tipo ricostruttivo, ove evidenzierò alcune linee di tendenza del regime degli enti nel diritto secolare e in quello canonico e

* Università LUMSA – Roma.

proporrò alcune osservazioni conclusive circa il loro impatto sulla disciplina civilistica degli enti della Chiesa.

Con l'espressione "enti della Chiesa", non contemplata nel *Codex* ma non sconosciuta al diritto canonico¹ e accolta dalla dottrina canonistica, si intende l'insieme degli enti – ovvero soggetti diversi dalle persone fisiche, dotati o meno di personalità giuridica canonica (cfr. can. 310) – attraverso cui la Chiesa, a livello locale e universale, persegue i propri molteplici fini corrispondenti alla sua missione (can. 114, §§ 1-2)². Essa quindi sottende, accanto all'analisi dei profili soggettivi propri delle varie tipologie di enti, il riferimento ad un fascio di tematiche che vanno dalle varie forme di soggettività giuridica, compreso il concetto di persona giuridica e la sua disciplina³, alla struttura gerarchica e societaria della Chiesa e al fenomeno associativo all'interna di essa⁴, dal patrimonio ecclesiastico e la sua amministrazione⁵ fino al finanziamento delle

¹ L'espressione non compare nel *Codex*, che accoglie piuttosto – secondo una lunga tradizione – il termine latino *universitas* o *universitates* (can. 115), che non ha però lo stesso significato. Tuttavia tale espressione non è sconosciuta al diritto canonico, soprattutto al diritto canonico particolare, ove la materia degli enti della Chiesa, ricorrendo a questa stessa espressione o ad altre analoghe (enti ecclesiastici, circoscrizioni o istituzioni della Chiesa), è spesso oggetto di disciplina attraverso concordati o accordi con i singoli Stati (cfr. J. T. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di Concordati 1950-1999*. Presentazione di S.E.R. mons. Jean-Louis Tauran, Città del Vaticano 2000). Ma si pensi anche all'espressione "enti centrali della Chiesa" espressamente enunciata nell'art. 11 del Trattato lateranense del 1929 (in argomento cfr. G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 5^a ed., Torino 2014, p. 354 ss.), che riconosce alla Santa Sede una serie di garanzie giuridiche – tra cui l'istituzione dello Stato della Città del Vaticano – da parte dello Stato italiano per l'esercizio libero e indipendente della sua funzione di governo della Chiesa universale. Quanto alla cost. ap. *Pastor bonus* (1988), che disciplina la Curia Romana, essa utilizza il termine latino "Instituta" accanto a quello di "Dicasteria", per indicare i vari organismi da cui essa è composta (art. 1).

² Per un approfondimento e discussione del tema sul piano teorico e dottrinale, cfr. A. M. PUNZI NICOLÒ, *Gli enti nell'ordinamento canonico*, Padova 1983, p. 24 ss., la quale, sulla base dell'incerta sistematica del Codice del 1983 e dei canoni sulle associazioni dei fedeli (can. 298 ss.), rileva "una scissione tra l'essere soggetto nell'ottica disciplinare e magisteriale della Chiesa (e la *consociatio privata* non personificata è certamente, in quest'ottica, considerata unitariamente) e l'essere soggetto unitario di diritti e doveri nell'ambito patrimoniale", che il can. 310 del *Codex* vigente tende a riservare alle sole persone giuridiche.

³ Fondamentali in materia restano gli studi di G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano 1985, p. 101 ss.; ID., *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico (Contributo allo studio delle persone morali)*, Milano 1974.

⁴ Cfr. V. MARANO, *Il fenomeno associativo nell'ordinamento ecclesiale*, Giuffrè, Milano 2003; L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, Milano 1991.

⁵ In argomento cfr. V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*. Nuova edizione aggiornata e integrata, a cura di A. Perlasca, Bologna 2016; AA.Vv., *I beni temporali della Chiesa*, Città del Vaticano 1999; AA.Vv., *I beni temporali della Chiesa*, a cura del Gruppo italiano docenti di diritto canonico, Milano 1997; J.-C. PÉRISSET, *Les biens temporels de l'Église. Commentaire des Canons 1254-1310*, Paris 1996.

strutture ecclesiali e il sostentamento del clero⁶, alle varie attività, anche di carattere secolare (educazione, istruzione, assistenza, etc.), mediante le quali si estrinseca l'azione evangelizzatrice, di culto, caritativa e di promozione umana svolta dalla Chiesa, investendo altresì il ruolo e le responsabilità del laicato rispetto alle funzioni della gerarchia⁷.

In questa sede non si può che dare per scontato l'esame della ricca tipologia di enti che anima la vita della Chiesa e che rappresenta da sempre uno dei segni più evidenti del pluralismo che connotano la comunità ecclesiale e il suo ordinamento sul piano soggettivo. Ai nostri fini può essere sufficiente richiamare tre distinzioni che consentono di abbracciare questa varietà, cogliendone alcune importanti peculiarità destinate ad incidere anche sul loro regime civilistico.

Una prima distinzione, introdotta dal *Codex* del 1983, è quella tra *persone giuridiche canoniche pubbliche* e *persone giuridiche canoniche private*, cui si aggiunge quella – non del tutto coincidente – tra *associazioni pubbliche* e *associazioni private* di fedeli, entrambe fondate sul diverso legame, più o meno stretto, che ciascun ente presenta con l'autorità ecclesiastica e che ha per effetto anche un differente regime di amministrazione dei loro beni (gerarchia/autonomia dei fedeli)⁸.

Una seconda distinzione, di origine dottrinale, è quella tra *enti di struttura* ed *enti di libertà*, che tiene conto del momento costitutivo dell'ente e del ruolo che in esso assume l'autorità ecclesiastica ovvero il libero impulso dei fedeli, ponendosi quindi in relazione diretta con l'esercizio della *sacra potestas* ovvero con la missione propria di ogni battezzato, in particolare dei fedeli laici e dei religiosi (dimensione istituzionale/dimensione carismatica)⁹.

⁶ In argomento cfr. J.-P. SCHOUPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Milano 1997, p. 81 ss.

⁷ Con specifico riferimento al servizio della carità nella Chiesa e sui correlativi profili organizzativi, cfr. AA.VV., *Il servizio della carità: corresponsabilità & organizzazione*. Atti della giornata di studio sul *Motu Proprio "Intima Ecclesiae natura"*, 13 dicembre 2013, Città del Vaticano 2014.

⁸ Su tale distinzione, che rappresenta forse la principale innovazione introdotta dal Codice del 1983 nella materia degli enti, "figlia – come è stato avvertito (G. DALLA TORRE, *Ecclesialità e ministerialità nelle associazioni laicali*, in «Periodica de re canonica» LXXXVII (1998) 564) – dell'esigenza di distinguere, nella missione della Chiesa, tra le funzioni proprie della gerarchia e quelle comuni a tutto il popolo di Dio o peculiarmente attinenti alla condizione laicale" secondo quanto insegnato dal Concilio Vaticano II, tra i numerosi contributi cfr. G. LO CASTRO, *Il fenomeno associativo tra pubblico e privato nel diritto della Chiesa*, in *Id.*, *Il mistero della Chiesa. II. Persona e diritto nella Chiesa*, Torino 2011, 247 ss.; P. A. BONNET, *'Privato' e 'pubblico' nell'identità delle associazioni dei fedeli disciplinate dal diritto ecclesiale*, in *Id.*, *Comunione ecclesiale, diritto e potere. Studi di diritto canonico*, Torino 1993, p. 125 ss.; G. FELICIANI, *Il popolo di Dio*, Bologna 1991, p. 147 ss.; P. LOMBARDIA, *Persona jurídica publica y privada en el ordenamiento canonico*, in «Apollinaris» LXIII (1990) 1-2, pp. 137-152; R. BOTTA, *Persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private nel nuovo codice di diritto canonico*, in *Dir. eccl.*, 1985, I, p. 336 ss.

⁹ In argomento cfr. A. M. PUNZI NICOLÒ, *Libertà e autonomia negli enti della Chiesa*, Torino 1999; *Id.*, *Gli enti nell'ordinamento canonico*, cit.

Infine una terza distinzione, emersa nella dottrina canonistica statunitense, è quella tra *Church corporations* e *Church-related corporations*, in cui si riflette il principio di separazione tra Stato e organizzazioni religiose proprio della tradizione anglosassone e che fa leva sulle attività proprie di tali enti a seconda che esse siano di tipo strettamente religioso – culto, amministrazione dei sacramenti, catechesi, formazione cristiana, pastorale –, rivolte alla comunità dei fedeli ed escluse come tali da ogni forma di finanziamento pubblico (*religious organizations*), ovvero realizzino opere di carità (educazione, istruzione o assistenza) in genere rivolte a tutti, soggette per loro natura alle leggi civili e ammesse a forme di finanziamento pubblico e al regime premiale per le attività *non profit*¹⁰.

2. Enti ecclesiastici e ordinamenti secolari tra dimensione istituzionale ed associativa

Per gli enti della Chiesa il rapporto con il diritto secolare e con le autorità civili è sempre stato molto stretto, potremo dire *in re ipsa*. Infatti la Chiesa vive nella storia, pertanto i suoi enti e strutture non possono che operare nella cornice giuridica offerta dalle leggi civili storicamente vigenti nei singoli paesi. In questo senso vale ancora l'antico brocardo *Ecclesia vivit iure romano*, intendendo con quest'ultimo il diritto secolare in vigore nel tempo storico¹¹.

In sostanza gli enti ecclesiastici, pur se rispondenti a schemi soggettivi e di funzionamento interno dettati dal diritto canonico ed operanti nel perseguimento di fini religiosi per lo più estranei agli ordinamenti secolari, si trovano a dover operare all'interno di quest'ultimi. Da ciò deriva anche *ex iure canonico* un preciso obbligo per gli amministratori di tali enti di osservare le prescrizioni

¹⁰ Per una efficace sintesi del dibattito dottrinale soggiacente a tale distinzione nella canonistica statunitense, cfr. R. T. KENNEDY, *McGrath, Maida, Michiels: introduction to a study of the canonical and civil-law status of Church-related institutions in the United States*, in «The Jurist» 50 (1990) 351-401. Per riferimenti nella dottrina italiana, cfr. A. MADERA, *Gli ospedali cattolici. I modelli statunitensi e l'esperienza giuridica italiana: profili comparatistici*. Tomo I. *Gli ospedali cattolici negli U.S.A.*, Milano 2004, p. 79 ss.

¹¹ "Ecclesia sese evolvit sub iure Romano", F. WERNZ – P. VIDAL, *Ius canonicum*, t. II. *De Personis*, Editio altera, Romae 1928, p. 26. In argomento cfr. J.-P. SCHOUPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, cit., p. 7, per il quale tale adagio, risalente ai primi secoli della Chiesa (cfr. S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Torino 1995, p. 97), informa il principio della canonizzazione delle leggi civili, enunciato in termini generali nel can. 22 e, con specifico riferimento alla materia dei contratti, nel can. 1290 del *Codex* vigente. Da ultimo cfr. F. FALCHI, *La Consulta per la stesura dei canoni piobenedettini sui beni temporali: la sua attività e il dilemma diritto romano o diritto statale*, in *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*. I, Torino 2011, spec. p. 218 ss.

delle leggi civili per mettere al sicuro la proprietà dei beni ecclesiastici ed evitare danno alla Chiesa (can. 1284, §, nn. 2-3)¹².

In questa materia è profondamente implicato il sistema di rapporti tra la Chiesa e la potestà civile, che per molti secoli è stato segnato, ed in parte lo è tuttora, proprio dalla peculiare condizione giuridica degli enti ecclesiastici nell'ordinamento civile. Enti che, come noto, pur godendo *in iure canonico* di personalità giuridica autonoma, risultano poi collegati all'autorità ecclesiastica – vescovo, superiore religioso o Santa Sede – e soggetti ai suoi controlli e vigilanza. L'antica aspirazione alla *libertas Ecclesiae*, ed oggi alla libertà religiosa, significa infatti per la Chiesa essere riconosciuta dallo Stato nei suoi caratteri essenziali, di struttura e teleologici, e con ciò essere ammessa ad operare all'interno dell'ordinamento secolare attraverso i propri enti (diocesi, parrocchie, istituti religiosi, etc.), tra loro collegati, in cui è articolata la sua complessa struttura, gerarchica e societaria al tempo stesso¹³.

Sotto questo profilo si può affermare che i modelli storicamente ben noti di rapporti tra la Chiesa e gli Stati – cesaropapismo, confessionismo, giurisdizionalismo, separatismo, sistemi concordatari – ciascuno dei quali caratterizzati in ogni esperienza nazionale ed epoca storica da specifiche peculiarità, siano strettamente dipendenti dalla soluzione data a questa preliminare questione concernente lo *status* giuridico degli enti della Chiesa nell'ordinamento secolare¹⁴. Del resto, se la disciplina canonistica degli enti è contenuta, nelle sue linee essenziali concernenti soprattutto gli enti di struttura, nel Codice di diritto canonico, ovvero in una fonte di diritto universale, essa ha poi avuto ampio

¹² Cfr. J.-C. PÉRISSET, *Les biens temporels de l'Église. Commentaire des Canons 1254-1310*, cit., p. 176-178.

¹³ In argomento cfr. G. DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e comunità politica*, 3^a ed., Roma 2007, p. 119 ss., per il quale "l'antico principio della *libertas Ecclesiae*, oggetto di continua rivendicazione nel corso della storia da parte ecclesiastica, costituisce la rivendicazione costante non solo della libertà necessaria alla Chiesa per lo svolgimento della missione sua propria, ma anche di un trattamento giuridico nella società civile rispettoso della identità propria della Chiesa", il che, evidentemente, "comporta la libertà della Chiesa di organizzarsi, reggersi ed operare secondo le norme che essa stessa si è data e continua a darsi".

¹⁴ Sui sistemi di relazione tra la Chiesa e gli Stati e sulla loro evoluzione storica, cfr. L. SPINELLI, *Lo Stato e la Chiesa. Venti secoli di relazioni*, Torino 1988; P. G. CARON, *Corso di storia dei rapporti fra Stato e Chiesa*, 2 voll., Milano 1981-85; F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, a cura di F. MARGIOTTA BROGLIO, Bologna 1974; A. C. JEMOLO, *Giurisdizionalismo*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1969, pp. 185-90. Sull'incidenza di tali sistemi di rapporti sui profili organizzativi delle confessioni religiose, in prospettiva comparata, cfr. A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*, Milano 2017, p. 83 ss.; N. DOE, *Law and Religion in Europe. A Comparative Introduction*, New York 2011, p. 88 ss.; W. C. DURHAM, JR. – B. G. SCHARFFS, *Law and religion: national, international, and comparative perspectives*, New York 2010, p. 419 ss.

sviluppo, proprio per la sua stretta connessione con il diritto secolare, sia sotto il *Codex* del 1917¹⁵ e soprattutto sotto l'attuale, nel diritto canonico particolare, ovvero nei Concordati stipulati dalla Santa Sede con i singoli Stati¹⁶ e/o in documenti degli episcopati nazionali (conferenze episcopali)¹⁷.

Sotto questo aspetto la sua disciplina ha avuto un ampio sviluppo extracodificiale, determinato proprio dai rapporti con i singoli Stati e dal crescente rilievo che assumono le leggi civili nella configurazione concreta e nell'amministrazione degli enti della Chiesa, attraverso una diffusa concordatarizzazione della materia e l'ampio ricorso all'istituto della canonizzazione (cann. 22, 1290)¹⁸; sviluppo che ha inciso sugli stessi ordinamenti secolari, talora anzi plasmandoli e anticipando schemi soggettivi, principi e modalità d'azione da essi poi ampiamente recepiti per altre organizzazioni religiose (la categoria dell'ente di culto e la sua autonomia interna) o per nuove tipologie di enti civili (gli enti non lucrativi)¹⁹.

¹⁵ Cfr. L. M. DE BERNARDIS, *Le persone giuridiche ecclesiastiche nei più recenti concordati*, in *Dir. eccl.*, 1941, pp. 15-24, 81-91, 135-145, 237-252.

¹⁶ In argomento cfr. R. ASTORRI, *Diritto particolare, diritto universale e codificazione del diritto canonico: l'espansione del diritto concordatario*, in *Ephemerides Iuris Canonici. Nuova Serie* 57 (2017), n. 1, p. 19 ss.; sotto la vigenza del *Codex* del 1917, cfr. ID., *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Padova 1992, p. 216 ss. Per i più recenti Concordati, cfr. J. T. MARTIN DE AGAR, *I Concordati dal 2000 al 2009*, Città del Vaticano 2010.

¹⁷ Cfr. J. T. MARTIN DE AGAR - L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze Episcopali complementare al C.I.C.*, 2^a ed. agg., Milano 2009. Di recente sull'argomento cfr. M. MADONNA, *La valorizzazione delle Conferenze Episcopali come fonte di diritto particolare nei più recenti concordati*, in *Ephemerides Iuris Canonici. Nuova Serie* 57(2017), n. 1, p. 53 ss. Sulle fonti del diritto canonico in materia di enti, cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Gli enti ecclesiastici. Principi e fonti del diritto canonico*, in www.olir.it, gennaio 2006, p. 7 ss.

¹⁸ Sulla canonizzazione delle leggi civili (can. 22 del *Codex* vigente), cfr. G. BONI, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, Milano 1998. Sul ruolo delle fonti canoniche extracodificiali, del diritto concordatario e della canonizzazione delle leggi civili nell'evoluzione dei rapporti esterni tra la Chiesa e gli Stati, da ultimo cfr. G. DALLA TORRE, *La Chiesa e gli Stati. Percorsi giuridici del Novecento*, Roma 2017, p. 41 ss. Sui concordati di Giovanni Paolo II, ove la materia degli enti è costantemente riproposta e oggetto di puntuale disciplina, si veda il numero monografico dei *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/1999, dedicato a *I concordati di Papa Wojtyła*.

¹⁹ In argomento, cfr. A.M. PUNZI NICOLÒ, *Gli influssi del "Codex iuris canonici" sulle legislazioni civili*, in «*Ius Ecclesiae*» 6 (1994) 91 ss. Con specifico riferimento all'esperienza italiana, cfr. M. BASILE, *Enti non lucrativi*, in *Enc. Dir. Aggiornamenti*, III, Milano 1999, p. 581, che individua nella normativa concordataria sugli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti della Chiesa cattolica, ove questi sono esplicitamente ammessi a svolgere "attività diverse" da quelle di religione o di culto (art. 7, co. 3, legge n. 121 del 1985; artt. 15-16, legge n. 222 del 1985), il primo esempio in senso cronologico della tendenza a sempre più svincolare la sfera delle possibili attività degli enti non lucrativi dai loro fini istituzionali. Ciò in quanto, precisa l'autore, per effetto di una serie di interventi legislativi indotti dalla riforma dello Stato sociale e dall'espansione del c.d. Terzo settore, "sempre più spesso [anche] l'esercizio di impresa in forma collettiva, che nella visuale del codificatore avrebbe dovuto

Accanto alla dimensione istituzionale, storicamente propria dei sistemi concordatari e che tende a privilegiare il riconoscimento degli enti di struttura e il ruolo dell'autorità ecclesiastica nella loro costituzione e gestione interna, oggi sono la dimensione associativa – mediante il riconoscimento del diritto di associazione dei fedeli (can. 215) – e quella imprenditoriale, legata cioè alle innumerevoli iniziative di carattere educativo ed assistenziale poste in essere dagli enti, a costituire un punto di crescente convergenza e di collegamento tra i due ordinamenti in materia, come lo è da tempo nei sistemi separatisti di *common law*²⁰.

Anche per effetto delle nuove linee pastorali dell'attuale pontificato, riassumibili nell'immagine di una "Chiesa in costante uscita" verso le periferie o verso i nuovi ambiti socio-culturali²¹, chiamata a riformare in chiave missionaria le proprie strutture per renderle più aperte e partecipative²², il rapporto tra gli enti della Chiesa e il diritto secolare si sta modificando secondo linee di una più profonda osmosi delle comunità ecclesiali e delle loro opere nella società civile, in un processo che tende a circoscrivere il ruolo, pur necessario, della dimensione istituzionale facendo maggiore spazio all'azione delle molteplici aggregazioni (associazioni di fedeli, movimenti) e iniziative ecclesiali operanti

costituire oggetto di società, viene considerato compatibile non solo con qualsiasi tipo di persona giuridica, ma anche con un ente non riconosciuto".

²⁰ In argomento, cfr. AA.Vv., *Public Ecclesiastical Juridic Persons and their Civilly Incorporated Apostolates (e.g. Universities, Healthcare Institutions, Social Service Agencies) in the Catholic Church in the U.S.A.: Canonical – Civil Aspects*. Acts of the Colloquium (24 April, 1998 – Rome, Italy), Pontifical University of Saint Thomas Aquinas in Rome and Duquesne University School of Law, Pittsburgh, Pennsylvania, 1998.

²¹ Cfr. Papa FRANCESCO, Es. ap. *Evangelii gaudium*, Roma, 24 novembre 2013, che auspica una "trasformazione missionaria della Chiesa", ispirata al "dinamismo di uscita che Dio vuole provocare nei credenti", perché l'evangelizzazione obbedisce al mandato missionario di Gesù: "Oggi, in questo "andate" di Gesù, sono presenti gli scenari e le sfide sempre nuovi della missione evangelizzatrice della Chiesa, e tutti siamo chiamati a questa nuova "uscita" missionaria. Ogni cristiano e ogni comunità discernerà quale sia il cammino che il Signore chiede, però tutti siamo invitati ad accettare questa chiamata: uscire dalla propria comodità e avere il coraggio di raggiungere tutte le periferie che hanno bisogno della luce del Vangelo" (n. 20). Più avanti precisa che "la Chiesa 'in uscita' è la comunità di discepoli missionari che prendono l'iniziativa, che si coinvolgono, che accompagnano, che fruttificano e festeggiano. (n. 24).

²² *Ibidem*, n. 27: "Sogno una scelta missionaria capace di trasformare ogni cosa, perché le consuetudini, gli stili, gli orari, il linguaggio e ogni struttura ecclesiale diventino un canale adeguato per l'evangelizzazione del mondo attuale, più che per l'autopreservazione. La riforma delle strutture, che esige la conversione pastorale, si può intendere solo in questo senso: fare in modo che esse diventino tutte più missionarie, che la pastorale ordinaria in tutte le sue istanze sia più espansiva e aperta, che ponga gli agenti pastorali in costante atteggiamento di "uscita" e favorisca così la risposta positiva di tutti coloro ai quali Gesù offre la sua amicizia".

nel quadro delle leggi civili²³, secondo quel principio di sussidiarietà che ancora attende di essere pienamente esplicitato nell'ordinamento della Chiesa²⁴.

3. *La disciplina degli enti nelle due codificazioni canoniche*

Negli ultimi secoli è stato messo in dubbio, e spesso disconosciuto nelle legislazioni degli Stati moderni, il riconoscimento giuridico degli enti ecclesiastici nel diritto secolare, ovvero il loro collegamento organico con l'autorità ecclesiastica, la loro c.d. *ecclesiasticità*.²⁵ Le ragioni storiche e ideologiche di questo orientamento sono note e non è il caso di soffermarsi su di esse in questa sede²⁶.

²³ Indici significativi di tale evoluzione sono l'espansione del settore non profit e delle rispettive attività da parte degli enti della Chiesa; il loro progressivo riconoscimento da parte delle leggi civili; lo stabile inserimento delle molteplici opere della comunità ecclesiale (scuole, istituti di assistenza, ospedali, etc.) nelle strutture dello Stato sociale e della società civile.

²⁴ Come noto il principio di sussidiarietà fu recepito dal Sinodo dei Vescovi (1967) tra i *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem proponuntur* (in «Communicationes» 1 (1969) 77-85) nella sua versione di tipo istituzionale, concernente cioè il rapporto tra diritto universale e diritti particolari, "da applicare tanto più nella Chiesa, in quanto l'ufficio dei vescovi con le potestà annesse è di diritto divino" (*Praefatio* al Codice di diritto canonico del 1983). Tuttavia nella sua più ampia e originaria accezione, sviluppata dalla dottrina sociale della Chiesa a partire dalla lett. enc. *Quadragesimo anno* di Pio XI (15 maggio 1931, nn. 80-81), tale principio riguarda più in generale anche il rapporto tra autorità e singoli individui, tra apparati istituzionali (Stato) e comunità sociali (società civile), nel senso che la prima deve favorire e sostenere le autonome iniziative dei singoli e delle comunità, più vicine ai bisogni concreti delle persone, intervenendo solo in via sussidiaria, senza sostituirsi ad esse o soffocarle. In questo senso tale principio di filosofia sociale interessa anche l'ordinamento della Chiesa, in quanto la sua applicazione può promuovere un migliore equilibrio tra la dimensione istituzionale e quella comunitaria del Popolo di Dio anche all'interno delle sue strutture, al fine di promuovere una maggiore corresponsabilità dei fedeli soprattutto in quegli ambiti, come l'amministrazione patrimoniale, che interessano l'intera comunità. In argomento cfr. J. A. KOMONCHAK, *La sussidiarietà nella Chiesa: stato della questione*, in H. LEGRAND, J. MANZANARES, A. GARCÍA Y GARCÍA (a cura di), *Natura e futuro delle conferenze episcopali*, Bologna 1988, p. 321 ss.

²⁵ Per un'analisi dell'evoluzione storica della legislazione italiana in materia dall'età napoleonica ad oggi, cfr. P. CAVANA, *Enti ecclesiastici e controlli confessionali. I. Gli enti ecclesiastici nel sistema pattizio*, Torino 2002, p. 43 ss.

²⁶ "Sottesa a tale concezione – precisa G. LO CASTRO, *Gli enti ecclesiastici: profili canonistici*, in AA.Vv., *Nuovi Accordi fra Stato e confessioni religiose. Studi e testi*, con saggio introduttivo di Pietro Gismondi, Milano 1985, pp. 31-32 – è l'idea che non esistono valori giuridici in sé e per sé, e neppure, propriamente parlando, fenomeni 'giuridici', se non siano come tali configurati dallo Stato e dal suo ordinamento. (...) L'istituto ecclesiastico, in altri termini, non ha per sé rilievo nella società civile; è persona perché lo Stato lo riconosce tale attraverso un'apposita previsione normativa. Lo Stato potrà porsi nei confronti degli enti ecclesiastici in una posizione negativa o restrittiva (come fece ad esempio con le leggi restrittive del 1866 e del 1867); potrà tornare a riconoscerli in maniera ampia (come avvenne con il successivo concordato del 1929); ma bisognerà guardare sempre al suo ordinamento, punto ultimo di riferimento della giuridicità".

Il giurisdizionalismo confessionista delle Monarchie nazionali e, nel corso degli ultimi due secoli, le legislazioni separatiste di matrice europea, tra cui quella italiana nella seconda metà dell'Ottocento, che consacrò la fine del potere temporale del Papato²⁷, e quella francese di inizio Novecento, furono emblematiche al riguardo²⁸.

Queste vicende storiche segnarono profondamente la prima codificazione del 1917, maturata in un clima di ostilità e diffidenza nei confronti dello Stato moderno²⁹. Sotto lo *ius vetus* la materia degli enti della Chiesa, se pure in un quadro delle fonti divenuto col tempo caotico, aveva conosciuto nel corso dei secoli uno straordinario sviluppo grazie soprattutto alla grande fioritura degli ordini monastici e religiosi e degli istituti laicali o confraternite, molti dei quali operanti in ambito caritativo ed educativo³⁰, che veicolarono importanti istanze di riforma ecclesiale e furono alla base del ricco pluralismo istituzionale tipico della società europea e della successiva teorizzazione delle comunità intermedie³¹. A tale sviluppo concorse anche l'istituto del patronato, che nelle sue molteplici applicazioni e forme aveva mostrato di sapersi adattare alle più diverse situazioni e circostanze, storiche e geo-politiche³². In tutto

²⁷ Sulla "questione romana" e la fine del potere temporale del Papato, cfr. C. CARDIA, *Risorgimento e religione*, Torino 2011, p. 171 ss.

²⁸ Sulla legislazione separatista francese e sulle sue origini storiche, cfr. D. LE TOURNEAU, *L'Église et l'État en France*, Paris 2000, p. 98 ss.

²⁹ Sul contesto storico e magisteriale nel quale maturò la prima codificazione canonica, cfr. G. DALLA TORRE, *Il codice pio-benedettino e lo "Jus publicum ecclesiasticum externum"*, in A. CATTANEO (a cura di), *L'eredità giuridica di san Pio X*, Venezia 2006, p. 225 ss.

³⁰ Sul ruolo fondamentale svolto per secoli dalla Chiesa in ambito assistenziale e sulla molteplicità e varietà di "istituzioni ecclesiali", "istituzioni ecclesiastiche" e "istituzioni cosiddette cristiane" operanti in tale ambito, cfr. G. DALLA TORRE, *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, Milano 1979, p. 34 ss.

³¹ Sulla funzione di rinnovamento ecclesiale e di civilizzazione svolto dagli ordini e istituti religiosi nella storia della Chiesa e del continente europeo, da ultimo cfr. C. CARDIA, *La Chiesa tra storia e diritto*, Giappichelli, Torino 2010, p. 253 ss.; J. LE GOFF, *Il cielo sceso in terra. Le radici medievali dell'Europa*, Roma-Bari 2007, p. 175 ss. Sul dinamismo impresso alla società europea e allo stesso diritto secolare dal nuovo diritto societario sviluppatosi nella Chiesa nel corso dei secoli XI-XIII e dalla proliferazione degli istituti laicali sorti su impulso della carità cristiana, cfr. H. J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., 1983; trad.it. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna 1998, p. 260 ss. Sul pluralismo come connotato dell'ordinamento ecclesiale, cfr. B.A. BONNET, *Pluralismo (in genere): a) Diritto canonico*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano 1983, p. 956 ss.

³² In argomento, cfr. G. DALLA TORRE, *L'istituto del Patronato e la Congregazione "De Propaganda Fide"*, in «Archivio Giuridico» CCXXXIII, I (2003) 3 ss.; A. GALANTE, *Giuspatronato*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. VII, Milano 1914, 1011-1037. Per un interessante esempio di istituzione di patronato laicale risalente all'inizio del sec. XVII e giunta fino ad oggi, cfr. P. CAVANA, *La Cappella del Tesoro di San Gennaro tra tradizione canonistica e nuove forme statutarie*, in A. GUARINO (a cura di), *La Cappella del Tesoro di San Gennaro. Identità civile e dimensione religiosa*, Napoli 201, p. 35 ss.

ciò si rivelava l'originaria funzione della costruzione della persona giuridica (*persona ficta*) nell'ordinamento canonico, elaborata e messa a frutto dai canonisti del periodo classico³³, secondo una concezione pragmatica che ne faceva uno strumento al servizio delle molteplici e concrete esigenze della missione evangelizzatrice e pastorale della Chiesa sia nella sua articolazione gerarchico-istituzionale e territoriale, sia nella recezione dei carismi e del dinamismo del popolo di Dio³⁴.

Per contro il *Codex* piano-benedettino, recependo le categorie dogmatiche accolte all'epoca dalla dottrina giuridica secolare, descrisse e disciplinò questa materia come un sistema tendenzialmente chiuso, strettamente dipendente dall'autorità e di carattere verticistico, sostanzialmente refrattario agli impulsi e ai fermenti provenienti dalla comunità ecclesiale e civile³⁵. L'istituto del patronato, visto sempre con diffidenza dall'autorità ecclesiastica come forma di ingerenza laicale nel conferimento dei benefici, fu ricondotto ad una disciplina unitaria ma al tempo stesso si auspicò l'abolizione di quelli esistenti per libera

³³ Sul punto cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 2011, p. 219 ss., il quale attribuisce ai canonisti del periodo classico la riflessione innovativa per la costruzione del concetto di persona giuridica grazie al complesso *humus* teologico di cui disponevano e, in particolare, alla teoria del *corpus mysticum* applicato alla Chiesa: "è questa la freccia in più nell'arco dei canonisti: la familiarità – che il civilista non poteva avere – con questo patrimonio culturale particolarissimo. E il canonista lo utilizzerà appieno: spinto dalle necessità di una enorme organizzazione fatta di vescovadi, parrocchie, abbazie, congregazioni, fabbricerie, confraternite e dall'esigenza di separare la vita di tutte queste strutture dai soggetti titolari *pro tempore* (vescovi, parroci, abati, e via dicendo) egli farà suoi i risultati della teologia cristiana e metterà a profitto sul terreno del diritto la sua conquista concettuale più vistosa, applicandola alla Chiesa universale e alle varie strutture componenti". Per approfondimenti cfr. ID., *Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, in ID., *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÈ, Milano 2013, p. 7 ss.

³⁴ Cfr. G. LO CASTRO, *Persona giuridica nel diritto canonico*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ., XIII*, Torino 1995, p. 420: "Il diritto canonico classico aveva avuto modo di occuparsi di una pluralità di enti (collegia, universitates, domus, coetus, instituta di vario tipo: xenodochia, orphanotrophia, hospitalia, ecc.) come centri di attribuzione di effetti giuridici e di imputazione di relazioni giuridiche, diversi dall'individuo singolo, senza tuttavia elaborare un quadro unitario delle persone morali o giuridiche, per come oggi noi l'intendiamo dopo la normativa dettata in materia dal codice del 1917, e, poi, dal vigente codice del 1983". Sullo sviluppo storico delle istituzioni ecclesiastiche a base patrimoniale, cfr. V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, 12^a ed., Milano 1970, p. 409 ss.

³⁵ Osserva al riguardo G. LO CASTRO, *Persona giuridica nel diritto canonico*, cit., pp. 420-421, che "il moderno legislatore canonico, condividendo le posizioni della scienza giuridica secolare, ha infatti sviluppato l'istituto delle persone giuridiche nell'ottica della soggettività giuridica", facendone cioè uno "strumento nelle mani dell'autorità ecclesiastica per trarre ad esistenza giuridica una realtà prima inesistente nell'ordinamento. (. . .). Fu pertanto difesa, ad un tempo, una concezione autoritaria e accentratrice dell'ordinamento ecclesiale, che subordinava al volere dell'autorità l'esistenza delle persone giuridiche e l'intero fenomeno della soggettività giuridica, e una visione pluralistica e liberale dell'organizzazione statale, per favorire l'esplicazione della *libertas Ecclesiae* nella specifica materia". Per approfondimenti, cfr. ID., *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico (Contributo allo studio delle persone morali)*, cit., p. 75 ss.

rinuncia e se ne proibì per il futuro la costituzione di nuovi (cann. 1450-1451)³⁶. In questo modo il legislatore universale prendeva atto, sia pure in ritardo, della fine di un'epoca, quella dello *ius commune*, dominato dalla commistione e dallo scambio continuo tra il diritto canonico e lo *ius civile*³⁷, serrando le file e introducendo – pur facendo salvi i privilegi e i diritti acquisiti – una sorta di tassatività delle tipologie di enti ammessi dal *Codex* al riconoscimento canonico³⁸.

Il Codice del 1983, grazie alle aperture operate dal Concilio Vaticano II e alla sua rinnovata visione della Chiesa come Popolo di Dio, ha determinato a sua volta il superamento, nella materia degli enti, della struttura chiusa ed autoreferenziale del *Codex* del 1917. In tal senso sono stati particolarmente significativi l'abbandono del sistema beneficiale³⁹, che ha comportato la rifondazione su base personale e comunitaria dei tradizionali enti di struttura (diocesi e parrocchie) dediti al governo pastorale dei fedeli e una (parziale) riforma del sistema di amministrazione patrimoniale della Chiesa locale⁴⁰; in secondo luogo il riconoscimento del diritto di associazione come diritto fondamentale dei fedeli, le cui implicazioni attendono ancora di essere pienamente espresse, e l'introduzione della distinzione tra persone giuridiche canoniche pubbliche e private, che ha aperto questa materia ad un maggior protagonismo della componente laicale e alla valorizzazione dell'impulso dei fedeli (carismi), facendo degli enti canonici una categoria aperta (cfr. cann. 116, 299 e 310), in linea con la maggiore autonomia di governo riconosciuta ai singoli vescovi diocesani e con le potenzialità in parte ancora inesprese del principio di sussidiarietà nell'ordinamento ecclesiale⁴¹.

³⁶ Sulla disciplina del patronato nel Codice del 1917, cfr. A. C. JEMOLO, *Elementi di diritto ecclesiastico*, Firenze 1927, p. 80 ss.

³⁷ Sul sistema del diritto comune e la sua formazione nei secoli XII-XV, cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2011, p. 48 ss.; F. CALASSO, *Medio Evo del diritto. I. Le fonti*, Milano 1954, p. 345 ss.

³⁸ Sulla sistematica e la tipologia degli enti nel *Codex* del 1917, cfr. P. G. CARON, *Persona giuridica (diritto canonico e ecclesiastico)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino 1965, p. 1055 ss.; Id., *Istituti ecclesiastici*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino 1963, p. 222 ss. Va peraltro precisato che, nonostante la sistematica del Codice del 1917, restava naturalmente salva la discrezionalità dell'autorità suprema, ovvero la Santa Sede, ad ammettere al riconoscimento – in genere mediante privilegi apostolici o Concordati – forme soggettive anche in deroga a quelle previste tassativamente dal *Codex*, il che conservò sempre al sistema canonistico una dose di elasticità in questa materia ben superiore a quella degli ordinamenti secolari nell'epoca delle codificazioni.

³⁹ Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano 2003, p. 30.

⁴⁰ In argomento, cfr. J.-P. SCHOUPPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, cit., 123 ss.

⁴¹ Pur se espressamente richiamato nei *Principia* per la revisione del Codice di diritto canonico (1967) solo in relazione al rapporto tra diritto universale e diritti particolari, il Codice del 1983 sembra aver implicitamente recepito il principio di sussidiarietà in alcune materie, come quella

Anche l'istituto delle prelatore personali, introdotto dal Codice (cann. 294-297) sulla base dei deliberati conciliari⁴², e la possibile istituzione di Chiese particolari di carattere personale (can. 372, § 2), tra cui gli Ordinariati militari⁴³ e gli Ordinariati personali di recente costituiti dal Pontefice⁴⁴, hanno aperto la strada al riconoscimento di nuove forme organizzative che consentono di articolare l'appartenenza alla Chiesa in modo più flessibile in relazione alle esigenze della sua missione nel mondo, a quelle di particolari comunità di fedeli e alle esigenze del contesto ecumenico.

Da ultimo il *Codex* del 1983, promulgato all'indomani della compiuta democratizzazione dell'Europa occidentale e alcuni anni prima del crollo del sistema sovietico, ha determinato l'avvio di una nuova stagione concordataria, che proprio nella materia degli enti ha avuto uno dei suoi capitoli di maggiore impegno e innovazione, in relazione sia all'attuazione delle riforme conciliari, sia nel rapporto con il diritto secolare, determinando un fecondo scambio reciproco, in termini di categorie giuridiche e di approcci nuovi alla materia, che ha giovato alla modernizzazione di entrambi⁴⁵.

Meno lungimirante, se pure per comprensibili ragioni storiche, sembra essere stato il legislatore codiciale rispetto al fenomeno – oggi divenuto quasi drammatico per alcuni istituti religiosi – della drastica riduzione delle vocazioni

dell'educazione cristiana, ove il ruolo della gerarchia (vescovo diocesano) nell'istituzione di scuole cattoliche (can. 802) è previsto solo in subordine alla riconosciuta primaria responsabilità dei fedeli e dell'intera comunità cristiana (cann. 799-801), cfr. G. DALLA TORRE, *La questione scolastica nei rapporti tra Stato e Chiesa*. Seconda edizione ampliata, Bologna 1989, p. 15 ss.

⁴² Sulle prelatore personali, cfr. AA.Vv., *Le prelatore personali nella normativa e nella vita della Chiesa*, Venezia – Scuola Grande di San Rocco, 25 e 26 giugno 2001, Padova 2002; M. BENZ, *Prelatura personale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma 1990, pp. 1-9; G. LO CASTRO, *Le prelatore personali. Profili giuridici*, Milano 1988.

⁴³ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Cost. ap. *Spirituali militum curae*, Roma, 24 aprile 1986, che ha elevato le organizzazioni castrensi a peculiari circoscrizioni ecclesiastiche con statuti propri, assimilate a diocesi, con la possibilità di erigere un proprio seminario. In argomento, cfr. E. BAURA, *Il cammino giuridico degli ordinariati militari. A venticinque anni dalla Costituzione Apostolica "Spirituali militum curae"*, in AA.Vv., *"Spirituali militum curae". A 25 anni dalla promulgazione della Costituzione Apostolica*. Atti del VI Convegno Internazionale degli Ordinariati Militari (Città del Vaticano 20-23 ottobre 2011), a cura di CONGREGATIO PRO EPISCOPIS – OFFICIUM CENTRALE COORDINATIONIS PASTORALIS ORDINARIATUUM MILITARUM, Città del Vaticano 2012, pp. 127-138; G. DALLA TORRE, *Aspetti della storicità della costituzione ecclesiastica. Il caso degli Ordinariati castrensi*, in *Dir. eccl.*, 1986, II, p. 261 ss.

⁴⁴ Cfr. BENEDETTO XVI, Cost. ap. *Anglicanorum coetibus*, Roma, 4 novembre 2009, che, facendo seguito alle numerose richieste pervenute alla Santa Sede da gruppi di ministri e fedeli anglicani di diverse parti del mondo, ha introdotto una nuova circoscrizione ecclesiastica personale, gli Ordinariati Personali, che permette ai suddetti gruppi di entrare nella piena e visibile comunione con la Chiesa Cattolica conservando, nel contempo, elementi dello specifico patrimonio spirituale e liturgico anglicano. In argomento, cfr. J.I. ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, in «*Ius Ecclesiae*» XXII (2010) 151-172.

⁴⁵ Cfr. A.M. PUNZI NICOLÒ, *Gli influssi del "Codex iuris canonici" sulle legislazioni civili*, cit., p. 91 ss.

e, quindi, anche del personale religioso operante all'interno degli enti, con la conseguente necessità dell'impiego sempre più ampio di personale laico.

Si tratta di un fenomeno forse sottovalutato in passato e le cui conseguenze sull'organizzazione ecclesiastica e sull'azione pastorale si stanno rivelando sempre più ampie e profonde. Infatti esso da un lato determina la crescente insostenibilità dei costi di gestione di molte opere gestite da enti ecclesiastici, tra cui scuole e istituti di assistenza operanti sul mercato; dall'altro rende altresì sempre più evidente una certa arretratezza delle norme del Libro V del *Codex* sui beni temporali della Chiesa, ancora ispirate ad un rigido modello di amministrazione di tipo patrimonialista e gerarchico-clericale, ereditato dal vecchio sistema beneficiale, rispetto ad una realtà nella quale gli enti della Chiesa, anche quelli di struttura, riflettono sempre più moduli di amministrazione di tipo finanziario con una forte componente laicale, tenuti a rispettare le sempre più complesse e differenziate normative civilistiche in materia contabile, fiscale, assicurativa, di lavoro e previdenziale, con tutto ciò che ne consegue anche in termini di diritti sul luogo di lavoro⁴⁶.

4. *Gli enti della Chiesa tra concordati e diritto comune*

La fondamentale distinzione che, negli ultimi due secoli, è venuta a segnare il complesso rapporto tra gli enti della Chiesa e il diritto secolare è quella tra ordinamenti concordatari e ordinamenti separatisti, a loro volta da suddividere al loro interno in due sottocategorie: per gli ordinamenti concordatari quella dei paesi dell'area tedesca rispetto a quelli dell'area mediterranea (Italia, Spagna e Portogallo) e latino-americana (Sud America); per gli ordinamenti separatisti, quelli espressione di un separatismo ostile, di matrice europea (Francia), rispetto a quelli espressione di un separatismo amico, propri dell'area del *common law* (Stati Uniti). Da tale fondamentale distinzione, peraltro declinata in modo

⁴⁶ In relazione all'espansione dell'azione caritativa svolta dai laici e delle molteplici iniziative e organizzazioni laicali operanti a tal fine nella Chiesa, merita di essere richiamato il documento di BENEDETTO XVI, m.p. *Intima Ecclesiae natura* dell'11 novembre 2012, con il quale sono state date specifiche disposizioni per "fornire un quadro normativo organico che serva meglio ad ordinare, nei loro tratti generali, le diverse forme ecclesiali organizzate del servizio della carità, che è strettamente collegata alla natura diaconale della Chiesa e del ministero episcopale", invitando i Pastori ad accoglierle sempre come "manifestazione della partecipazione di tutti alla missione della Chiesa, rispettando le caratteristiche e l'autonomia di governo che, secondo la loro natura, competono a ciascuna di esse quali manifestazione della libertà dei battezzati" (*Proemio*). Con specifico riferimento alla complessa normativa civilistica, fiscale e contabile, cui sono soggetti gli enti ecclesiastici in Italia, cfr. P. CLEMENTI – L. SIMONELLI (a cura di), *L'ente ecclesiastico a trent'anni dalla revisione del Concordato*, Milano 2015, p. 303 ss.

differente nei singoli contesti nazionali e la cui rilevanza appare oggi in graduale attenuazione, per effetto di un processo di reciproca osmosi tra ordinamenti⁴⁷, dipende tuttora la questione, per lungo tempo ritenuta decisiva nella materia, della rilevanza del diritto canonico all'interno degli ordinamenti statuali⁴⁸.

4.1. Sistemi concordatari o di collaborazione

Gli ordinamenti concordatari, ove il diritto canonico ha continuato ad essere il nucleo centrale e la fonte principale del regime degli enti ecclesiastici, sono quelli ove la loro disciplina ha maggiormente risentito delle innovazioni codiciali.

4.1.1. Area tedesca

Nell'area tedesca – Germania, Austria e Svizzera – gli enti della Chiesa, al pari di quelli di altre confessioni storicamente radicate nel paese, continuano a godere della condizione giuridica di enti di diritto pubblico, sulla base di statuti propri che ne definiscono l'organizzazione interna e le attività senza alcuna interferenza da parte dello Stato o di altre pubbliche autorità⁴⁹. In Germania ciò corrisponde ad una tradizione risalente alla Pace di Westfalia, recepita prima dalla Costituzione di Weimar (*Weimarer Reichverfassung*, VWR, artt. 137-138) e poi dall'attuale Legge fondamentale (*Grundgesetz*, GG, art. 140)⁵⁰. Il principio di autodeterminazione, ovvero la garanzia di “disciplinare e gestire in modo

⁴⁷ Sugli effetti di omologazione giuridica indotta dal processo di globalizzazione, che dalla sfera economica e finanziaria tende ad allargarsi anche agli altri settori dell'ordinamento, cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000.

⁴⁸ Sulla rilevanza del diritto canonico negli ordinamenti statuali risulta tuttora fondamentale l'analisi di P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, 2^a ed., Milano 1978, p. 139 ss. Con specifico riferimento all'esperienza italiana, Cfr. M. RICCA, *Metamorfosi della sovranità e ordinamenti confessionali. Profili teorici dell'integrazione tra ordinamenti nel diritto ecclesiastico italiano*, Torino 1999.

⁴⁹ “Körperschaften des öffentlichen Rechtes”, art. 137, par 5, WVR. Per riferimenti generali, cfr. G. ROBBERS, *Religion and Law in Germany*, Kluwer Law International, The Netherlands 2010, p. 157 ss., 149; R. POTZ, *Stato e Chiesa in Austria*, in G. ROBBERS (ed.), *Stato e Chiesa nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano 1996, p. 247 ss.; V. PACILLO, *Stato e Chiesa cattolica nella Repubblica e Cantone Ticino. Profili giuridici comparati*, Lugano 2009.

⁵⁰ Sulle origini storiche del regime dei culti in Germania, cfr. A. VON CAMPENHAUSEN, *Le régime constitutionnel des cultes en Allemagne*, in CONSORTIUM EUROPÉEN: RAPPORTS RELIGIONS-ÉTAT (ed.), *Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union Européenne*, Milano 1995, cs p. 35 ss. *Amplius* cfr. J. G. DEUTSCH, *Some Problems of Church and State in the Weimar Constitution* (1963). *Faculty Scholarship Series. Paper 1887* (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1887).

autonomo i propri interessi nei limiti delle leggi valide per tutti" (art. 137, par. III, VWR), espressamente riconosciuta alle comunità religiose dalla GG mediante rinvio alle norme della VWR, implica l'incompetenza del legislatore statale in materia e costituisce il punto centrale della loro disciplina. Tale diritto non è inteso come limitato ad un ristretto campo di attività specificatamente ecclesiastiche ma si estende anche ad altri settori di attività che hanno fondamento o ispirazione religiosa, come la gestione di ospedali, case di riposo, scuole private e università. Tutte queste attività, che rappresentano una parte consistente dello Stato sociale in Germania, sono considerate unitariamente dall'ordinamento statale come parte della missione delle comunità religiose⁵¹.

In sostanza, la sfera di autonomia costituzionalmente tutelata non è riconosciuta solo alla comunità religiosa e ai suoi enti di struttura, ma si estende anche a tutte le istituzioni che sono in qualche modo ad esse collegate, nella misura in cui i fini e le attività di tali istituzioni risultino conformi all'autocomprensione (*Selbstverständnis*) della singola comunità religiosa⁵².

In questa prospettiva, e tenendo conto anche dello *status* di enti pubblici, la Corte costituzionale federale ha ritenuto esenti dall'applicazione della legge statale sul fallimento gli ospedali religiosi anche se, in base ai propri statuti, risultano collegati solo debolmente con una specifica organizzazione ecclesiastica⁵³.

4.1.2. Area latina

Anche nell'area latina – Italia, Spagna, Portogallo e paesi del Sud America – il regime degli enti della Chiesa continua a conservare, grazie alla graduale affermazione del diritto di libertà religiosa e alla normativa concordataria, un saldo ancoraggio al diritto canonico, che costituisce la fonte principale e il nucleo essenziale di disciplina della loro struttura e funzionamento interno, grazie anche alla diffusa rilevanza civile dei controlli canonici, che assicura il collegamento organico dell'ente con l'autorità ecclesiastica anche nell'ambito della sua attività negoziale⁵⁴.

⁵¹ G. ROBBERS, *Religion and Law in Germany*, Kluwer Law International, The Netherlands 2010, p. 157 ss.

⁵² *Ibidem*, p. 158.

⁵³ Cfr. BVerfG 13 Dec. 1983, BVerfG 66, 1 et seq., *ibidem*, p. 161.

⁵⁴ Per riferimenti generali, cfr. I.C. IBÁN, *Stato e Chiesa in Spagna*, in G. ROBBERS (ed.), *Stato e Chiesa nell'Unione Europea*, cit., p. 97 ss.; S. FERRARI, *Stato e Chiesa in Italia*, *ibidem*, p. 181 ss.; V. CANAS, *Stato e Chiesa in Portogallo*, *ibid.*, p. 279 ss.; J.G. NAVARRO FLORIA – D. MILANI (a cura di), *Diritto e religione in America Latina*, Bologna 2010.

Tuttavia, a seguito del processo storico di laicizzazione delle istituzioni e del graduale abbandono del principio confessionista, e anche della democratizzazione degli ordinamenti secolari, la disciplina degli enti ecclesiastici negli ordinamenti civili ha subito un processo di tendenziale assimilazione agli enti privati per quanto concerne sia il procedimento di riconoscimento civile, sia il regime delle attività. Nel senso che il riconoscimento avviene – in genere *ex decreto* (in Italia) o mediante iscrizione su un pubblico registro (in Spagna) – solo in presenza di un “fine religioso” caratterizzante e/o tendenzialmente esclusivo, che per gli enti di struttura (conferenze episcopali, diocesi, parrocchie, istituti religiosi, istituti per il sostentamento del clero, etc.) è semplicemente attestato dall’autorità ecclesiastica, mentre per gli altri enti (associazioni e fondazioni) è oggetto di concreto accertamento da parte dello Stato sulla base delle specifiche finalità indicate nello statuto⁵⁵.

Quanto alle loro attività essi possono svolgere, accanto a quelle religiose o di culto, soggette alle norme confessionali, anche attività diverse soggette alle leggi civili, come quelle di tipo educativo istruzione e assistenza ed anche alcune di tipo commerciale, ma a condizione che risultino compatibili – per dimensione e modalità di svolgimento – con le finalità religiose e caritative dell’ente⁵⁶.

Il modello spagnolo, al quale fanno riferimento anche molti paesi dell’America latina, appare su questo punto più restrittivo. Il sistema di riconoscimento civile mediante iscrizione nel registro statale degli enti religiosi (RER), cui sono soggetti anche gli istituti religiosi, conferisce infatti alla pubblica amministrazione poteri discrezionali più ampi in merito all’accertamento del loro fine religioso, che può avere esito negativo in presenza di attività ritenute estranee ad esso⁵⁷.

Per contro in Italia il fine di religione è presunto *ex lege*, oltre che per gli enti facenti parte della costituzione gerarchica della Chiesa, tra cui sono ricompresi gli istituti diocesani per il sostentamento del clero, anche per gli istituti religiosi e i seminari⁵⁸. Inoltre l’abrogazione dell’istituto dell’autorizzazione

⁵⁵ Per approfondimenti e ulteriori riferimenti bibliografici sul regime degli enti ecclesiastici nell’ordinamento italiano, cfr. P. CAVANA, *Gli enti ecclesiastici nel sistema pattizio*, Torino 2011, p. 159 ss. Sul regime degli enti ecclesiastici nell’ordinamento spagnolo, cfr. M. LÓPEZ ALARCÓN, *Confesiones y entidades religiosas*, in J. FERRER ORTIZ (coord.), *Derecho eclesiástico del Estado español*, Sexta edición, Pamplona 2007, p. 179 ss.

⁵⁶ Cfr. A. BETTETINI, *L’attività commerciale di un ente ecclesiastico*, in J.I. ARRIETA (a cura di), *Enti ecclesiastici e controllo dello Stato*, Venezia, 2007, p. 191 ss.; C. CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato. Profili giurisdizionali*, Bologna 2003, p. 170 ss.

⁵⁷ Cfr. M. LÓPEZ ALARCÓN, *Confesiones y entidades religiosas*, cit., p. 196 ss.

⁵⁸ Art. 2, legge 20 maggio 1985, n. 222.

agli acquisti⁵⁹, estesa anche agli enti ecclesiastici, ha rimosso ogni limitazione alla loro capacità giuridica e ogni forma di controllo statale sulle loro attività. Ciò che ha indotto la più recente giurisprudenza, abbandonando un consolidato orientamento di segno contrario, a ritenere applicabili le procedure concorsuali ad enti ecclesiastici che gestivano grandi istituti ospedalieri e di assistenza risultati insolventi⁶⁰.

4.2. Sistemi separatisti

Il regime degli enti della Chiesa negli ordinamenti di tradizione separatista è caratterizzato essenzialmente dalla formale irrilevanza delle norme di diritto canonico, considerate tutt'al più come aventi mero valore di statuto interno dell'ente. Pertanto in questo contesto gli enti ecclesiastici sono ricondotti a schemi soggettivi e a regole di funzionamento interno necessariamente conformi al diritto comune. Tuttavia questo medesimo dato formale assume un significato molto diverso nelle due principali esperienze di ordinamenti separatisti, ovvero la Francia e gli Stati Uniti.

4.2.1. Area francofona

L'area francofona, nonostante la grande influenza esercitata dal modello separatista francese, è in realtà caratterizzata da una pluralità di regimi dei culti, e quindi da una pluralità di regimi degli enti ecclesiastici. Basti pensare che in Belgio, nei tre Dipartimenti francesi del Reno e nella regione canadese del Québec, di tradizione francofona, tutti caratterizzati da un sistema di culti riconosciuti, la personalità giuridica è attribuita alle fabbricerie, antiche istituzioni di diritto pubblico a composizione mista civile-ecclesiastica, che provvedono alle spese per il culto e alla conservazione delle chiese, spesso avvalendosi anche di fondi pubblici, sulla base di una legislazione risalente nei primi due casi all'età napoleonica e nel terzo addirittura a modelli di *ancien régime*⁶¹.

⁵⁹ Art. 13, legge 15 maggio 1997, n. 127.

⁶⁰ Cfr. Trib. civ. Roma, sez. fallim., sent. 30 maggio 2013, n. 432, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014/3, p. 949 ss.; Trib. civ. Paola, sent. 3 dicembre 2009, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2010/3, p. 986 ss. In argomento cfr. C.E. VARALDA, *Enti ecclesiastici cattolici e procedure concorsuali. La rilevanza del "patrimonio stabile" nella gestione della crisi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 28/2015, pp. 1-33; A.M. LEOZAPPA, *Enti ecclesiastici e procedure concorsuali*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» (www.statoechiese.it), n. 4/2015, pp. 1-31.

⁶¹ Per lo status giuridico degli enti ecclesiastici in Belgio, cfr. R. TORFS, *Stato e Chiesa in Belgio*, in G. ROBBERS (ed.), *Stato e Chiesa nell'Unione Europea*, cit., p. 17 ss. Per il regime dei culti

Tuttavia, il sistema normativo più noto e che esercita una maggiore influenza è quello della Francia continentale, ove, a seguito di vicende storiche molto conflittuali, la Chiesa cattolica, al pari delle altre confessioni religiose, non è riconosciuta formalmente come tale. La legge di separazione, promulgata nel 1905 in un clima di reciproca ostilità tra la Chiesa e la Terza Repubblica, soppresse gli istituti ecclesiastici allora esistenti e i loro beni avrebbero dovuto essere attribuiti ad *associations cultuelles* che, “*en se conformant aux règles d’organisation générale du culte dont elles se proposent d’assurer l’exercice*”, si sarebbero dovute costituire “*pour l’exercice de ce culte dans les anciennes circonscriptions desdits établissements*”⁶².

La Chiesa cattolica, come noto, non ha mai accettato questa figura di ente, ritenendola in contrasto con la propria struttura gerarchica. La sua organizzazione in Francia si basa attualmente sulle “*associations diocésaines catholiques*”, una per ciascuna diocesi, soggette formalmente al regime legale previsto per le *associations cultuelles* ma con la particolarità di essere rette da statuti conformi ad un modello-tipo, approvato dal Consiglio di Stato (1923), ove viene riconosciuto in qualche modo il ruolo prioritario del vescovo e con un oggetto limitato all’amministrazione patrimoniale, senza alcuna interferenza nell’esercizio del culto⁶³. Le congregazioni religiose, dopo vicende assai travagliate, possono oggi ottenere su domanda il riconoscimento legale e la “*grande capacité civile*”, che le abilita a ricevere donazioni e legati, con decreto del Primo ministro su parere conforme del *Conseil d’Etat* e la loro disciplina è dettata dalla legge sulle associazioni ordinarie (1901)⁶⁴.

nei dipartimenti francesi dell’Alsazia-Mosella, comprensivi delle città di Strasburgo e Metz, da ultimo cfr. P. PORTIER, *L’État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes 2016, p. 189 ss.; CONSEIL D’ÉTAT, *Rapport public 2004. Jurisprudence et avis de 2003. Un siècle de laïcité. Études et documents du Conseil d’État*, La Documentation française, Paris 2004, p. 266 ss. Per il regime delle fabbricere nel Québec, cfr. L.R.Q, c. F-1 *Loi sur les fabriques* (in <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showDoc/cs/F-1?&digest>), che ne dà la seguente definizione: “*Une fabrique est une corporation ecclésiastique dont l’objet est d’acquérir, de posséder, de détenir, et d’administrer des biens pour les fins de l’exercice de la religion catholique romaine dans la paroisse ou la desserte pour laquelle elle est formée.*” (art. 13).

⁶² La caratteristica primaria di queste associazioni consiste nel fatto che il loro oggetto esclusivo è limitato per legge all’esercizio del culto (art. 19), ovvero “*subvenir aux frais, à l’entretien et à l’exercice public d’un culte*”. La loro capacità giuridica, in origine molto limitata, è stata estesa equiparandola a quella delle “*associations reconnues d’utilité publique*” (1942). Per esse è poi espressamente previsto il divieto di ricevere sovvenzioni dallo Stato, dai dipartimenti o dai comuni, non considerandosi tali le somme concesse per la riparazione degli edifici di culto ad esse concessi in godimento. In argomento, cfr. É. POULAT, *Notre laïcité publique*, Paris 2003, p. 135 ss.; A. BOYER, *Le droit des religions en France*, Paris 1993, p. 87 ss.

⁶³ In argomento, cfr. J.P. DURAND, *Le modus vivendi et les diocésaines (1921-1924). L’hypothèse d’un accord diplomatique en forme simplifiée*, in «L’Année Canonique» 35 (1992) 199 ss.

⁶⁴ Sul regime delle congregazioni religiose, cfr. J. BOUSSINESQ, *La laïcité française. Mémento juridique*, Paris 1994, p. 153 ss.,

In sostanza a tutt'oggi l'ordinamento francese, con la debita eccezione dei dipartimenti dell'Alsazia-Mosella⁶⁵, non riconosce civilmente la struttura organizzativa della Chiesa articolata per enti, mentre le norme confessionali assumono un mero valore di regolamento interno dell'ente, cui il giudice può riconoscere rilevanza civile solo in quanto compatibili con i principi e le norme del diritto civile⁶⁶. Le parrocchie non sono riconosciute civilmente, mentre le associazioni diocesane corrispondono solo in parte all'ente diocesi previsto dal diritto canonico. Soccorre in parte, ma solo per le opere educative e di assistenza e per la previdenza del clero, la possibilità di ricorrere ad altre figure di persona giuridica previste dal diritto comune (associazioni e fondazioni), soggette però ad un regime di tutela governativa che, nonostante alcune recenti riforme, ne limita ancora in modo consistente la capacità giuridica⁶⁷.

4.2.2. Paesi di tradizione anglosassone

Il separatismo statunitense, emblematico degli attuali sistemi di tradizione anglosassone, è assai diverso da quello francese. Non solo sul piano culturale, in quanto traduce un orientamento storicamente favorevole alla presenza e all'azione delle confessioni religiose, ma anche per il contesto ordinamentale in cui si cala, caratterizzato dal ruolo della giurisprudenza come fonte del diritto, secondo la tradizione del *common law*, e dalla strutturazione federale dello Stato, che implica la coesistenza di più sistemi normativi e di più livelli giurisdizionali, statali e federale⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. E. TAWIL, *Le droit interne des religions dans la jurisprudence du Conseil d'État*, in CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2004. Jurisprudence et avis de 2003. Un siècle de laïcité. Études et documents du Conseil d'État*, La Documentation française, Paris 2004, p. 453 ss.

⁶⁶ In argomento cfr. J.P. DURAND, *L'uso del diritto canonico nei tribunali amministrativi dello Stato in Francia*, in AA.VV., *Attuali problemi di interpretazione del Codice di diritto canonico*, Atti del Simposio Internazionale in occasione del I° Centenario della Facoltà di Diritto canonico della P.U.S.T., a cura di B. ESPOSITO, Roma 1997, p. 161 ss.

⁶⁷ La "grande capacité juridique", che implica la capacità di ricevere legati e donazioni, è concessa solo agli enti *reconnues d'utilité publique*, ovvero svolgenti attività di interesse generale (di ordine filantropico, sociale, educativo o culturale) ma a condizione che non presentino un "*caractère purement religieux*", come le associazioni di culto o diocesane, per le quali la giurisprudenza costante del Consiglio di Stato esclude questa possibilità (cfr. B. JEFFROY – F. TRICARD (dir.), *Liberté religieuse et régime des cultes en droit français. Textes, pratique administrative, jurisprudence*, Paris 1996, p. 334). In questo caso anche l'accettazione delle liberalità deve essere specificamente autorizzata dal governo (art. 910 Code civil). In argomento cfr. B. BASDEVANT-GAUDEMET – F. MESSNER, *Les établissements de santé et les institutions d'assistance confessionnels en France*, in «Revue de droit canonique» 52/1 (2002) 187 ss.

⁶⁸ Sul separatismo statunitense e sulla sua evoluzione storica nella dottrina e nella giurisprudenza, cfr. P. HAMBURGER, *Separation of Church and State*, Cambridge, Massachusetts 2002; D. J. MORRISSEY, *The Separation of Church and State: an American-catholic perspective*, in «The Catholic University Law Review» 47 (1997) 1-49. Nella dottrina italiana, cfr. G. D'ANGELO, *Libertà religiosa e*

Negli Stati Uniti, pur in assenza di concordati o di altre forme di riconoscimento ufficiale di confessioni religiose, preclusi dalla Costituzione federale⁶⁹, il riconoscimento civile degli enti della Chiesa cattolica, come pure delle altre confessioni religiose, salvo che in due Stati (Virginia e West Virginia)⁷⁰ non incontra alcun ostacolo, ed anzi gode di un trattamento di favore accompagnato da consistenti agevolazioni fiscali a livello federale⁷¹, come pure le loro attività svolte in numerosi settori di rilevanza sociale (assistenza, ospedali, università, scuole, etc.) anche attraverso autonome strutture⁷².

diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense, Torino 2015; F. ONIDA, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti. Dagli anni sessanta agli anni ottanta*, Milano 1984; Id., *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense*, Milano 1970.

⁶⁹ Nelle colonie nordamericane lo sviluppo di un sistema di relazioni tra lo Stato e le chiese iniziò in Virginia nel 1609 con l'istituzione della Chiesa anglicana (più tardi la Chiesa episcopaliana). Un movimento contrario a questo riconoscimento legale ebbe inizio nel 1784 guidato da Thomas Jefferson e James Madison, in coincidenza con la presentazione al parlamento ("General Assembly") della Virginia di una proposta di legge denominata *General Assessment Bill*, che prevedeva l'incremento dei fondi per finanziare i "maestri di religione cristiana" attraverso un aumento del prelievo fiscale. Contro questa iniziativa Madison scrisse un opuscolo rimasto famoso ("A Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments") e nel 1785 l'Assemblea legislativa respinse l'*Assessment Bill* approvando la proposta di legge di Jefferson sulla libertà religiosa ("Bill for Establishing Religious Freedom"), tuttora in vigore in Virginia (VA. CODE ANN. § 57-1) e che aprì poi la strada al I° Emendamento (articolo) del *Bill of Rights* varato nel 1791 a integrazione della Costituzione federale del 1787. In argomento cfr. F. CHURCH (ed.), *The Separation of Church and State. Writings on a Fundamental Freedom by America's Founders*, Boston 2004, p. 56 ss.

⁷⁰ Le costituzioni di questi due Stati proibiscono esplicitamente il riconoscimento specifico di ogni chiesa o denominazione religiosa ("The General Assembly shall not grant a charter of incorporation to any church or religious denomination, but may secure title to church property to an extent to be limited by law", VA. CONST. art. 4, § 14, para. 20; "No charter of incorporation shall be granted to any church or religious denomination. Provisions made by general laws for securing the title to church property, and for the sale and transfer thereof, so that it shall be held, used, or transferred for the purposes of such church, or religious denomination", W. VA. CONST. § 47). La Costituzione del South Carolina vieta invece espressamente leggi speciali, ma non leggi generali per il riconoscimento di istituzioni religiose come pure di una varietà di altre *charitable* e *not-for-profit corporations* e *business corporations* (S. C. CODE ANN., § 33-31-10). Le ragioni di questa anomala legislazione sono dovute alla forte tradizione storica della Virginia, che risale all'epoca della Rivoluzione e alle teorie separatiste di Thomas Jefferson e James Madison (i "Virginians"), mentre alcuni vi scorgono anche un riflesso delle antiche leggi inglesi sulla manomorta ecclesiastica. Questo divieto costituzionale mirava a prevenire la formazione di situazioni di privilegio a vantaggio di alcune chiese – destinatarie di *special corporate charters* – rispetto ad altre, più che ad impedire ogni riconoscimento di organizzazioni religiose. In ogni caso oggi il *Virginia Nonstock Corporation Act* consente il riconoscimento (*incorporation*) di una organizzazione "for any lawful purpose", menzionando tra i fini ammessi anche quello religioso. Numerose organizzazioni con fini religiosi, che non sono per sé chiese o confessioni religiose, sono oggi riconosciute legalmente in base a queste previsioni (cfr. P. GERSTERNBLITH, *Associational Structures of Religious Organizations*, in «Brigham Young University Law Review» (1995) 462 ss.).

⁷¹ Cfr. INTERNAL REVENUE SERVICE, 501 (c) (3) *Tax Guide for Churches and Religious Organizations. Benefits and responsibilities under the federal tax law*, in <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p1828.pdf>

⁷² Per approfondimenti, cfr. W. W. BASSETT, *Religious Organizations and the Law*, vol. I, Eagan,

Di regola la figura soggettiva più frequentemente utilizzata dalle chiese è quella della *non-for-profit corporation*, modellata sulla disciplina delle *business corporations*, che garantisce i suoi membri e promotori rendendoli esenti da responsabilità personale per le attività della corporation (*limiting liability*), in quanto normalmente considerata, dal punto di vista giuridico, come una entità separata⁷³.

Le persone giuridiche canoniche pubbliche non godono formalmente negli Stati Uniti di uno speciale trattamento normativo derivante da un riconoscimento *ex lege* o *ex decreto* della loro struttura canonica, ma operano per lo più attraverso la creazione di due tipi di *non-profit corporations*. Il primo tipo, denominato "*Church corporation*", corrisponde alla struttura canonica dell'ente ecclesiastico, per lo più della diocesi, come risultante dai suoi documenti costitutivi (*articles of incorporation* e *by-laws*), ed il suo fine primario è di tipo essenzialmente religioso. In forza della *Establishment clause*, questo tipo di *corporation* è sottratto agli schemi organizzativi previsti nelle leggi statali e federali (*state statutes*), pertanto gode di ampia libertà nel conformare la propria disciplina e struttura interna alle norme canoniche, è fiscalmente esente ma è escluso da ogni forma di finanziamento pubblico. La sua funzione pratica è quella di amministrarne il patrimonio, costituito esclusivamente o prevalentemente da donazioni dei fedeli, per il perseguimento del suo fine religioso. Le sue attività o servizi si rivolgono quindi essenzialmente ai membri della comunità religiosa⁷⁴.

Il secondo tipo, denominato "*Church-related corporation*", viene invece costituito per realizzare le opere e attività apostoliche promosse dalla persona giuridica canonica pubblica (normalmente diocesi e istituti religiosi). Canonicamente essa ha una specifica funzione – dirigere un'opera di misericordia – di regola rivolta ad una comunità più ampia rispetto a quella dei fedeli e gode pertanto di finanziamenti pubblici e privati e di un regime fiscale di favore per l'erogazione dei servizi resi. È soggetta, per quanto riguarda la sua organizzazione interna, alle leggi statali e federali, ma ne può essere formalmente riconosciuto il legame con la Chiesa in base a quanto risultante dai

MN, 2003, spec. Chapter 3 (§ 3: 1 ss.). Nella dottrina italiana, cfr. A. MADERA, *Gli ospedali cattolici. I modelli statunitensi e l'esperienza giuridica italiana: profili comparatistici*. Tomo I. *Gli ospedali cattolici negli U.S.A.*, cit., p. 139 ss.

⁷³ A seconda delle differenti leggi statali (*state statutes*) e anche delle scelte operate dai loro amministratori o fondatori, le organizzazioni religiose negli Stati Uniti possono assumere differenti forme legali, tra cui il *Charitable trust*, la *unincorporated association*, la *corporation sole*, varie forme di *religious corporations* e di *not-for-profit corporations*, che sono le figure più diffuse. In argomento cfr. P. GERSTERNBLITH, *Associational Structures of Religious Organizations*, cit., (1995) 439 ss.

⁷⁴ Cfr. W. BASSETT, *Religious Organizations and the Law*, cit., § 3: 6.

suoi documenti costitutivi. Infatti gli *state statutes* ammettono pacificamente la possibilità che nei *civil documents* di una *not-for-profit corporation* siano introdotte a carico degli amministratori, nell'ambito dei loro "*fiduciary duties*", una serie di regole per l'assunzione di determinate decisioni, come possono essere quelle che il *Codex* pone a carico degli amministratori di persone giuridiche canoniche pubbliche. In questo modo, pertanto, le norme confessionali possono assumere rilevanza civile non solo *de facto* ma anche *de jure* nell'amministrazione delle *religious organizations*⁷⁵.

Questo sistema, reso possibile dal ruolo dominante della giurisprudenza e da una concezione più elastica della personalità giuridica, riconosce quindi ampia libertà alle confessioni religiose, consentendo ad esse di organizzarsi avvalendosi di svariati schemi giuridici, a loro volta plasmabili sulla base delle loro esigenze strutturali.

In questo contesto i problemi per le organizzazioni religiose possono derivare dal regime di responsabilità cui sono soggette le attività delle *corporations* da esse fondate, cui sono applicati gli stessi principi generali in materia di responsabilità patrimoniale che valgono per le altre persone giuridiche⁷⁶. Con il rischio – per gli enti appartenenti ad una confessione gerarchicamente strutturata – che la loro principale caratteristica, ovvero il legame organico e la dipendenza dall'autorità ecclesiastica, possa tradursi per quest'ultima, attraverso l'applicazione delle teorie del "*piercing the corporate veil*" e dell'*agency*, in un'illimitata responsabilità per gli atti e comportamenti dei primi ("*ascending liability*")⁷⁷.

4.2.3. Modelli a confronto

In sostanza negli ordinamenti di tradizione europea, caratterizzati dal primato della legge e da una concezione astratta della persona giuridica, il carattere della c.d. *ecclesiasticità*, ovvero il peculiare collegamento organico tra gli enti di una medesima confessione religiosa, si è dovuto necessariamente

⁷⁵ Ibidem, § 3: 11.

⁷⁶ Per un quadro di sintesi delle principali problematiche della gestione degli enti della Chiesa nel sistema statunitense alla luce della giurisprudenza, cfr. M. E. ЧЮРКО, *Control of and Administration for Separately-Incorporated Works of the Diocesan Church: A Constitutional Statutory and Judicial Evaluation of the Experiences of U.S. Dioceses*, in AA.Vv., *Public Ecclesiastical Juridic Persons and their Civilly Incorporated Apostolates (e.g. Universities, Healthcare Institutions, Social Service Agencies) in the Catholic Church in the U.S.A.: Canonical – Civil Aspects*, cit., p. 65 ss.;

⁷⁷ Per approfondimenti cfr. J. FLOWERS CONTI, *Liability Issues for Related Church Entities*, in AA.Vv., *Public Ecclesiastical Juridic Persons and their Civilly Incorporated Apostolates (e.g. Universities, Healthcare Institutions, Social Service Agencies) in the Catholic Church in the U.S.A.: Canonical – Civil Aspects*, cit., p. 97 ss.

tradurre in una disciplina speciale, che, in deroga al carattere rigido e autoreferenziale del modello legislativo di persona giuridica comunemente adottato, riconosce *ex lege* la loro peculiare struttura e la rilevanza civile dei controlli confessionali sulla loro amministrazione interna.

Negli ordinamenti di tradizione anglosassone, invece, caratterizzati da un diritto di formazione giurisprudenziale e da una visione più pragmatica degli istituti giuridici, il carattere della ecclesiasticità rileva innanzitutto come uno degli elementi che può concorrere ad individuare la complessiva natura giuridica e le modalità di funzionamento di una *religious organization*, come risultanti dai suoi documenti costitutivi (*certificate of incorporation* e *by-laws*).

Sotto questo profilo essa non rappresenta un dato problematico né sul piano teorico, in quanto la disciplina di ciascuna struttura legale è molto elastica, né sul piano legislativo, in quanto vige un'ampia libertà per i gruppi religiosi di assumere, tra le varie strutture legali previste nelle legislazioni dei singoli Stati, quella più consone alla propria struttura originaria e più vantaggiosa dal punto di vista legale e fiscale.

Per contro occorre rilevare che la ecclesiasticità, qualora tradotta nei "*governing documents*" (*articles of incorporation* e *by-laws*) di una organizzazione religiosa con la previsione di penetranti poteri di guida e controllo riconosciuti ad un soggetto esterno (es.: vescovo o diocesi, *diocesan corporation*), può essere percepita dai giudici come indice di una forte posizione dominante ("*dominance*") di quest'ultimo – persona fisica o persona giuridica – nei confronti della prima, che lo espone ad una responsabilità, personale o societaria, per i debiti o i danni prodotti dalla sua controllata⁷⁸.

⁷⁸ L'elemento della ecclesiasticità può essere pertanto assimilata, nel contesto della *common law* statunitense, ad una sorta di *dominance*, categoria generale che opera sia nel mondo degli affari attraverso il controllo della proprietà azionaria, sia nell'universo delle organizzazioni non lucrative attraverso il potere di controllo sul consiglio di amministrazione di un ente, che può manifestarsi nel potere di nomina degli amministratori ovvero nel collegamento tra gli organi di vertice di più enti e tra le rispettive proprietà azionarie. Vero è però che l'applicazione di queste teorie da parte dei giudici avviene in circostanze particolari, laddove si evidenzia un rapporto particolarmente stretto di direzione effettiva di una *corporation* da parte di un'altra o comunque di un soggetto esterno (c.d. "*parent/subsidiary relationship*", cfr. J. FLOWERS CONTI, *Liability issues for Related Church Entities*, cit., p. 144). Nell'ambito delle *business corporations*, i poteri esercitabili attraverso la titolarità della proprietà azionaria, per esempio, non sono considerati sufficienti ad integrare gli estremi di queste forme di responsabilità, in quanto la limitazione di responsabilità è considerata un tipico elemento dell'assunzione della personalità giuridica (*incorporation*). Così pure la previsione di un potere di controllo circa la designazione dei componenti del consiglio di amministrazione di una *not-for-profit corporation*, o l'inserimento nel suo *by-laws* di una serie di regole poste a carico degli amministratori e corrispondenti agli obblighi canonici previsti a carico degli amministratori di beni ecclesiastici, non rappresenterebbero ancora un superamento di questo limite.

II. PARTE RICOSTRUTTIVA

5. *Elementi di novità nel regime degli enti nel diritto secolare*

Premessi questi brevi cenni di carattere comparativo al regime degli enti della Chiesa negli ordinamenti secolari, mi sembra utile segnalare alcune linee di tendenza emergenti nell'evoluzione degli ordinamenti secolari contemporanei ed in grado di incidere, più o meno direttamente, sulla condizione giuridica di tali enti.

5.1. Pluralismo, libertà religiosa e laicità dello Stato

È stato di recente osservato che “la confluenza di due sviluppi moderni, l'ampia diffusione del pluralismo come dato di fatto e della libertà religiosa come norma politica, è ormai diventata un fenomeno globale”⁷⁹. Sia pure in forme diverse, dovute a vicende storiche e culturali differenti, si tratta di due costanti che oggi ritroviamo quasi ovunque. Su questa situazione ha inciso fortemente negli ultimi anni la globalizzazione, che ha reso quasi ovunque il pluralismo religioso un dato reale, non più meramente immaginato o teorizzato. Questo è un punto fondamentale che ha immediate ricadute sul regime degli enti ecclesiastici negli ordinamenti secolari. Da un lato il riconoscimento del diritto di libertà religiosa tende ad assecondare la pretesa di tali enti ad essere riconosciuti civilmente con le caratteristiche loro proprie e originarie, senza più interferenze da parte dello Stato nella loro struttura e funzionamento interno⁸⁰; dall'altro lato la laicità o aconfessionalità dello Stato, in cui si traduce sul piano istituzionale il riconoscimento della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale, implica il graduale superamento di regimi privilegiati o speciali per le loro attività extraecclesiastiche, oggi sempre più soggette al diritto comune esteso a tutti gli enti non lucrativi operanti nel settore.

⁷⁹ P. L. BERGER, *I molti altari della modernità. Le religioni al tempo del pluralismo*, Bologna 2017, p. 111.

⁸⁰ In questo senso è orientata la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), secondo la quale “since religious communities traditionally exist in the form of organised structures, Article 9 must be interpreted in the light of Article 11 of the Convention, which safeguards associative life against unjustified State interference. Indeed, *the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is, thus, an issue at the very heart of the protection which Article 9 affords*” (CEDU, I^a Sezione, *Case of Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*. Application n. 40825/98, Judgement 31 July 2008, § 61). Per approfondimenti, cfr. J.-P. SCHOUPPE, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris 2015, p. 277 ss.

5.2. Gruppi religiosi e appartenenza confessionale

Il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo, tra cui quello di libertà religiosa, e la valorizzazione del pluralismo sociale hanno indotto un profondo ripensamento del ruolo della persona umana all'interno delle formazioni sociali, comprese quelle di carattere religioso. In questa prospettiva ha assunto crescente rilievo negli ordinamenti secolari il concetto di *appartenenza confessionale*, che designa la posizione della persona all'interno della comunità religiosa alla quale appartiene, da cui deriva che il riconoscimento di una confessione "sembra implicare di necessità la rilevanza di situazioni soggettive connesse all'appartenenza all'autonomo ordinamento confessionale"⁸¹. Negli ordinamenti di democrazia pluralista tale appartenenza, per assumere rilevanza giuridica, deve sempre avere un fondamento volontaristico, essere cioè espressione di una scelta di libertà (religiosa) derivante da un atto di autodeterminazione della persona⁸². Ma quando ricorre tale presupposto, la rilevanza accordata dall'ordinamento statale alle norme confessionali che strutturano l'organizzazione interna e le regole di funzionamento del gruppo religioso si presenta non come espressione della mera libertà associativa dei suoi membri, o della potestà statutaria dell'ente, ma come un aspetto della tutela costituzionalmente rilevante della libertà religiosa del cittadino-credente⁸³.

In sostanza gli enti religiosi, tra cui quelli a base personale, sono visti oggi negli ordinamenti secolari non più soltanto come centri di imputazione giuridica (concezione patrimonialista) e/o strumenti per il perseguimento di determinati obiettivi economici o sociali (concezione funzionalista) ma come luoghi privilegiati per lo sviluppo della persona umana e per l'esercizio dei suoi diritti fondamentali (concezione personalista). L'autonomia organizzativa che viene loro riconosciuta, nel rispetto dei limiti previsti da ogni ordinamento,

⁸¹ C. MIRABELLI, *L'appartenenza confessionale. Contributo allo studio delle persone fisiche nel diritto ecclesiastico italiano*, Milano 1975, p. 148

⁸² Ibidem, p. 154: "La libertà di mantenere o di mutare convinzione religiosa, e quindi l'appartenenza confessionale, che costituisce uno dei contenuti tipici della fondamentale libertà religiosa, implica, di necessità, che per l'ordinamento statale la situazione soggettiva di appartenenza debba sempre avere un fondamento volontaristico, derivante da un atto di autodeterminazione della persona, che tuttavia non può essere vincolata in tale materia da una scelta precedente, dovendosi sempre far riferimento alla sua volontà attuale. L'appartenenza a una confessione religiosa viene così ad essere determinata dal concorso di due elementi: a) l'esserne membro secondo il diritto dell'ordinamento confessionale; b) la volontà effettiva e continua della persona che aderisce ad essa".

⁸³ Per approfondimenti negli ordinamenti di alcuni Stati europei, cfr. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH (ed.), *Citizens and believers in the Countries of the European Union. A double membership to the test of secularization and globalization*. Proceedings of the Meeting (Università per Stranieri, Reggio Calabria – November, 12-15, 1998), Milano 1999.

assume di regola rilevanza costituzionale, in quanto viene percepita come strettamente connessa all'esercizio del diritto fondamentale di libertà religiosa e alla tutela del principio pluralista⁸⁴.

5.3. Crisi del sistema delle fonti

La modernità giuridica si è affermata attraverso un percorso storico segnato, sul piano delle fonti del diritto, da una progressiva *reductio ad unum*: dalla pluralità delle fonti propria dell'età del diritto comune si è passati ad una loro crescente concentrazione nella persona del Sovrano e poi nella sostanziale identificazione del diritto con il legislatore statale⁸⁵. Questo complesso itinerario storico è culminato prima nelle Codificazioni ottocentesche, nelle quali si è espressa la pretesa del legislatore borghese di ridurre tutto il reale – la società civile – nello Stato e nelle sue categorie dogmatiche (Stato monoclasse), e poi nel processo di costituzionalizzazione delle democrazie del secondo Novecento, che ha teso a ricondurre la sempre più complessa ed articolata realtà sociale, ormai sfuggita alle ristrette categorie della codificazione, ad alcuni fondamentali valori unitariamente condivisi che hanno ispirato le carte dei diritti negli ordinamenti contemporanei (Stato sociale pluriclasse).

Oggi anche questa fase sembra essere avviata ad esaurimento, come dimostrano la crisi del sistema costituzionale dei diritti, che tende a frantumarsi nella proliferazione di “nuovi diritti” adespoti⁸⁶, e delle fonti del diritto, che appare sempre più evidente nella crescente difficoltà o impossibilità delle fonti ordinate a sistema di fornire soluzioni utili alle istanze emergenti dalla frenetica evoluzione culturale sociale ed economica, nella crescente e pervasiva incidenza delle fonti esterne – di carattere internazionale e/o sovranazionale – sul singolo

⁸⁴ Per la giurisprudenza europea, cfr. CEDU, *Case of Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine*. Application n. 77703/01, Judgement 14 June 2007, secondo la quale, come regola generale, uno Stato membro della Convenzione non dovrebbe porre “any restrictions on or prevent a religious organisation from determining at its own discretion the manner in which it would decide whether to admit new members, the criteria for membership and the procedure for electing its governing bodies. For the purposes of Article 9 of the Convention, read in the light of Article 11, these were private-law decisions, which should not be susceptible to interference by State bodies, unless they interfere with the rights of others or the restrictions specified in Articles 9 § 2 and 11 § 2 of the Convention” (§ 146).

⁸⁵ In argomento, cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 65 ss.

⁸⁶ Sul passaggio dal catalogo costituzionale dei diritti, inseriti in un sistema unitario di principi e limiti, all'affermazione di “nuovi diritti” privi di un sicuro fondamento costituzionale, accentuata da una lettura “per valori” della Costituzione, e sul rischio implicito di frantumazione e di radicalizzazione del sistema dei diritti soggettivi, da ultimo cfr. A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano 2016, 143 ss.

ordinamento statale, nella rinascita del c.d. *ius mercatorum*⁸⁷, che si rende sempre più autonomo e indipendente dalle legislazioni dei singoli Stati, e nel ruolo centrale assunto dalla pubblica amministrazione e dalla giurisprudenza anche negli ordinamenti di tradizione codificatoria⁸⁸.

5.4. Evoluzione del concetto di persona giuridica

In questo contesto, segnato non più solo dalla decodificazione e dal declino della legislazione speciale⁸⁹, ma dall'apparente venir meno della stessa funzione sistemica e ordinante del diritto statale⁹⁰, anche il regime giuridico e lo stesso concetto formale di persona giuridica, elaborato in termini dogmatici come solo centro di imputazione di rapporti giuridici distinto dalle persone fisiche, è destinato a frantumarsi e a perdere sempre più di rilievo⁹¹. Per effetto delle

⁸⁷ In argomento cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna 1993, p. 219 ss., per il quale con l'espressione *lex mercatoria* o *ius mercatorum*, di origine colta, si vuole alludere alla "rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti medioevali. (...) Del pari, per nuova *lex mercatoria* oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati".

⁸⁸ Sulla crisi del sistema delle fonti del diritto, di cui è principale sintomo la perdita centralità della legge, cfr. P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, p. 75 ss.

⁸⁹ In argomento, cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, ult. ed., Milano 1999.

⁹⁰ Sul significato, non necessariamente negativo ma fecondo, della odierna crisi del diritto, ha scritto pagine stimolanti P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015, p. IX-X, per il quale questa crisi, che è innanzitutto crisi delle fonti del diritto, ha "il significato, alto e positivo di una rimozione di credenze mitologiche, troppo riduttive per un diritto che il costituzionalismo novecentesco, l'ordinamento giuridico europeo in costruzione e la globalizzazione giuridica esigevano ben al di fuori del ristretto cono d'ombra dello Stato e della legge. Recuperando il nesso simbiotico con la società che la modernità aveva puntigliosamente resecatto, in coerenza con le richieste di un tempo percorso da una rapida transizione e basilamente nuovo rispetto allo statico tempo ottocentesco, la strada da imboccare era (ed è) una sola: riscoprire (...) la complessità del diritto: un ordine giuridico complesso, dove la fonte autoritaria della legge è solo uno dei molti canali di produzione giuridica".

⁹¹ Si è parlato espressamente, soprattutto nella dottrina civilistica dei paesi di tradizione codificatoria, di "superamento" o "dissolvimento" della persona giuridica per indicare le strategie seguite per reprimere i noti abusi cui essa può dar vita, soprattutto attraverso il beneficio della responsabilità limitata e la regola per cui "*societas delinquere non potest*". A tal fine si è ricorso paradossalmente ad un'altra *factio iuris* ("si finge, per reprimere singole situazioni giuridiche inique, che i diritti o gli obblighi della persona giuridica siano diritti ed obblighi delle persone fisiche dei membri") per neutralizzare gli effetti della prima (finzione), in cui consiste la stessa persona giuridica (*persona ficta*). In argomento cfr. F. GALGANO, *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Bologna 1979, p. 93 ss., che aggiunge: "il passo ulteriore, cui oggi prelude la finzionistica dottrina del «superamento», è l'affermazione che in linea di principio, e non per finzione, i diritti e i doveri

teorie del superamento dello “schermo” della persona giuridica, essa “cessa di apparire quale realtà del mondo giuridico – quale entità che occupi, in esso, la medesima posizione dell’uomo – per ripresentarsi come uno strumento del linguaggio giuridico, utile per riassumere – insostituibile, anzi, in questa sua funzione semantica – una complessa disciplina normativa di rapporti intercorrenti tra persone fisiche”⁹². La circolazione dei modelli di soggettività giuridica, veicolati dalla globalizzazione e dagli scambi commerciali attraverso la rete, senza più alcuna frontiera fisica e giuridica, rende addirittura obsoleta la stessa categoria della personalità giuridica, di creazione statutale, il cui livello di astrazione – che richiedeva pur sempre un minimo di concretezza nel requisito patrimoniale – appare oggi largamente superato dalle regole minime richieste dalla finanza internazionale e dal commercio elettronico di beni e capitali finanziari⁹³.

Per effetto di questa evoluzione concettuale, la persona giuridica non è più considerata la sola ed esclusiva modalità per la costituzione di un centro di imputazione giuridica diverso dalla persone fisiche, in quanto anche a soggetti non personificati viene oggi riconosciuta una capacità per molti versi analoga a quella delle persone giuridiche. In secondo luogo si è passati, in molti ordinamenti, da un sistema concessorio della personalità giuridica, intesa come creazione sovrana dello Stato, ad uno di tipo legale, frutto della mera iscrizione dell’ente su un pubblico registro previo accertamento di alcuni requisiti di carattere formale, in modo simile a quanto avviene per le società commerciali (omologazione). A questa semplificazione della procedura di riconoscimento si è spesso accompagnata anche la progressiva rimozione dei limiti storicamente apposti alla capacità delle persone giuridiche non commerciali, associazioni fondazioni ed enti ecclesiastici, come l’abrogazione dell’autorizzazione agli acquisti, che per lungo tempo ne aveva congelato patrimonio e sfera di attività⁹⁴.

della persona giuridica sono diritti e doveri dei membri. Entrate sulla scena del diritto nella veste della *fictio iuris*, le persone giuridiche si accingono ad uscirne, mercé la dottrina del «superamento», con le medesime modalità concettuali”.

⁹² F. GALGANO, *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, cit., p. 98.

⁹³ Sugli effetti della globalizzazione – intesa essenzialmente come globalizzazione dei mercati – sul diritto e sugli attori del diritto divenuto globale, cfr. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000, p. 101 ss.

⁹⁴ Per un approfondimento di questi temi nella dottrina civilistica italiana, cfr. AA.VV., *Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate*. Atti del Convegno di studi in onore di Pietro Rescigno, Gardone Riviera, 23-24 giugno 2000, Milano 2001.

5.5. Crisi della distinzione tra enti pubblici ed enti privati

Uno dei postulati della modernità giuridica è stata la rigida bipartizione della realtà sociale tra Stato e mercato, che si rifletteva sul piano soggettivo nella distinzione, introdotta dalle codificazioni dell'Otto e del Novecento, tra enti pubblici, espressione della sovranità e dei superiori fini ed interessi generali dello Stato, ed enti privati, le società commerciali, operanti nel mercato e soggetti ad un regime protetto e privilegiato⁹⁵. Altri soggetti – associazioni, fondazioni e gli stessi enti ecclesiastici –, e più in generale le formazioni sociali (famiglia, partiti politici e sindacati, confessioni religiose, enti territoriali, etc.), in quanto ritenute pericolosi diaframmi tra lo Stato e l'individuo, potevano ottenere il riconoscimento della personalità giuridica solo in quanto rispondenti ad interessi ritenuti meritevoli di tutela da parte del governo ed erano sottoposti ad un regime giuridico di stretta vigilanza pubblicistica. Questo sistema, frutto di una rigida semplificazione ideologica operata dal legislatore liberale, appare oggi superato⁹⁶. Nello Stato di democrazia pluralista, fondato sul primato della persona umana e sulla tutela dei suoi diritti, fondamentali interessi pubblici costituzionalmente tutelati fanno capo direttamente a libere formazioni sociali operanti nell'ordinamento come soggetti privati, talora nemmeno personificati⁹⁷, mentre lo Stato e altri enti pubblici, moltiplicatisi nel corso del tempo per rispondere a svariati interessi e bisogni sociali, operano spesso attraverso modalità di azione, schemi negoziali e talora anche figure soggettive propri

⁹⁵ Cfr. F. GALGANO, *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, cit., pp. 100-101, ove si osserva acutamente che negli ordinamenti secolari "il concetto di persona giuridica è ideato per assolvere una importante funzione ideologica; ed è ideato proprio nell'epoca in cui si fa più pressante l'aspirazione della classe imprenditoriale alla limitazione della responsabilità. Grazie al concetto di persona giuridica, la responsabilità limitata dell'azionista può non essere più considerata, come era considerata un tempo, un beneficio in senso proprio, ossia un privilegio: non è più una eccezione al principio generale della illimitata responsabilità patrimoniale (art. 2740). Si trasforma, essa stessa, in applicazione del principio generale (...). Il concetto di persona giuridica assolve qui la funzione, ideologica, di occultare l'esistenza, a favore della classe imprenditoriale, di una condizione giuridica di privilegio, quale è il beneficio della responsabilità limitata". Analoga è la funzione assolta da tale concetto nel campo del diritto pubblico, ove "l'idea dello Stato-persona diventa così un importante strumento di potere: la classe dominante si pone nella condizione concettuale di poter chiedere tutto, giacché essa non chiede nulla per sé. Si creano le premesse ideologiche di quella che è stata definita una nuova forma di 'assolutismo illimitato': infatti, la personificazione di un ente astratto sovranamente porta a non potergli più rifiutare nessun potere, nessuna autorità".

⁹⁶ In argomento cfr. P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e post-moderno*, Genova 2015, p. 41 ss.

⁹⁷ Sulla sfera del pubblico nello Stato costituzionale contemporaneo, cfr. P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2005, p. 20 ss. Sul fondamentale passaggio tra lo Stato di diritto liberale e lo Stato sociale di democrazia pluralista, cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica*, IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1989, p. 6 ss.

del diritto privato⁹⁸. In sostanza le categorie di pubblico e privato, soprattutto se riferite alla materia degli enti e degli interessi che essi perseguono, hanno perso il significato dogmatico (e ideologico) loro originariamente attribuito, rivelandosi oggi come meri indici di regimi giuridici differenziati sulla base di scelte legislative nelle quali si riflettono le esigenze dell'economia, quelle delle amministrazioni pubbliche e la tutela/controllo del complesso pluralismo sociale e degli enti che lo esprimono⁹⁹.

5.6. Sviluppo del Terzo settore

Un sesto fattore evolutivo, manifestatosi già da tempo, è la crisi finanziaria dello Stato sociale, determinato dalla crescente insostenibilità dei costi dei servizi sociali sui bilanci pubblici. Tutto ciò ha avuto importanti ricadute sulla materia degli enti negli ordinamenti secolari di tradizione codificatoria, determinando la crescente valorizzazione, e talora l'istituzione *ex novo*, di nuove figure soggettive, gli enti non lucrativi, destinatari di un regime civilistico e fiscale più favorevole, entro cui possono collocarsi oggi anche gli enti confessionali relativamente alle attività di utilità sociale da essi svolte¹⁰⁰. Ciò sta determinando in molti paesi, in particolare quelli di tradizione cattolica, la progressiva uscita di questi enti da un regime speciale, esclusivo e privilegiato ma sempre più soffocante, e la loro graduale (e volontaria) sottoposizione ad un regime di diritto comune di carattere premiale, che implica però anche accresciuti profili di responsabilità per le attività extraecclesiastiche svolte¹⁰¹.

⁹⁸ Per una sintesi dell'evoluzione normativa e concettuale della categoria degli enti pubblici negli ordinamenti contemporanei, cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1970, p. 173 ss., che al termine della sua analisi arrivava, già all'inizio degli anni '70 del secolo scorso, alla seguente constatazione: "la nozione di ente pubblico è di stretto diritto positivo. Gli enti pubblici non sono affatto enti necessari in un ordinamento generale, ed è pensabile uno di tali ordinamenti che conosca solo enti di una categoria, senza ulteriori aggettivi: questo ordinamento ignorerebbe differenze tra ente pubblico ed ente privato, e non succederebbe in concreto nulla di terribilmente preoccupante".

⁹⁹ Con riferimento all'ordinamento italiano, una volta abbandonato quello teleologico come suo elemento caratterizzante e peculiare "il momento di individuazione della categoria degli enti pubblici va perciò cercato in elementi estrinseci e formali: e precisamente proprio nel regime giuridico e nell'inserimento istituzionale degli enti stessi nell'organizzazione amministrativa pubblica. Tale inserimento ha carattere multiforme. Onde si parla di atipicità degli enti pubblici e della loro capacità giuridica", A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, XV^a ed., Napoli 1989, p. 194.

¹⁰⁰ Per approfondimenti cfr. M. STALTERI, *Enti non profit e tutela della fiducia. Esperienza inglese e prospettive della riforma italiana*. Presentazione di Giulio Ponzanelli, Torino 2013; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, 2^a ed., Torino 2000.

¹⁰¹ Per una interessante e puntuale comparazione in materia di alcuni ordinamenti europei, cfr. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *Social Welfare, Religious Organizations and*

È questa una linea di tendenza indotta anche dall'osservanza della normativa dell'Unione europea, cui sono tenuti a conformarsi gli ordinamenti degli Stati membri, ove il concetto di impresa e il relativo regime giuridico, fondato sul principio di libera concorrenza, comprende qualsiasi ente che eserciti un'attività economica – ovvero un'attività di produzione e/o scambio di beni o servizi con tendenziale copertura dei costi con i ricavi – a prescindere dal suo *status* soggettivo, e quindi anche l'ente ecclesiastico¹⁰², ammesso ad operare nel mercato come qualsiasi altro operatore economico ma destinato, per tali attività, a perdere una serie di benefici connessi al suo peculiare *status* giuridico¹⁰³.

5.7. Effetti ulteriori della globalizzazione

Un ultimo fattore che va segnalato è il processo di globalizzazione, i cui effetti sono stati in parte anticipati in Europa dal processo di integrazione comunitaria, che ha determinato un progressivo indebolimento del ruolo e dei poteri dello Stato nazionale. Da cui il superamento di un'economia ristretta, circoscritta al territorio nazionale e soggetta anche a misure protezionistiche, verso un sistema economico di tipo espansivo con il progressivo abbattimento, da parte dei legislatori nazionali, di tutta una serie di barriere poste alla sfera

the State. Editors I. DÜBECK – F. OLE OVERGAARD, Proceedings of the meeting, Sandjerg, November 18-20, 1999, Milano 2003.

¹⁰² Cfr. Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, C-222/04, n. 107: “secondo costante giurisprudenza, nell'ambito del diritto della concorrenza, il concetto di impresa comprende qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento”. Come è stato precisato in dottrina, “se è vero che nel pensiero del giudice comunitario anche un organismo di volontariato operante in assenza di finalità di lucro può esercitare un'attività economica e costituisce un'impresa ai sensi delle disposizioni del Trattato, non vi può essere dubbio che tale principio trovi applicazione anche in relazione alla figura dell'ente ecclesiastico” (M. MERLINI, *Evoluzione della figura dell'ente ecclesiastico in Italia. Attuali potenzialità e criticità. Strumenti civilistici e rispondenza dei beni alle finalità carismatiche*, in AA.Vv., *Carismi alla prova del tempo. La gestione dei beni e delle opere degli Istituti di Vita Consacrata*, a cura di M. MERLINI, Roma 2017, p. 131).

¹⁰³ La giurisprudenza italiana ha di recente riaffermato questo orientamento in una controversia relativa all'assegnazione di aiuti statali a scuole paritarie confessionali (Cons. St., sez. VI, sent. 3 novembre 2016-30 gennaio 2016, n. 291), molte delle quali gestite da enti ecclesiastici, respingendo la tesi che identificava le scuole paritarie che svolgono il servizio scolastico “senza fini di lucro”, quali destinatarie di contributi pubblici in via prioritaria rispetto alle altre scuole paritarie, ai sensi dell'art. 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (“legge finanziaria 2007”), con le scuole paritarie “gestite da soggetti giuridici senza fini di lucro”, seguendo così il criterio “soggettivo-formale” della natura giuridica dell'ente gestore, anziché fare applicazione del criterio “oggettivo” – coerente con la giurisprudenza europea in materia di aiuti di Stato, e con la giurisprudenza nazionale –, in base al quale il fine di lucro della scuola paritaria va posto in correlazione diretta con le caratteristiche, economico-commerciali o meno, dell'attività esercitata, e non con la natura dell'ente.

di attività dei soggetti economici e sociali. A ciò deve aggiungersi che da tempo la principale forma di ricchezza non è più la proprietà immobiliare ma quella mobiliare (titoli), fluttuante nel tempo e nello spazio e la cui titolarità si trova spesso fuori dei confini nazionali. In sostanza oggi il regime delle persone giuridiche non può più assolvere, come un tempo, ad una funzione primaria di orientamento dell'economia nazionale e di controllo sociale ma può solo costituire, in un contesto di concorrenza transnazionale e di libertà dei flussi finanziari, un elemento di semplificazione del traffico negoziale e di liberalizzazione della disciplina dei soggetti giuridici, anche di quelli religiosi, da attuarsi mediante la vigilanza dello Stato sul regime, soprattutto fiscale, delle loro attività¹⁰⁴.

6. Fattori evolutivi nell'ordinamento ecclesiale ed enti ecclesiastici

A questi fattori evolutivi se ne aggiungono altri interni all'ordinamento ecclesiale, frutto soprattutto della svolta conciliare, tra cui l'apertura verso il mondo e la valorizzazione del laicato, reso corresponsabile e compartecipe dei *tria munera Ecclesiae* (can. 204, § 1). Per cui oggi i fedeli sono in grado di assumere iniziative autonome, sia pure sempre in comunione con i Pastori, in molteplici settori della vita e delle attività ecclesiali. A ciò si aggiunge, come è stato acutamente osservato, la recente tendenza del magistero ad accentuare sempre più la dimensione della "Chiesa nel mondo" rispetto a quella tradizionale di "Chiesa e mondo" (Stato), propria della pur sostenuta attività concordataria¹⁰⁵, con un implicito invito a ripensare le forme attuative del principio dualista¹⁰⁶, ciò che implica un maggiore coinvolgimento delle

¹⁰⁴ Sull'incidenza dell'economia finanziaria, affermata nel mondo anglosassone e tipica della globalizzazione, sul sistema istituzionale e sulle differenze tra i due modelli, anglosassone e "renano", di capitalismo finanziario, cfr. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002, p. 31 ss.

¹⁰⁵ Cfr. G. DALLA TORRE, *La Chiesa di fronte agli Stati: lo Ius Publicum Ecclesiasticum nell'attuale contesto ecclesiologicalo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2017, p. 76, il quale, sulla base della più recente evoluzione dei rapporti tra la Chiesa e gli Stati nella prospettiva dello *Ius Publicum Ecclesiasticum*, osserva che "l'antico parallelismo tra le due *societates perfectae* appare superato in una realtà più complessa, poliedrica, che vede progressivamente affermarsi la prospettiva della «Chiesa nel mondo», secondo la eloquente denominazione della cost. past. *Gaudium et spes*, rispetto alla unica ed assorbente prospettiva precedente di «Chiesa e mondo»".

¹⁰⁶ Questa tendenza appare evidente non solo nel magistero di Papa Francesco (cfr. Papa FRANCESCO, Es. ap. postsinodale *Amoris laetitia*, Roma, 19 marzo 2016, nn. 291 ss.) ma, in termini più generali, nel suo complessivo approccio pastorale alla contemporaneità, in particolare laddove egli sottolinea il primato del tempo rispetto allo spazio ("il tempo è superiore allo spazio") non solo per progredire nella costruzione di un popolo ma anche come criterio appropriato per

strutture e organizzazioni ecclesiali nelle dinamiche sociali e un progressivo trasferimento delle problematiche giuridiche ad esse connesse all'interno degli ordinamenti secolari.

Tutto ciò, congiunto all'evoluzione in materia di quest'ultimi e ai rapidi mutamenti indotti dalla globalizzazione, si ripercuote sul sistema degli enti della Chiesa, segnato dalla distinzione tra *enti di struttura*, in cui si articola la struttura gerarchica ed istituzionale della Chiesa, necessari ma soggetti oggi a processi di accorpamento e anche di drastico ridimensionamento, ed *enti di libertà*, nei quali si esprimono le molteplici iniziative dei fedeli e in via di espansione.

6.1. Forme organizzative e modello codificatorio

Circa le forme organizzative degli enti ecclesiastici, una prima osservazione di carattere generale riguarda la persistente validità o meno del modello codificatorio, con la sua implicita pretesa di una *reductio ad unum* del sistema¹⁰⁷, a dettare schemi soggettivi e norme uniformi di amministrazione validi e vincolanti per tutti gli enti della Chiesa universale. La crisi del modello codificatorio è da tempo evidente negli ordinamenti secolari, ove già da decenni si vive l'età della decodificazione, nella quale si riflette una profonda crisi del sistema delle fonti. Anche nell'ordinamento canonico il modello della codificazione è stato ed è tuttora oggetto di un serrato dibattito che ne ha messo in luce i vantaggi sul piano costituzionale¹⁰⁸ e su quello pastorale, ritenuti prevalenti dal legislatore

l'evangelizzazione (cfr. ID., Es. ap. *Evangelii gaudium*, cit., n. 225): "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 diventar matti per risolvere tutto nel momento presente, per tentare di prendere possesso di tutti gli spazi di potere e di autoaffermazione. Significa cristallizzare i processi e pretendere di fermarli. Dare priorità al tempo significa occuparsi di *iniziare processi più che di possedere spazi*. Il tempo ordina gli spazi, li illumina e li trasforma in anelli di una catena in costante crescita, senza retromarcie. Si tratta di privilegiare le azioni che generano nuovi dinamismi nella società e coinvolgono altre persone e gruppi che le porteranno avanti, finché fruttifichino in importanti avvenimenti storici. Senza ansietà, però con convinzioni chiare e tenaci" (n. 223).

¹⁰⁷ Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Dal paradigma canonistico classico al paradigma codificatorio*, in «Ius Ecclesiae» XXIX, 1 (2017) 39 ss.; ID., *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 1999, p. 265.

¹⁰⁸ Cfr. E. CORECCO, *I presupposti culturali ed ecclesiologici del nuovo "Codex"*, in S. FERRARI (a cura di), *Il nuovo codice di diritto canonico. Aspetti fondamentali della codificazione post-conciliare*, Bologna 1983, pp. 41-42, per il quale "l'evento che ha fatto apparire come necessaria una vera e propria codificazione, che ha superato di gran lunga il progetto giovanneo di aggiornamento, è stato la ristrutturazione costituzionale provocata dal Vaticano II che ha spostato il centro di gravità, formalmente collocato nella Chiesa universale, verso un punto capace di comprendere anche la Chiesa particolare. (...) Il codice del 1983 non adempie più la stessa funzione ecclesiale di

del 1983, ma anche gli inconvenienti, primo fra tutti il forte intento sistematico, che tende a racchiudere l'intera esperienza giuridica nella Chiesa all'interno di un codice, con la conseguente e problematica identificazione del diritto con la legge posta dall'autorità, e in particolare da quella posta dall'autorità suprema nella Chiesa¹⁰⁹. Oggi questo rilievo assume un ulteriore significato, connesso piuttosto alla natura del *Codex* come legge universale per l'intera Chiesa latina, con gli effetti di unificazione ma altresì di omogeneizzazione culturale e concettuale, oltre che di potenziale appiattimento normativo e organizzativo, che possono porsi in tensione con l'immagine della Chiesa come *communio ecclesiarum* affermata dal Concilio e con l'esigenza dell'inculturazione della fede¹¹⁰.

Questo aspetto assume particolare importanza nella materia degli enti, la cui disciplina, pur avendo implicazioni anche su dati di struttura e costituzionali dell'ordinamento canonico¹¹¹, è in larga misura espressione delle scelte del legislatore ecclesiastico e dell'evoluzione storica, come dimostra anche il recente passaggio dal sistema beneficiale a quello attualmente vigente. D'altra parte negli ultimi decenni, proprio a partire dalla nuova codificazione canonica del 1983, e anche grazie agli ultimi pontefici stranieri, la Chiesa cattolica ha assunto un respiro veramente universale prima sconosciuto, con una crescente diffusione e visibilità a livello mondiale, ciò che la rende oggi uno dei più influenti attori nella comunicazione a livello globale.

In questo nuovo orizzonte dell'azione apostolica, quella che per duemila anni è stata la tradizione giuridica assolutamente dominante nella Chiesa cattolica, ossia quella romanistica, cui appartiene lo stesso modello della codificazione e le cui categorie giuridiche sono tuttora alla base del *Codex* del 1983, è destinata a subire un progressivo ridimensionamento¹¹². Infatti la sua rilevanza

quello pio-benedettino, perché non ha più solo preoccupazioni universalistiche ma prima di tutto costituzionali”.

¹⁰⁹ Pagine molto belle sono state scritte al riguardo da G. LO CASTRO, *Il compito della scienza giuridica canonica nell'epoca della codificazione*, in «*Ius Ecclesiae*» XXIX, 1 (2017) 77 ss.; ID., *Il mistero del diritto. II. Persona e diritto nella Chiesa*, Torino 2011, 86 ss.

¹¹⁰ In argomento da ultimo, cfr. B. J. BERKMAN, *La codificazione del diritto compromette la sua flessibilità? Il diritto canonico comparato con altri diritti religiosi*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» (www.statoechiese.it), n. 28/2017, pp. 1-15.

¹¹¹ Come messo ben in evidenza da J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*. Prefazione all'edizione italiana di Gaetano Lo Castro, Milano 1989, spec. p. 157 ss.

¹¹² Sugli effetti della globalizzazione sull'evoluzione del diritto canonico, cfr. C. FANTAPPIÈ, *Il diritto canonico: una creazione giuridica superata?*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2017, p. 243 ss., che richiama l'attenzione sull'esigenza di una "integrazione delle due grandi tradizioni del diritto europeo, il *civil law* e il *common law*, allo scopo di promuovere anche il dialogo con i sistemi giuridici non occidentali, come l'islam e la Cina". In argomento cfr. R. TORFS, *La rilevanza giuridica del diritto canonico*, in

è sostanzialmente circoscritta all'area dell'Europa occidentale e dell'America latina, mentre sta crescendo fortemente l'importanza – per lungo tempo marginale – della tradizione giuridica anglosassone, sia per i paesi che abbraccia, ove le comunità cattoliche sono in costante espansione (prima fra tutti gli Stati Uniti) sia perché essa appare oggi dominante sui mercati e nell'economia mondiale¹¹³. Una tradizione giuridica, quella anglosassone, che rispetto a quella romanistica, più sistematica e di tipo deduttivo, funzionale all'affermazione di una forte autorità centrale, tende invece a privilegiare un approccio pragmatico e induttivo, più sensibile alle esigenze delle singole comunità, individuando la norma “dal basso”, ossia partendo dalla stessa realtà sociale (origine consuetudinaria del diritto) e dalle concrete circostanze della singola fattispecie (*case-law*) senza per ciò sacrificare le ragioni dell'autorità in vista del bene comune¹¹⁴. Un rilievo crescente sono poi destinate ad assumere, in una prospettiva globale, anche tradizioni giuridiche di altri paesi, in particolare dell'area asiatica, assai diverse da quelle europee¹¹⁵.

«Concilium» 5/2016, p. 57, il quale sembra suggerire un superamento della codificazione laddove ritiene che il diritto canonico dovrebbe partire non da un approccio deduttivo, tipico dei sistemi di codificazione, ma da un approccio induttivo, proprio dei sistemi di *common law*.

¹¹³ Sugli effetti in questo ambito del processo di globalizzazione, che tenderebbe ad affermare il primato dell'economia e del linguaggio degli interessi sulla politica, decretando il prevalere del modello di *common law* su quello del diritto di tradizione europea, cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., pp. 27-29: “se in Europa il diritto, sulla scia del positivismo giuridico, è sempre stato connotato essenzialmente come «comando del sovrano», ispirandosi dunque a una logica di tipo politico, nella tradizione di *common law* e soprattutto nella sua versione americana, esso ha sempre avuto una connotazione economica, piuttosto che politica”, nel senso che “le *rules* si prestavano a essere piuttosto degli strumenti che i soggetti potevano usare e piegare ai propri bisogni, in un'ottica di tipo economico” grazie alla flessibilità del diritto giurisprudenziale (*judge-made-law*). (...) Ovviamente il diritto privato, specie della proprietà e del contratto, si è particolarmente prestato a questa elaborazione delle corti”, che però ha inciso anche sul ruolo del *judicial review* e sulla formulazione delle leggi (*statutes*).

¹¹⁴ L'immagine della Chiesa come *communio ecclesiarum* appare, per certi aspetti, maggiormente in sintonia con questo approccio, che ha peraltro buone radici nel pensiero tomista e nella tradizione canonistica, ove la consuetudine ha sempre goduto – soprattutto in passato – di una peculiare rilevanza. Sull'influsso del diritto canonico nella formazione della *common law* inglese, cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Anglo-american Law and Canon Law. Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin 1998; ID., *Diritto canonico e 'common law'*, in R. BERTOLINO – S. GHERRO – L. MUSSELLI (a cura di), *Diritto canonico e comparazione*. Giornate canonistiche di studio (Venezia, 22-23 maggio 1991), Torino 1992, p. 229 ss. Nella dottrina italiana, cfr. M. FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie nel diritto inglese*, Milano 2008. Sul ruolo dei tribunali ecclesiastici dopo la conquista normanna dell'Inghilterra, nell'epoca di gestazione della *common law*, cfr. H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 428 ss.

¹¹⁵ Per un approfondimento delle principali tradizioni giuridiche presenti nel mondo contemporaneo, ciascuna delle quali “figlia” di altrettante tradizioni religiose, cfr. H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*. Fourth Edition, Oxford-New York, 2010 (trad. it.: *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna 2011).

È quindi legittimo, se non doveroso in questa prospettiva, interrogarsi sulla persistente validità e sugli eventuali limiti di una disciplina canonistica di carattere universale che tuttora detta in modo sostanzialmente uniforme e vincolante gli schemi soggettivi e le norme di amministrazione patrimoniale di gran parte delle tipologie di enti della Chiesa, destinate ad operare nelle più diverse parti del mondo, a contatto con tradizioni giuridiche e culturali e in contesti normativi assai diversi tra loro. L'esigenza dell'inculturazione non può non riguardare, prima ancora che la materia dei sacramenti e della dottrina, le concrete forme organizzative della presenza e dell'azione delle comunità cristiane nel mondo¹¹⁶.

6.2. Persone giuridiche ed enti nella Chiesa

Un primo effetto concreto sulla disciplina degli enti della Chiesa, derivante dal concorso dei vari fattori sopra richiamati, consiste nel graduale venir meno di una delle principali funzioni assunte dalla persona giuridica canonica a partire dal *Codex* del 1917, ovvero quella di concentrare in sé – assoggettandola all'autorità ecclesiastica – ogni possibile attività corrispondente ai fini della Chiesa, secondo il modello gerarchico preconconciliare. Le persone giuridiche canoniche, la cui costituzione prevede sempre l'intervento formale dell'autorità ecclesiastica, hanno cessato di essere la sola forma soggettiva ammessa per l'esercizio di attività corrispondenti ai fini della Chiesa (can. 114, § 2; cann. 321, 322, § 1). Oggi è sempre più frequente che gruppi di fedeli, e talora la stessa autorità ecclesiastica, costituiscano associazioni od altri enti di diritto comune, talora anche privi di formale riconoscimento canonico, per il perseguimento di varie finalità, tra cui la gestione di opere apostoliche e di attività svolte in forma commerciale¹¹⁷.

¹¹⁶ Emblematici in tal senso appaiono, già da ora, i recenti tentativi di riforma dell'assetto economico della Santa Sede, organo supremo di governo della Chiesa universale, dovuti ai legami sempre più stretti con la comunità internazionale e ispirati a modelli di amministrazione di matrice anglosassone.

¹¹⁷ Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Istruzione in materia amministrativa* (2005), in «Notiziario CEI» (2005) 325-427, ove, dopo aver menzionato l'ipotesi del riconoscimento civile come enti ecclesiastici delle fondazioni autonome erette in persone giuridiche pubbliche qualora in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa concordataria, prevede espressamente che "altre finalità sociali che non rientrano tra le attività di religione o di culto elencate dall'art. 16, lett. a, della legge n. 222/1985, possono essere perseguite mediante la costituzione di fondazioni civili riconoscibili come persone giuridiche private. Si ponga tuttavia attenzione al fatto che dette istituzioni non sono qualificabili come enti ecclesiastici: a esse non si applicano le limitazioni dei poteri di rappresentanza e i controlli canonici sull'amministrazione previsti dal codice di diritto canonico e i loro beni

Si noti che la scelta tra schemi canonistici e schemi civilistici, non sempre sovrapponibili tra loro, è spesso determinata a favore dei secondi non solo dalla prospettiva di eventuali vantaggi fiscali (Europa) o di finanziamenti pubblici (USA) ma dalla crescente difficoltà di gestire patrimoni e/o attività svolte comunque in forma commerciale – cioè sulla base del criterio della copertura dei costi con i ricavi, e quindi soggette ad un diritto comune sempre più complesso e oneroso – con un modello di amministrazione, quello previsto dal *Codex*, che mostra evidenti limiti. E qui veniamo ad una seconda conseguenza indotta dalla recente evoluzione degli ordinamenti secolari, ovvero la crescente arretratezza del libro V del *Codex* sui beni temporali della Chiesa.

6.3. Modelli di amministrazione interna

Si pensi all'oggettiva e crescente difficoltà di rendere compatibile l'amministrazione di organizzazioni complesse, come sono oggi anche alcune parrocchie, per non parlare di molte opere gestite da enti religiosi, con le loro strutture ed oneri di gestione soggetti ad una normativa civilistica e fiscale sempre più articolata e specialistica, con l'osservanza dell'attuale sistema dei controlli canonici sull'amministrazione patrimoniale degli enti (can. 1277 ss.; can. 1290 ss.), che risulta talora farraginoso, ancora legato a vecchi schemi e concetti romanistici (*alienatio* e *extraordinaria administratio*) e ad un modello di amministrazione interna di tipo gerarchico-clericale, volto sostanzialmente alla conservazione del patrimonio, che appare decisamente in crisi. Oggi la scarsa disponibilità di personale ecclesiastico e il massiccio ricorso a personale laico, che determina un aumento crescente dei costi fissi di gestione, fa sì che gli enti ecclesiastici si trovino ad operare in condizioni sostanzialmente analoghe a quelle di altri soggetti operanti sul mercato, pertanto una mera gestione statica del patrimonio appare sempre più insufficiente ad assicurare l'equilibrio di bilancio. Esso richiederebbe quanto meno una semplificazione, nel senso di una verifica sui risultati di gestione piuttosto che sui singoli atti, o quanto meno solo sugli atti veramente più importanti¹¹⁸ e da parte di soggetti qualificati, come av-

non fanno parte del patrimonio ecclesiastico. Il riferimento ecclesiale può tuttavia essere assicurato mediante l'apposizione di specifiche clausole statutarie" (n. 153).

¹¹⁸ In base al concetto molto ampio di *alienatio* (cann. 1291, 1295) e alla categoria altrettanto ampia degli *atti che eccedono l'ordinaria amministrazione*, definita in concreto con decreto del Vescovo diocesano per gli enti a lui soggetti (can. 1281) e, per gli atti di quest'ultimo, della Conferenza episcopale (can. 1277), oggi anche molti atti di amministrazione ordinaria – secondo i moderni e più attuali criteri di gestione amministrativa – sono spesso soggetti alla previa licenza dell'Ordinario.

viene oggi anche in altre amministrazioni complesse, pubbliche o private, che presentano problemi analoghi – di coerenza dell’attività svolta a fini predefiniti e di compatibilità finanziaria – rispetto a quelli dell’organizzazione ecclesiastica.

Lo stesso concetto di “bene ecclesiastico”, anch’esso ereditato dal *Codex* del 1917¹¹⁹ ed esteso a tutti i beni delle persone giuridiche pubbliche, meriterebbe di essere rivisto alla luce non solo dei profondi cambiamenti intervenuti nell’economia, ma anche dell’evoluzione degli ordinamenti secolari, che tendono ad assoggettare al diritto comune tutte le attività svolte in forma commerciale, e quindi anche i beni dell’ente ecclesiastico utilizzati a tal fine. In sostanza ci si potrebbe domandare se sia tuttora utile continuare ad assoggettare anche questi beni, destinati ad essere gestiti con criteri economici e soggetti alla normativa civilistica, quindi esposti anche al rischio di procedure concorsuali, allo stesso regime di controlli canonici cui sono doverosamente sottoposti i beni necessari ad assicurare la sopravvivenza dell’ente e il perseguimento delle sue finalità religiose e caritative in senso stretto (patrimonio stabile¹²⁰).

6.4. Istituti religiosi

Passi concreti in questa direzione si stanno facendo per gli Istituti religiosi, utilizzando i significativi margini di autonomia previsti dal *Codex* per il loro diritto proprio. In questa prospettiva è da segnalare la lettera circolare della Congregazione per gli Istituti di Vita Consacrate e le Società di Vita Apostolica contenenti *Linee orientative per la gestione dei beni* di tali istituti (2014), che insiste su una fedeltà rinnovata al carisma fondativo ma altresì sulla necessità di una migliore determinazione del patrimonio stabile, su una buona pianificazione delle risorse e delle opere apostoliche e sull’importanza del controllo di gestione, fondato sulla rendicontazione dei bilanci¹²¹.

¹¹⁹ In argomento cfr. J. MINAMBRES, *La nozione di “bene ecclesiastico” nella prima codificazione canonica*, in *Ius Ecclesiae*, XIX, 2007, p. 77 ss.

¹²⁰ Sulla nozione di “patrimonio stabile”, che il can. 1291 riferisce a tutte le persone giuridiche pubbliche nella Chiesa e tuttora priva di una definizione a livello di diritto universale, cfr. C. FUSCO, *Il patrimonio stabile degli Istituti religiosi*, in AA.VV., *Carismi alla prova del tempo. La gestione dei beni e delle opere degli Istituti di Vita Consacrata*, cit., p. 91 ss.; V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*, cit., p. 185 ss.

¹²¹ Cfr. CONGREGAZIONE PER GLI ISTITUTI DI VITA CONSACRATA E LE SOCIETÀ DI VITA APOSTOLICA, *Lettera Circolare Linee orientative per la gestione dei beni negli Istituti di vita consacrata e nelle Società di vita apostolica* (Roma, 2 agosto 2014), Città del Vaticano 2014.

6.5. Riforma delle strutture ecclesiali: le diocesi e le parrocchie

Molto poco, invece, è stato fatto per riformare il funzionamento interno di alcuni fondamentali enti di struttura e renderli più coerenti con le innovazioni conciliari e con le esigenze dei tempi. In questa materia il *Codex* del 1983 (libro II) ha introdotto importanti innovazioni, passando da una concezione patrimonialista ad una a base personale delle diocesi e delle parrocchie – definite la prima come una “porzione del popolo di Dio” (can. 369), la seconda come “una determinata comunità di fedeli” (can. 515, § 1) – che mira a valorizzarne la dimensione comunionale e partecipativa. Tuttavia, sul piano della loro amministrazione patrimoniale il *Codex* ha conservato sostanzialmente immutate le vecchie norme del 1917 con un sistema accentrato e controlli di tipo gerarchico sui singoli atti, ereditato nei secoli dal sistema beneficiale¹²², che di fatto esclude la comunità dei fedeli e appare oggi disfunzionale rispetto sia alla buona gestione complessiva dell’ente, in un contesto economico e normativo profondamente mutato, sia ad una reale condivisione e partecipazione dei fedeli alla vita della comunità ecclesiale¹²³.

Si noti che, mentre nel vecchio sistema beneficiale l’amministrazione del patrimonio era funzionale alla produzione di un reddito volto al sostentamento del titolare dell’ufficio, nel sistema attuale tale funzione dovrebbe essere garantita dall’istituto diocesano (can. 1274) mentre i beni della diocesi e della parrocchia, che in passato coesistevano con altre persone morali (mensa vescovile, capitolo cattedrale, beneficio parrocchiale, fabbriceria etc.)¹²⁴, dovrebbero essere destinati alle iniziative apostoliche e caritative promosse e sostenute dalla comunità cristiana.

Qui tocchiamo uno dei punti più sensibili e delicati dell’attuale assetto organizzativo della Chiesa e che, in una prospettiva di riforma, meriterebbe di essere affrontato con lungimiranza. La parrocchia è il punto nevralgico, perché forma la mentalità ecclesiale di base di tutto il popolo di Dio. È forse tempo di riconoscere che, in materia di gestione patrimoniale, il modello

¹²² Il titolo sull’amministrazione dei beni ecclesiastici è rimasto sostanzialmente immutato dal Codice pio-benedettino (cann. 1518-1528) all’attuale (cann. 1273-1289). Più in generale è poi l’intero Libro V del *Codex* vigente sui beni temporali della Chiesa (cann. 1254-1310) ad avere sostanzialmente recepito, sia nell’impostazione che nei contenuti, le vecchie norme in materia del Codice del 1917 (cann. 1495-1551), rispetto ad una realtà che appare oggi profondamente mutata.

¹²³ Per approfondimenti, cfr. J. BEYER, G. FELICIANI, H. MÜLLER, *Comunione ecclesiale e strutture di corresponsabilità*, Roma 1990.

¹²⁴ In argomento cfr. V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, cit., p. 407 ss. In termini più ampi, cfr. G. VROMANT, *De bonis Ecclesiae temporalibus ad usum utriusque cleri, praesertim missionariorum*, Editio tertia recognita, Bruges-Paris, 1952.

monocratico, che affida in esclusiva ogni potere ad un amministratore unico, cioè il parroco, senza alcun reale coinvolgimento dei fedeli¹²⁵, incontra limiti crescenti, anche per la scarsa trasparenza che conferisce ai processi decisionali, favorendo opacità e possibili abusi nella gestione dei beni. Occorrerebbe invece coinvolgere maggiormente la comunità dei fedeli, responsabilizzarla e renderla effettivamente partecipe e corresponsabile della missione nella prospettiva di una “chiesa in uscita”, ma questo sarà difficile finché essa continua ad essere considerata solo come un soggetto passivo, tenuto a contribuire alle necessità della Chiesa (can. 222, § 2) ma poi priva di ogni reale partecipazione all’amministrazione dei beni e di fatto esclusa giuridicamente da ogni processo decisionale circa l’uso delle risorse, e quindi dalla concreta pianificazione dell’azione pastorale e missionaria¹²⁶.

Non si tratta di espropriare il parroco e tanto meno il vescovo dalle loro funzioni di governo pastorale, né di tradire la struttura gerarchico-comunionale della Chiesa inseguendo un malinteso modello democratico¹²⁷, ma di attuare un migliore equilibrio tra la componente ministeriale e quella comunitaria nella consapevolezza che è l’intera comunità cristiana a dover essere soggetto attivo della missione nel mondo contemporaneo¹²⁸. In questa prospettiva potrebbe

¹²⁵ Altra cosa è il ruolo, di supporto tecnico e finanziario e non espressione di corresponsabilità dell’intero popolo di Dio, del Consiglio per gli affari economici, presente in ogni parrocchia, i cui membri in genere laici sono nominati dal Parroco per aiutarlo nell’amministrazione dei beni (can. 537).

¹²⁶ In argomento, cfr. M. RIVELLA, *Organismi di partecipazione ecclesiale: un’occasione mancata?*, in G. BONI – E. CAMASSA – P. CAVANA – P. LILLO – V. TURCHI (a cura di), *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre. I. Diritto canonico*, Torino 2014, p. 584 ss, il quale sottolinea lucidamente, sulla base anche dei recenti documenti dell’episcopato italiano, lo stretto collegamento che sussiste tra il dovere dei fedeli di sovvenire alle necessità della Chiesa e la loro partecipazione nell’amministrazione dei beni ecclesiastici: “solo maturando una nuova sensibilità condivisa sarà possibile realizzare una riforma che coinvolga davvero i fedeli nel reperimento delle risorse economiche indispensabili per consentire e promuovere le attività della Chiesa”.

¹²⁷ In tal senso sono tuttora pienamente valide le osservazioni di E. CORECCO, *Parlamento ecclesiale o diaconia sinodale?*, in «Communio» 1/1972, p. 32 ss., che invitava a non confondere il metodo democratico-parlamentare, fondato su una visione individualistica della persona e proprio degli ordinamenti secolari moderni, con le dinamiche proprie della realtà ecclesiale, fondato sul principio di comunione e sulla logica di servizio che deve caratterizzare le sue strutture.

¹²⁸ Proprio con riferimento alle persone giuridiche canoniche aventi una base comunitaria, prime fra tutte le diocesi e le parrocchie, è stato di recente osservato in dottrina che “nella misura in cui il legislatore ha scelto di identificare i beni ecclesiastici sulla base del soggetto che ne ha la titolarità, i soggetti di natura essenzialmente comunitaria mettono in evidenza il collegamento dei beni stessi con la comunità che sta alla base della persona giuridica titolare. In queste ipotesi (...) l’amministrazione e la gestione dei beni non può non far riferimento alla comunità. E anche se legalmente le espressioni del coinvolgimento della comunità nell’amministrazione dei beni sono quasi inesistenti nell’ordinamento canonico, si diffonde sempre più la consapevolezza che non si possa fare a meno del riferimento alla comunità per amministrare i beni ecclesiastici”

essere opportuno non solo potenziare gli istituti di partecipazione, laddove esistenti (consigli e assemblee pastorali¹²⁹), ma introdurre meccanismi consultivi – come per esempio consultazioni obbligatorie, vincolanti o meno su determinate voci di spesa e opere da intraprendere e/o sul bilancio dell'ente¹³⁰ – che diano concretamente voce ai fedeli e li rendano veramente compartecipi della vita della comunità¹³¹. Oggi queste iniziative sono incoraggiate e talora seguite come buone prassi (solo) in alcuni paesi ma, nella sostanza, sono lasciate alla buona volontà dei singoli parroci o dei vescovi. Forse si potrebbe cominciare a pensare di renderle obbligatorie sul piano del diritto universale o di quello particolare, magari dopo una prima fase *ad experimentum*. In questo modo si darebbe concretamente avvio dall'interno ad un vero processo di riforma delle strutture e della mentalità ecclesiali, che potrebbe concorrere – anche grazie ad una maggiore trasparenza nella gestione dei beni – a restituire credibilità alle istituzioni ecclesiali dopo una stagione segnata, agli occhi dell'opinione pubblica, da gravi abusi da parte di alcuni membri del clero¹³².

In termini più generali si può osservare come l'esigenza di rinnovamento in chiave missionaria delle strutture ecclesiali, ribadita dall'attuale Pontefice, imporrebbe di passare da una concezione prevalentemente patrimonialista e/o funzionale degli enti della Chiesa ad una di tipo più personalista e di comunio-

(J. MIÑAMBRES, *Corresponsabilità e amministrazione dei beni della Chiesa*, in AA.Vv., *Corresponsabilità e trasparenza nell'amministrazione dei beni della Chiesa*, cit., p. 88). In argomento, cfr. AA.Vv., *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*. Atti della IV^a Giornata Canonistica Interdisciplinare (3-4 marzo 2009), a cura di P. GHERRI, Roma 2010; M. RIVELLA, *Partecipazione e corresponsabilità nella Chiesa. I consigli diocesani e pastorali*, Milano 2000.

¹²⁹ In argomento cfr. S. BERLINGÒ, *I consigli pastorali*, in *Dir. eccl.*, 1991, I, p. 111 ss., che già dopo pochi anni dall'entrata in vigore del nuovo *Codex*, pur richiamando i paventati pericoli di prevaricazione della componente laicale e del prevalere di metodi mondani (assemblearismo e democratismo), riteneva sopravvalutato il rischio della secolarizzazione e sottolineava la necessità di interventi organici a livello episcopale e pontificio per promuovere l'attuazione di questi importanti organismi, espressione di una rinnovata mentalità ecclesiale.

¹³⁰ Magari si potrebbe anche prevedere che l'esito di tali consultazioni sia poi allegato alla richiesta di autorizzazione o *licentia* rivolto dal parroco all'Ordinario per determinate opere o spese.

¹³¹ In argomento, cfr. M. RIVELLA, *Organismi di partecipazione ecclesiale: un'occasione mancata?*, cit., che a conclusione del suo studio sugli organismi di partecipazione ecclesiale osserva: "è maturo il tempo per chiedersi se – nel rispetto del modo di esercitare l'autorità proprio della Chiesa – non possano individuarsi ulteriori spazi di coinvolgimento decisionale dei fedeli nei processi economici e amministrativi, perché la chiamata alla corresponsabilità non resti sul piano delle enunciazioni di principio e i pastori stessi ne traggano giovamento, alleggerendosi di compiti percepiti come gravosi e adempiuti a detrimento delle energie da approfondire nella cura della comunità".

¹³² Sull'importanza dell'esigenza di trasparenza nella gestione dei beni per la stessa credibilità della Chiesa, da ultimo cfr. F. LOZUPONE, *Introduzione. La gestione trasparente risorsa per la comunità*, in AA.Vv., *Corresponsabilità e trasparenza nell'amministrazione dei beni della Chiesa*, Roma 2015, p. 17 ss.; G. DAMMACCO, *Trasparenza e onestà nell'amministrazione dei beni ecclesiastici*, ivi, p. 43 ss.

ne, che veda in essi – sul piano strutturale e anche del concreto funzionamento interno – non solo lo strumento per la realizzazione di determinate “opere di pietà, di apostolato o di carità” (can. 114, § 2) ma altresì luoghi privilegiati per l’esercizio e la promozione dei diritti e della partecipazione dei fedeli, ovvero come “ambiti di comunione viva e di partecipazione” orientati verso la missione¹³³. Una missione, quella della Chiesa, da intendere sempre più – secondo il recente magistero – come testimonianza della carità cristiana vissuta concretamente all’interno di comunità vive e solidali¹³⁴.

6.6. Riforma delle strutture ecclesiali e autonomia statutaria

Un altro aspetto, legato al precedente, dell’attuale configurazione canonistica delle diocesi e delle parrocchie che forse meriterebbe qualche riflessione è la loro sostanziale assenza di autonomia statutaria, in cui si riflette una loro prevalente caratterizzazione in termini di apparati amministrativi a scapito della loro natura di enti a base comunitaria (*universitates personarum*).

Si tratta di un argomento particolarmente delicato in quanto destinato ad incidere su enti che formano la struttura fondamentale della Chiesa a livello universale. Pertanto le osservazioni che seguono su questo punto vogliono essere soltanto uno spunto per un ulteriore approfondimento, anche sul piano teologico ed ecclesologico, partendo dalla segnalazione di una criticità e limitandosi a prospettare problematicamente una possibile soluzione.

Come noto queste due tipologie di enti – diocesi e parrocchie – sono formalmente prive di un proprio statuto, pure previsto come fonte normativa autonoma dal *Codex* (can. 94¹³⁵), in quanto la loro struttura e disciplina inter-

¹³³ Papa FRANCESCO, Es. ap. *Evangelii gaudium*, cit., n. 28: “dobbiamo riconoscere che l’appello alla revisione e al rinnovamento delle parrocchie non ha ancora dato sufficienti frutti perché siano ancora più vicine alla gente, e siano ambiti di comunione viva e di partecipazione, e si orientino completamente verso la missione”.

¹³⁴ Con riferimento all’amministrazione dei beni da parte degli enti ecclesiastici, è stato di recente autorevolmente osservato che “le diverse Conferenze Episcopali nazionali, già da anni stanno sviluppando forme di organizzazione e di comunicazione per sensibilizzare i fedeli non soltanto a sostenere la comunità ecclesiale, per far sì che essi diventino compartecipi dell’amministrazione delle risorse in una logica di comunione e di corresponsabilità, favorendo, altresì, il sorgere di nuove forme di *governance* frutto anche di esperienze di altre tradizioni e di altre civiltà giuridiche e economiche. Invero, si tratta di dare compimento all’ecclesiologia conciliare anche in ambito economico-amministrativo, accentuando i profili di responsabilità e di consapevolezza personale, in quanto determinanti nello svolgimento di tale delicato servizio” (Card. G. PELL, *Prefazione*, in AA.Vv., *Corresponsabilità e trasparenza nell’amministrazione dei beni della Chiesa*, cit., p. 13).

¹³⁵ Cfr. can 94 CIC: “§ 1. Gli statuti, in senso proprio, sono regolamenti che vengono composti a norma del diritto negli insiemi sia di persone sia di cose, e per mezzo dei quali sono definiti il fine

na è interamente dettata dal legislatore universale in modo sostanzialmente uniforme per l'intera Chiesa latina (cann. 460-572)¹³⁶. Questa caratteristica, se da un lato riflette una legittima preoccupazione del legislatore del 1983 per le spinte centrifughe e la tutela dell'unità gerarchica, in relazione ad enti che costituiscono le articolazioni fondamentali della costituzione ecclesiale, dall'altro lato però – in un'epoca di grandi sfide che richiedono un profondo rinnovamento ecclesiale – appare come un elemento che può limitare in modo forse eccessivo le legittime scelte dei Pastori e soprattutto la vita delle singole comunità, irrigidendone il funzionamento e riducendo con ciò la loro capacità di riformarsi in relazione alle esigenze della missione¹³⁷.

In particolare per le diocesi l'assenza di autonomia statutaria ha evidenti implicazioni anche di carattere ecclesologico e costituzionale, in quanto tende a sminuirne l'autonomia originaria, appiattendole su un unico modello normativo delineato in termini abbastanza rigidi ed uniformi dal legislatore universale, con poca coerenza rispetto alle enunciazioni conciliari relative all'autonomia della Chiesa particolare¹³⁸. Non si tratta di alterare l'assetto costituzionale della Chiesa, fondata sul diritto divino, né tanto meno di indebolire il legame tra Chiesa universale e Chiese particolari e le esigenze della comunione gerarchica ma di sottrarre la diocesi – e in parte anche la parrocchia – ad una configurazione in termini eccessivamente burocratici¹³⁹, mediante l'eventuale riconoscimento a tali enti, nel rispetto dei fondamentali principi di struttura dettati dal diritto universale, di margini di autonomia organizzativa e funziona-

dei medesimi, la loro costituzione, il governo e i modi di agire". – §2. Agli statuti di un insieme di persone sono obbligate le sole persone che ne sono legittimamente membri; agli statuti di un insieme di cose, quelli che ne curano la conduzione. – § 3. Le disposizioni degli statuti, fatte e promulgate in forza della potestà legislativa, sono rette dalle disposizioni dei canoni sulle leggi".

¹³⁶ In materia di organizzazione interna della diocesi il Vescovo può esercitare la propria potestà legislativa per quanto concerne l'ordinamento degli uffici della curia diocesana e del consiglio diocesano per gli affari economici, peraltro nel quadro delle puntuali disposizioni previste dai cann. 469-494, e dettare le norme circa la struttura, le competenze, il funzionamento, la designazione dei consigli parrocchiali per gli affari economici (cfr. can. 537), cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Istruzione in materia amministrativa*, cit., § 6.

¹³⁷ Sull'esigenza di una riforma delle strutture ecclesiali, e in particolare delle parrocchie, cfr. Papa FRANCESCO, Es. ap. *Evangelii gaudium*, cit. n. 28: "la parrocchia non è una struttura caduca; proprio perché ha una grande plasticità, può assumere forme molte diverse che richiedono la docilità e la creatività missionaria del pastore e della comunità. Sebbene certamente non sia l'unica istituzione evangelizzatrice, se è capace di riformarsi e adattarsi costantemente, continuerà ad essere «la Chiesa stessa che vive in mezzo alle case dei suoi figli e delle sue figlie»".

¹³⁸ In argomento, si veda l'ormai classico contributo di K. MÖRSDORF, *L'autonomia della Chiesa locale*, in AA.Vv., *La Chiesa dopo il Concilio*,. Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico (Roma, 14-19 gennaio 1970), vol. I, Milano 1972, p. 163 ss.

¹³⁹ Per una configurazione di diocesi e parrocchie come organi dell'amministrazione ecclesiastica, cfr. E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, p. 145 ss.

le che ne riconoscano in concreto la rilevanza costituzionale come “porzione del popolo di Dio” e la peculiare natura di enti comunitari, anche se non collegiali in senso tecnico (can. 115, § 2), e come tali dotati di una loro specificità e autonomia primigenia¹⁴⁰.

Sul piano giuridico il diritto particolare – legislazioni delle Conferenze episcopali e norme diocesane, talora riconosciute civilmente¹⁴¹ – e soprattutto i Concordati e altri accordi stipulati dalla Santa Sede con gli Stati hanno solo in parte supplito a questa lacuna, consentendo un qualche adattamento della normativa universale alle peculiarità storiche sociali e culturali dei singoli paesi ma senza alcun coinvolgimento delle comunità di fedeli¹⁴².

Sotto questo aspetto l’area dei paesi anglosassoni, nel quale le comunità cattoliche si sono sviluppate in assenza di rapporti concordatari, in un contesto giuridico segnato dalla tradizione di *common law*, come pure gran parte dei paesi asiatici e africani, ove il cattolicesimo è minoranza, risultano essere stati paradossalmente favoriti. Infatti il necessario adattamento degli enti della Chiesa alle forme organizzative, spesso di origine consuetudinaria, previste da un diritto comune di formazione giurisprudenziale ha determinato in termini generali una maggiore considerazione e coinvolgimento della comunità dei fedeli nella loro organizzazione e funzionamento interno¹⁴³. Del resto anche negli ordinamenti concordatari la disciplina degli enti ecclesiastici, come già visto, tende oggi ad essere sempre più attratta nell’orbita del diritto comune, ove il possesso di uno statuto è spesso previsto come un requisito minimo di trasparenza e affidabilità a favore dei terzi per agevolare l’attività negoziale e per consentire all’ente di accedere a vari benefici¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Sullo stretto legame che intercorre tra la missione della Chiesa e la sua strutturazione giuridico-costituzionale, cfr. S. BERLINGÒ, *I consigli pastorali*, cit., p. 121: “Nella Chiesa, in vero, più ancora che presso ogni altro ordinamento, la dimensione costituzionale non è raffigurabile come un quadro di valori o di precetti staticamente predeterminato, ma come un assetto ed un equilibrio dinamici e variabili, sia pur entro precisi limiti, capaci di assumere il livello di aggregazione comunitaria necessario al realizzarsi della missione”.

¹⁴¹ In alcuni paesi, in particolare quelli dell’area tedesca, tra cui la Svizzera, ove gli enti ecclesiastici hanno personalità giuridica civile di diritto pubblico, diocesi e parrocchie possono avere propri statuti riconosciuti civilmente e costituenti al tempo stesso fonti di diritto canonico particolare.

¹⁴² Con riferimento all’Italia e al complesso sistema delle fonti del diritto amministrativo-patrimoniale canonico, cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Istruzione in materia amministrativa*, cit., §§ 1-9.

¹⁴³ In argomento, cfr. E. CORECCO, *La formazione della Chiesa cattolica negli Stati Uniti attraverso l’attività sinodale*, Bologna 1991.

¹⁴⁴ In argomento cfr. C. CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato. Profili giurisdizionali*, Bologna 2003, pp. 177-178, che con riferimento all’ordinamento italiano osserva che “gli enti ecclesiastici si trovano ad essere inseriti in un orizzonte di *diritto comune* sempre più favorevole ed *appetibile*, nel quale anche le attività profane hanno raggiunto un livello di privilegio vicino a

Una simile lacuna risulta particolarmente evidente se posta a confronto con la coeva evoluzione della disciplina degli enti negli ordinamenti secolari, all'interno dei quali vivono e operano i fedeli e le comunità cristiane. La potestà statutaria, in passato concepita – anche nella dottrina canonistica¹⁴⁵ – come attributo proprio ed esclusivo delle persone giuridiche private, è oggi riconosciuta anche negli ordinamenti a diritto amministrativo, pur nel rispetto di alcuni principi di struttura inderogabili, a molti enti pubblici, tra cui *in primis* agli enti pubblici territoriali come elemento irrinunciabile della loro autonomia normativa e organizzativa, nella quale si esprimono le esigenze i bisogni e la stessa identità delle comunità locali, e come uno strumento essenziale di partecipazione e di autogoverno in grado di assicurare il miglior perseguimento delle funzioni dell'ente, sia pure nel quadro di una serie di principi dettati dal legislatore¹⁴⁶.

Nell'ordinamento canonico le diocesi e le parrocchie, pur essendo persone giuridiche pubbliche, non sono certo assimilabili agli enti pubblici territoriali negli ordinamenti secolari, essendone ben diversi i fini e la stessa forma di governo, che non ha natura rappresentativa. D'altra parte anch'esse sono enti a base personale, formati da fedeli che, in forza del battesimo, hanno tra loro

quello delle attività religiose”, facendo riferimento alla possibilità per tali enti di accedere al regime premiale degli enti non profit. Per approfondimenti, cfr. P. CAVANA, *Gli enti ecclesiastici nel sistema pattizio*, cit., p. 235 ss.

¹⁴⁵ Cfr. F. X. WERNZ – P. VIDAL, *Ius canonicum*, t. II, *De personis*, cit., pp. 31-32: “Etiam in Ecclesia personae morales distingui possunt in *publicas* et *privatas*. Et quidem in Ecclesia cum omnes personae morales existant non ex privatorum fidelium voluntate, sed ultimo et formaliter per actum publicae auctoritatis, possunt omnes dici aliquo vero sensu publicae. Sed stricto sensu illae solae dici possunt *publicae*, quae directe ordinantur ad bonum publicum totius Ecclesiae; *privatae* quae ordinantur ad bonum privatorum fidelium. (. . .). Publicae reguntur auctoritate publica seu potestate verae iurisdictionis fori externi; privatae, si collegiales sint, reguntur interne potestate dominativa aut ex natura ipsa corporationis derivante aut ex Statuto et pacto membrorum, salva tamen subordinatione ad publicam auctoritatem praesertim quoad externam activitatem et non exclusa eiusdem auctoritatis vigilantia et visitatione etiam relate ad interna”.

¹⁴⁶ In argomento cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 326 ss., il quale osserva che “nel diritto positivo contemporaneo la potestà statutaria ha carattere secondario (o forse talora anche terziario) sia in quanto normativa sia in quanto organizzativa. In altri tempi, e forse ancor oggi in altri luoghi, la potestà statutaria era la potestà costituente degli enti semisovrani; spaziava quindi in ambiti normativi amplissimi, quasi come quelli degli odierni Stati. Oggi, valendo il principio di riserva alla legge dell'organizzazione degli organi per tutti gli enti pubblici, la potestà statutaria è una potestà di regolamentazione normativa secondaria (anche se poi può variare, nella gerarchia delle fonti, il grado che va ad occupare lo statuto)”. Negli ultimi decenni, peraltro, in corrispondenza con il progressivo declino dello Stato centralistico e la crescente affermazione delle autonomie locali, come strumento di partecipazione e di autogoverno, la potestà statutaria degli enti territoriali ha assunto rilevanza costituzionale primaria come uno degli elementi qualificanti dello Stato di democrazia pluralista. In argomento, con riferimento all'ordinamento italiano, cfr. L. COLACINO CINNANTE, *Statuti degli enti pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino 1999, p. 88 ss.

pari dignità (can. 208) e “sono costituiti popolo di Dio e perciò, resi partecipi nel modo loro proprio dell’ufficio sacerdotale, profetico e regale di Cristo, sono chiamati ad attuare, secondo la condizione propria di ciascuno, la missione che Dio ha affidato alla Chiesa di compiere nel mondo” (can. 204).

In questa prospettiva l’adozione di uno statuto, sia pure necessariamente approvato dall’autorità ecclesiastica superiore o dal Vescovo come unico legislatore della diocesi nel rispetto delle norme generali poste dal diritto universale, ma formato con il coinvolgimento della comunità dei fedeli, magari nell’ambito di una o più assemblee parrocchiali o di un Sinodo diocesano, potrebbe essere un utile strumento per esprimere la natura comunitaria di tali enti e per promuovere concretamente il senso di appartenenza alla comunità ecclesiale, che costituisce un presupposto essenziale per una effettiva corresponsabilità e partecipazione dei fedeli all’unica missione della Chiesa particolare (diocesi) o locale (parrocchia).

L’obiettivo, preme sottolinearlo, non sarebbe quello di assecondare una trasformazione in senso associativo di tali enti, come tentato in passato da alcuni legislatori civili attraverso l’imposizione di un modello uniforme di ente di culto¹⁴⁷, ma al contrario di riconoscere ad essi, nel rispetto della costituzione gerarchica della Chiesa, una maggiore autonomia sul piano normativo interno al fine di stimolare un maggiore coinvolgimento dei fedeli e accrescere il loro senso di appartenenza ecclesiale.

Il riconoscimento di una qualche autonomia statutaria consentirebbe di valorizzare le peculiari tradizioni e condizioni dei singoli luoghi, come pure quella dimensione comunitaria della diocesi (e della parrocchia) che ne fa realmente una “porzione del popolo di Dio”. Consentirebbe altresì di meglio precisare, e magari di ridurre, le eventuali divergenze – che talora sussistono in alcuni paesi, soprattutto dell’area anglosassone, e non prive di inconvenienti – tra l’assetto canonistico dell’ente e il suo statuto civilistico¹⁴⁸. Potrebbe essere infine un importante strumento per promuovere e concretamente sostenere il rinnovamento delle strutture ecclesiali in modo conforme alle esigenze dell’e-

¹⁴⁷ L’esempio emblematico è quello del modello uniforme delle *associations cultuelles* introdotto in Francia con la legge di separazione del 1905 e tuttora in vigore, che come noto la Chiesa non ha mai accettato perché non tiene conto della sua costituzione gerarchica e, in particolare, del ruolo del Vescovo all’interno della diocesi.

¹⁴⁸ Con riferimento all’ordinamento statunitense, cfr. W. W. BASSETT, *Religious Organizations and the Law*, I, cit., Chapter 4 (§ 4, 1-61). Per alcuni casi pratici, cfr. B. C. HUGER, *Canon Law Issues of Sponsorship, Governance Control and Alienation as They Relate to Catholic Church Entities in the United States: A Diocesan Attorney’s Perspective*, in «The Catholic Lawyer» 41, 1 (2001) Article 5, p. 19 ss.; J. M. FITZGERALD, *The Official Catholic Directory: civil and canon law requirements*, in «The Catholic Lawyer» 20, 2 (1986) Article 3, p. 107 ss.

vangelizzazione e a quelle di maggiore trasparenza nella gestione patrimoniale degli enti.

6.7. Attività svolte in forma commerciale e finanziarie

Il modello dell'ente ecclesiastico, sia per le sue finalità religiose o caritative che per il suo sistema di amministrazione interna dettato dal *Codex*, non sembra essere quello più appropriato per la gestione di complesse strutture educative e/o assistenziali o di importanti *asset* finanziari.

Il problema, come noto, si è posto di recente anche a livello di governo centrale della Chiesa nell'ambito del processo di riforma della Curia Romana, avviato dagli ultimi pontefici anche per la necessità di conformare gli istituti finanziari della Santa Sede, a seguito dell'adozione dell'euro da parte dello Stato della Città del Vaticano, ai più stringenti requisiti previsti a livello internazionale per il contrasto del riciclaggio e del terrorismo¹⁴⁹. Anche qui è emersa l'esigenza, sottolineata dal Pontefice, di distinguere più chiaramente la gestione del patrimonio dalla funzione di controllo e vigilanza su di essa e di conferire maggiore trasparenza alle attività economico-finanziarie della Santa Sede¹⁵⁰.

Al centro della riflessione, in molti paesi, oltre alle migliori modalità per evitare abusi nella loro gestione economica, è l'annosa questione della sottoposizione degli enti ecclesiastici che erogano servizi educativi sanitari o assistenziali secondo le regole di mercato, alle procedure concorsuali in caso di insolvenza o ad altri adempimenti richiesti dalla legge civile ai soggetti imprenditori e che, se applicati integralmente ad un ente ecclesiastico, potrebbero snaturarne l'originaria struttura o le finalità.

Per simili situazioni, qualora la gestione di tali servizi implichi il ricorso a consistenti capitali, la soluzione – salvo speciali interventi legislativi¹⁵¹ – non può che essere la tendenziale separazione delle attività diverse da quelle religio-

¹⁴⁹ L'istituzione del Consiglio e della Segreteria per l'economia sono in effetti un tentativo di risposta a queste esigenze nuove, poste dalla globalizzazione e dalla nuova economia finanziaria (cfr. Papa FRANCESCO, m.p. *Fidelis dispensator et prudens*, Roma, 24 febbraio 2014). In argomento, cfr. J. I. ARRIETA, *Legami inter-ordinamentali recenti tra Santa Sede e Stato della Città del Vaticano in materia sanzionatoria e di controllo finanziario*, in «Ephemerides Iuris Canonici» 55 (2015) 307 ss.; M. RIVELLA, *Dal Consiglio dei quindici Cardinali al Consiglio per l'economia*, in AA.Vv., *Corresponsabilità e trasparenza nell'amministrazione dei beni della Chiesa*, cit., p. 101 ss.

¹⁵⁰ Cfr. Papa FRANCESCO, m.p. *Per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio, del finanziamento del terrorismo e della proliferazione di armi di distruzione di massa*, Roma, 8 agosto 2013.

¹⁵¹ Con riferimento all'ordinamento italiana, sembrerebbe muoversi in questa direzione la recente riforma del Terzo settore attuata con d.lgs 3 luglio 2017, n. 117, che prevede per gli enti ecclesiastici svolgenti attività di utilità sociale la possibilità di accedere ai benefici ivi previsti per gli imprenditori

se, e del patrimonio a ciò destinato, dall'ente ecclesiastico con la creazione di un apposito soggetto civile cui imputare tali attività, ispirandosi al modello anglosassone delle *Church-related corporations*, già largamente collaudato anche se in un diverso contesto normativo¹⁵³. In questa prospettiva assumono crescente importanza il sistema dei controlli canonici e un'effettiva vigilanza dell'autorità ecclesiastica sull'amministrazione delle persone giuridiche canoniche pubbliche, che dovrebbero evitare l'assunzione di rischi imprenditoriali da parte degli enti ecclesiastici, assicurando nel contempo la possibilità – attraverso opportune clausole statutarie – di esercitare poteri direttivi o quanto meno di orientamento strategico sugli enti civili sottoposti.

A tale proposito va detto che l'analisi comparata offre in realtà due possibili opzioni o modelli:

- a) quello di ispirazione europea, che riserva agli enti ecclesiastici una normativa speciale, in deroga al diritto comune, volta a tutelarne l'identità soggettiva e il collegamento organico con l'autorità ecclesiastica ma tendendo a circoscriverne le attività, di regola soggette ad un regime fiscale di favore, a quelle compatibili con una finalità religiosa e di culto o, al più, caritativa. Peraltro la normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato, ispirata alla tutela della libera concorrenza, tende a vietare qualsiasi forma di sostegno pubblico, diretto o indiretto (agevolazioni fiscali), fondato sulla differente natura giuridica dei soggetti operanti sul mercato, tra cui gli enti ecclesiastici, ammettendo differenziazioni solo in relazione alla peculiare natura dell'attività svolta;
- b) quello di ispirazione anglosassone, che tende invece a sottoporre gli enti religiosi al diritto comune ma senza porre formalmente limiti alle loro attività. In questo secondo modello, oggi in espansione anche in alcuni paesi europei per il progressivo superamento di alcune limitazioni poste in passato alle loro attività, un ente ecclesiastico può quindi svolgere liberamente qualsiasi tipo di attività anche in forma commerciale (enti

sociali mediante la costituzione di "un patrimonio destinato" per lo svolgimento di tali attività (art. 4, comma 3)¹⁵².

¹⁵³ Indicazioni in tal senso sono già presenti nel documento della CONGREGAZIONE PER GLI ISTITUTI DI VITA CONSACRATA E LE SOCIETÀ DI VITA APOSTOLICA, *Lettera Circolare Linee orientative per la gestione dei beni negli Istituti di vita consacrata e nelle Società di vita apostolica*, cit., laddove, dopo aver invitato gli Istituti religiosi ad "una rilettura della missione in funzione del carisma, verificando se l'identità carismatica delle istanze fondanti emerge nelle caratteristiche delle risposte operative" (n. 1.1.), e aver sottolineato l'importanza degli strumenti relativi alla rendicontazione dei bilanci, si auspica che "si consolidi la prassi di distinguere i bilanci delle opere da quelli della comunità", introducendo per le opere "la certificazione dei bilanci e i cosiddetti audit, garanzia di correttezza economico amministrativa da parte degli Istituti" e chiedendo altresì "il supporto a esperti qualificati orientati al servizio della Chiesa e a docenti del settore" (n. 1.3.).

non profit), dando vita, come accade negli Stati Uniti, a complessi sistemi educativi, sanitari o assistenziali facenti capo *ex iure canonico* ad un istituto religioso o ad una diocesi ma civilmente separati e distinti da essi, talora con la formazione di veri e propri *manager* tra gli ecclesiastici e i religiosi (talora vescovi) e una crescente specializzazione di tipo manageriale delle loro attività.

Si tratta di due modelli frutto di differenti percorsi storici e contesti normativi, ciascuno dei quali presenta pro e contro¹⁵⁴. Tuttavia dal punto di vista canonistico mi sembrerebbe prioritario, nel contesto attuale, al fine di prevenire ogni tentazione affaristica nella gestione degli enti ecclesiastici, optare, laddove possibile, per una soluzione che tenda a separare in modo chiaro la gestione dell'ente da quella delle opere da esso promosse, giuridicamente imputabili ad un autonomo e distinto soggetto gestito da personale laico specializzato, anche per rendere più agevole un loro eventuale ridimensionamento o dismissione nel caso in cui non rispondessero più alla missione dell'ente o la loro gestione risultasse troppo gravosa per le sue risorse¹⁵⁵.

Più complessi appaiono i problemi derivanti da legislazioni civili che impongano – per scelta ideologica o per un malinteso senso di uniformità normativa – determinate prestazioni eticamente controverse a tutti i soggetti operanti in un determinato settore di attività. Le ipotesi in questione sono note e destinate a moltiplicarsi in società ormai prive di un'etica comune.

Si possono citare alcuni esempi: le adozioni a favore di coppie omosessuali, imposte nel Regno Unito a tutte le agenzie operanti nel settore; determinati trattamenti sanitari – aborto, sospensione di trattamenti salva-vita, suicidio assistito o eutanasia – la cui esecuzione viene imposta anche ad ospedali o cliniche cattoliche per continuare a usufruire di fondi pubblici o agevolazioni fiscali essenziali per restare sul mercato; assicurazioni mediche obbligatorie volte a coprire i costi anche di prestazioni (contraccezione o aborto, etc.) ritenute in con-

¹⁵⁴ Per un'utile comparazione tra la disciplina degli enti ospedalieri cattolici in Italia e negli Stati Uniti, cfr. A. MADERA, *Gli ospedali cattolici. I modelli statunitensi e l'esperienza giuridica italiana: profili comparatistici*. Tomo II. *Gli enti ospedalieri (prospettiva comparatistica)*, Milano 2007, p. 111 ss.

¹⁵⁵ Cfr. CONGREGAZIONE PER GLI ISTITUTI DI VITA CONSACRATA E LE SOCIETÀ DI VITA APOSTOLICA, *Lettera Circolare Linee orientative per la gestione dei beni negli Istituti di vita consacrata e nelle Società di vita apostolica*, cit.: "Le opere mutano secondo i bisogni del tempo e assumono declinazioni diverse a seconda del contesto sociale e culturale. Può accadere, infatti, di gestire opere non più in linea con l'espressione attuale della missione, e immobili non più funzionali alle opere che esprimono il carisma. È necessario, quindi, che ogni Istituto di vita consacrata e Società di vita apostolica: – definisca quali opere e attività proseguire, quali eliminare o modificare e su quali nuove frontiere iniziare percorsi di sviluppo e di testimonianza della missione rispondenti ai bisogni di oggi, in piena fedeltà al proprio carisma" (n. 1.1.).

trasto con l'etica dell'organizzazione (Obama-care)¹⁵⁶. Per tali ipotesi sarebbe auspicabile che fosse riconosciuta, in nome del diritto di libertà religiosa e di un maggior pluralismo ideologico, una sorta di obiezione di coscienza per gli enti religiosamente caratterizzati o c.d. di tendenza, consentendo loro di sottrarsi all'obbligo di determinate prestazioni previste *ex lege* quando risultassero in contrasto palese con i propri valori ispiratori¹⁵⁷.

7. Osservazioni conclusive

Negli ultimi secoli il diritto secolare è stato lo strumento con cui lo Stato moderno in ascesa ha cercato di condizionare l'azione della Chiesa, intesa soprattutto nella sua dimensione gerarchico-istituzionale e patrimoniale, attraverso una disciplina restrittiva dei suoi enti, sottoposti ad un regime di pervasiva vigilanza che nel complesso ne limitava il riconoscimento civile, l'amministrazione interna e la stessa capacità giuridica e patrimoniale¹⁵⁸. Una simile pressione esterna indusse a sua volta il legislatore canonico universale ad avviare, in una logica difensiva, un processo di progressiva centralizzazione e di irrigidimento della disciplina degli enti, sfociata nella codificazione del 1917¹⁵⁹.

Questa stagione tormentata si è conclusa, o è in via di superamento negli ordinamenti di democrazia pluralista, grazie all'affermazione a livello costituzionale del diritto di libertà religiosa e del principio di laicità dello Stato e di separazione tra Stato e Chiesa. Si è aperta una nuova fase storica nella quale

¹⁵⁶ Per una meditata rassegna delle numerose fattispecie normative nelle quali oggi viene rivendicata l'obiezione di coscienza, sempre più in connessione con problematiche bioetiche, cfr. C. CARDIA, *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (www.statoechiese.it), maggio 2009, pp. 1-29. Per una più ampia e aggiornata ricostruzione, anche in termini teorici, dell'istituto dell'obiezione di coscienza negli ordinamenti contemporanei, cfr. V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli 2009.

¹⁵⁷ Sulla c.d. obiezione di coscienza istituzionale, propria delle istituzioni di tendenza, cfr. V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 68 ss. Sulle *conscience clauses* degli ospedali cattolici nel sistema statunitense e sui loro limiti, cfr. A. MADERA, *Gli ospedali cattolici. I modelli statunitensi e l'esperienza giuridica italiana: profili comparatistici*. Tomo I. *Gli ospedali cattolici negli U.S.A.*, cit., p. 233 ss.

¹⁵⁸ In argomento, con riferimento alla legislazione eversiva dell'asse ecclesiastico in Italia, che fu uno dei temi centrali della politica sardo-piemontese e unitaria, cfr. A. C. JEMOLO, *La questione della proprietà ecclesiastica nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia (1848-1888)*, Bologna 1974.

¹⁵⁹ Sulla codificazione del 1917 come espressione di un scelta legislativa dettata dal "progressivo primato assunto, nel diritto canonico, dallo *Ius Publicum Ecclesiasticum*", ovvero dal rapporto con gli Stati, nel quale traspare "l'architettura di un diritto elaborato da una Chiesa in difesa", Cfr. G. DALLA TORRE, *La Chiesa di fronte agli Stati: lo Ius Publicum Ecclesiasticum nell'attuale contesto ecclesiologicalo*, cit., pp. 65-66.

gli enti della Chiesa, chiamati ad essere sempre più espressione dell'intera comunità dei fedeli, nella sua duplice componente ministeriale e comunitaria, sono liberamente ammessi ad operare nella società civile, testimoniando i valori evangelici nel rispetto delle leggi civili e in un contesto di pluralismo religioso e ideologico. A ciò corrisponde, sul piano tecnico-giuridico, il superamento della concezione rigida ed autoreferenziale della personalità giuridica propria dello Stato moderno, che ha ceduto il posto ad una visione meno astratta e formale: lo schermo della personalità giuridica si sta attenuando, come negli ordinamenti di *common law*¹⁶⁰.

Oggi il rapporto/collegamento degli enti della Chiesa con il diritto secolare non si esaurisce più nelle norme concordatarie, laddove previste, o in un regime giuridico più o meno speciale, ma è segnato da una crescente apertura ad un diritto comune sempre più esigente, in termini di oneri civilistici da soddisfare e requisiti da implementare, ma non più pregiudizialmente ostile alle comunità religiose.

L'attrazione degli enti della Chiesa nell'orbita del diritto comune, nazionale e/o sovranazionale e internazionale, è un segno dei tempi in cui si riflette l'apertura della Chiesa conciliare al mondo ma che va attentamente valutato¹⁶¹. Il confronto con il diritto secolare è divenuto meno problematico in sede di riconoscimento civile e capacità giuridica, oggetto soprattutto in passato di normative speciali, ma tende a divenire più esigente il regime delle attività da essi svolte. In particolare le attività svolte in forma commerciale, che spesso si traducono in opere educative e di assistenza, tendono ad essere integralmente assoggettate a un diritto comune che, oltre ad essere più complesso ed oneroso sul piano fiscale, risulta a volte anche insensibile – in società ormai prive di un'etica condivisa – alle sue peculiarità finalistiche, ossia valoriali. La secolarizzazione si tramuta in spinta verso la relativizzazione dei valori e la loro irrilevanza, assecondando il dominio di quella logica formale del diritto secolare che costituisce da sempre l'antitesi del diritto canonico nella sua secolare evoluzione storica¹⁶².

¹⁶⁰ In tal senso è la disciplina della responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati commessi dai propri funzionari e dipendenti, introdotta negli ultimi anni in alcuni ordinamenti di tradizione romanistica (per l'Italia, cfr. d. lgs 8 giugno 2001, n. 231), che oltrepassa il rigido concetto della persona giuridica come soggetto giuridicamente del tutto separato dalle persone fisiche dei suoi membri.

¹⁶¹ Sul processo di rinnovamento della Chiesa promosso dal Concilio Vaticano II, anche sul piano delle sue relazioni 'esterne', che l'ha portata a "ricomprendere il proprio rapporto con il mondo, in una feconda tensione, che ancora oggi sperimentiamo, tra la valorizzazione di ciò che di positivo la civiltà moderna apporta, e uno spirito critico verso ciò che appare non coerente con il Vangelo e la retta ragione", cfr. P. R. GALLAGHER, *Libertà religiosa e diritti umani nell'Europa del XXI secolo. Non problema ma parte della soluzione*, in «L'Osservatore Romano», 14 ottobre 2015.

¹⁶² Sul fondamentale contributo del diritto canonico allo sviluppo dei sistemi giuridici secolari in

È questa una sfida per gli enti della Chiesa, che implica da un lato la primaria responsabilità dell'autorità ecclesiastica di evitare, magari ricorrendo alla distinzione tra *Church institutions* e *Church-related institutions* ripresa dalla canonistica anglosassone, tentazioni mondane ed affaristiche negli enti di struttura e in quelli religiosi, da conservare dediti alle loro fondamentali finalità religiose e caritative; dall'altro la capacità delle comunità cristiane di continuare ad essere, con rinnovata creatività e strumenti di effettiva partecipazione, testimoni della carità e anche della verità di Cristo nel mondo contemporaneo.

Occidente e sulla sua natura di modello giuridico ad essi alternativo, sia per i suoi valori ispiratori che per le tecniche da esso sviluppate per inverarli nell'esperienza storica, si leggano da ultimo le meditate riflessioni di C. FANTAPPÌÈ, *Il diritto canonico: una creazione giuridica superata?*, cit., p. 231 ss.

Tavole rotonde
Cultura canonica e altre culture
giuridiche:
rilevi esistenziali

1. Prospettiva ecumenica

CANON LAW AND COVENANT IN ANGLICANISM

*Norman Doe**

SUMMARY: 1. The Legal Systems of Anglican Churches. – 2. Principles of Canon Law Common to Anglican Churches. – 3. The Anglican Communion Covenant. – Conclusion.

The church has always had norms of conduct designed to assist its mission and witness to Jesus Christ. Alongside the normative texts of scripture and liturgy the church also has its law-books. Recent years have witnessed a rising tide of interest in these—the study of the internal laws and other regulatory instruments of Christian churches (ecclesionomology) as distinct from study of other systems of religious law (such as Jewish Law or Islamic law), and religion law (i.e. national State laws and international laws on religion). Today, learned societies, university courses and secondary literature are growing to promote the study of systems of canon law (such as in the Catholic and Orthodox traditions), as well as systems of church order (such as in the reformed Protestant traditions)—and a similar trend may be discerned within global Anglicanism. This chapter examines elements of the legal systems of Anglican churches (the so-called ‘provinces’ of the Anglican Communion), as well as two related developments in the last ten years—the articulation of principles of canon law common to the churches of the Anglican Communion, and the move towards adoption by each church of the Anglican Communion Covenant. The study also sets these three Anglican phenomena in the wider context of other Christian traditions and draws some conclusions about the role of law in the wider ecumenical enterprise.

1. THE LEGAL SYSTEMS OF ANGLICAN CHURCHES

At the international level, the Anglican Communion has no formal body of law applicable globally to its forty-four churches in communion with the See of Canterbury. Whereas each church is autonomous (with its own legal system),

* School of Law and Politics, Cardiff University.

the Communion is held together by “bonds of affection”: shared loyalty to scripture, creeds, baptism, Eucharist, historic episcopate, and its institutional instruments of communion—the Archbishop of Canterbury, Lambeth Conference, Anglican Consultative Council, and Primates’ Meeting; but these cannot make decisions binding on churches. Instead, law operates at the level of each provincial, national or regional church. The general law within each church, typically provincial, is created by a synod or other assembly of bishops, clergy and laity, and laws at more localized levels (such as law created by the diocesan synod of bishop, clergy and laity) must be consistent with the general law. Some churches have a code of canons only, but most have a constitution, canons, and other instruments, including rules, regulations, and liturgical norms found in service books. Alongside these other sources may include customs, decisions of church courts, and, more rarely, the English Canons Ecclesiastical 1603, or even pre-Reformation Roman canon law (Doe 1998a). In addition, churches today increasingly use ecclesiastical quasi-legislation—informal administrative rules designed to supplement formal laws; these resemble laws (with prescriptive language) but do not bind in the same way as laws properly so-called (Doe 1998b).

Typically, *constitutions* deal with faith and doctrine, governmental and institutional organisation (legislative, administrative, judicial), appointment of bishops, and discipline; *canons* address functions of ordained and lay ministers, and liturgical and sacramental matters; and usually *rules* and *regulations* deal in detail with matters of procedure and property. However, the law itself has its limits: it cannot encompass all ecclesial life, and functions predominantly in the public sphere. In turn, the purposes of law are shaped by how each church views the church universal (ecclesiology) and itself as an institution (its ecclesiality). Consequently, church law and theology are closely related. Whilst Anglicans have not yet developed a systematic theology of canon law—as distinct from recognizing theology *in* canon law (Doe 1990: 328)—they do see law as the servant of the church with a theological foundation, rationale and end, intended to express these publicly along with the practical policies of a church. Law exists to uphold the integrity of the faith, sacraments, and mission, to protect ecclesial order, to support communion among the faithful, to put into action Christian values, and to prevent and resolve conflict. As such, human church law should reflect the revealed will of God, and provincial laws often present scripture as the ultimate standard in matters of faith; but there is no clear evidence of a general Anglican practice that divine law vitiates contrary canon law (Principles 2008: Part I).

At the practical level, the laws of Anglican churches define the rights and duties of both the institutions and the members of each church (and as such clarify roles and responsibilities). However, in some churches the laws bind only ordained ministers, but in others they bind both ordained and lay persons. Often church members must undertake to comply with the law, and in all churches canonical obedience requires clergy to obey the lawful and honest directions of their bishops. For the resolution of conflict, courts and tribunals are ordered hierarchically and their jurisdictions carefully prescribed; and failure to comply with law may result both in proceedings before these for offenses committed and the imposition of sanctions (typically seen as medicinal and corrective, such as rebuke, suspension and exclusion) (Doe 1998a). Finally, unlike the Church of England (Hill 2007), most Anglican churches function in civil law as voluntary associations—their internal rules have the status of terms of a contract entered into by the members (the doctrine of consensual compact) and are enforceable in matters of property in State courts (Doe 1998a and 2002b; and Cox 2008).

2. PRINCIPLES OF CANON LAW COMMON TO ANGLICAN CHURCHES

Recent global tensions in the Anglican Communion have stimulated discussion of how the laws of churches may contribute to more visible international ecclesial unity in Anglicanism. In 2001, on the basis of a paper discussed at the event (Doe 2002a: 241), the Primates' Meeting decided to explore whether there is an unwritten common law (or *ius commune*) shared by the churches of the Communion. An Anglican Communion Legal Advisers' Consultation in 2002 tested and then accepted the hypothesis. The Primates' Meeting (2002) discussed a report on the Consultation and concluded: "The Primates recognized that the unwritten law common to the Churches of the Communion and expressed as shared principles of canon law may be understood to constitute a fifth 'instrument of unity'". Later in 2002 the Anglican Consultative Council (ACC) welcomed the establishment of a Network of Anglican Legal Advisers to produce "a statement of principles of Canon Law common within the Communion" and in October 2003, the Primates' Meeting urged completion of the work as did the Lambeth Commission in 2004. A Network drafting group met in 2005 and 2006, and after extensive consultation *The Principles of Canon Law Common to the Churches of the Anglican Communion* was launched at the Lambeth Conference in 2008 (Principles 2008). In 2009, the ACC expressed its gratitude to the Network for its work, commended the Principles for study in

every province, invited the provinces to submit comments on the document, requested a report on these, and encouraged provinces to use the Network as a resource in dealing with legal issues in those provinces (ACC-14, Resolution 14.20 [5 May 2009]).

The Legal Advisers' Consultation, in 2002, formulated six conclusions which became fundamental to the project. First, "there are principles of canon law common to the churches within the Anglican Communion". In point of fact, the category "the principles of canon law" had previously been formally recognised by at least four Anglican churches as well as by other churches (Doe 2003: 4). Moreover, many Anglican churches explicitly appeal to principles in their own laws, as the foundation for more detailed rules, giving the latter shape, coherence, and purpose. Principles of canon law are in the nature of general propositions or maxims, expressing fundamental ecclesial or theological values, and rooted in the inherited canonical tradition. Principles differ from *rules* (particular norms), enjoy a dimension of weight, and may be shared with secular legal systems. Secondly, "the existence of the principles can be factually established". The principles of canon law are induced from the profound factual similarities between the actual laws of each church. Their recognition is a scientific task—an exercise in careful observation and comparison of legal texts. Often legal similarities are generated by the churches using a common historical source, such as a Lambeth Conference resolution, rubrics of the Book of Common Prayer 1662, or even the Canons Ecclesiastical 1603 (Consultation 2002).

Thirdly, "each church contributes through its own legal system to the principles of canon law common within the Communion". The Anglican *ius commune*, as the collective effect of similarities between legal systems, is not imposed from above. The immanence of common principles in actual legal similarities means that each church is the legislator of the *ius commune*. Whenever a church legislates, it contributes to the store of principles and its law may function as a precedent for other churches. Whilst churches are autonomous, as a matter of practice they often adopt or adapt provisions in the legal systems of fellow churches; and unilateral legislative adoption by another church may augment the authority of the principle.

Fourthly, "the principles have a strong persuasive authority and are fundamental to the self-understanding of each church in the Communion". Whilst most principles may derive from similarities between written laws, some are based on unwritten assumptions implicit in written laws, and frequently churches portray a legal principle as having a deeper authority, beyond that of the formal law in which it appears. Accordingly, the principles have the

appearance of laws (they are perceptive, prohibitive, or permissive), but are not themselves laws: they are principles of law (Doe 2008a: 97).

Fifthly, “the principles have a living force, and contain in themselves the possibility of further development”. The idea here is that each church through its own legislative activity may contribute to or subtract from the store of principles, particularly when such developments are replicated around the Communion. For example: churches are increasingly legislating to forbid racial discrimination in church membership and government; also, churches are developing rules on the admission of the unconfirmed to Holy Communion, particularly children. Such examples may indicate the evolutionary character of the Anglican *ius commune*.

Finally, “the existence of the principles both demonstrates unity and promotes unity within the Anglican Communion”. The principles might be perceived by some as a threat to the autonomy of the member churches, or as a stimulus for global divisions (Jones 2005: 117). However, the principles are themselves a product of the exercise of the autonomy of churches and of their promotion of communion through their contributions to the statement in which they are articulated. Provincial autonomy is unaffected: as we have seen, churches remain free legally to depart from or to add to them. Indeed, that legal systems converge in shared principles of canon law is a concrete expression of the very character of Anglicanism, its commitment to the values presented in them, and, in so far as each church contributes to them, the individual responsibility of each church for the shape and maintenance of Anglican identity. Indeed, first principles may be a useful resource for churches seeking to reform their laws—indeed they were invoked in a property dispute by the Supreme Court of British Columbia in the case of *Bentley v Anglican Synod of the Diocese of New Westminster* ([2009] BCSC 1608).

The Principles of Canon Law (2008) provide that: “A ‘principle of canon law’ is a foundational proposition or maxim of general applicability which has a strong dimension of weight, is induced from the similarities of the legal systems of churches, derives from the canonical tradition or other practices of the church, expresses a basic theological truth or ethical value, and is about, is implicit in, or underlies canon law” (Principles 2008: 95). The hundred principles are arranged under eight Parts (with over six hundred micro-principles). Part I, ‘Order in the Church’ (Principles 1–8), deals with the necessity for law, and the sources, subjects, authority, application, and interpretation of law. Part II concerns ‘The Anglican Communion’ (9–14), its nature, the instruments of communion, provincial autonomy, and (e.g.) mutual respect. Principles of ‘Ecclesiastical Government’ are in Part III (15–25) on (e.g.): representative government,

legislative competence, visitations, and courts and tribunals. Part IV addresses 'Ministry' (26–46): the laity, lay ministers and deacons, priests, bishops, and archbishops. 'Doctrine and Liturgy', Part V (47–59) covers the sources and development of doctrine and liturgy, public worship, and doctrinal and liturgical discipline. Principles on baptism, confirmation, Holy Communion, marriage, confession and burial are in Part VI, 'The Rites of the Church' (Principles 60–79). Part VII, 'Church Property' (80–92) treats ownership and administration, places of worship, records, funds, and stipends and pensions. Part VIII on 'Ecumenical Relations' features ecumenical responsibilities, recognition of churches, ecumenical agreements, and admission to Holy Communion (Principles 93–100).

Other than the sections on church order, and the Anglican Communion, the grouping of principles into these Parts is conditioned by the systematisation of laws employed by the churches of the Communion. The principles are derived from various sources. Most are from constitutions and canons, and many from norms in service books (which themselves enjoy canonical authority), for example, Principle 69 on the nature of marriage; and historical sources (which may be canonically recognised by the churches), such as the Book of Common Prayer 1662 (e.g. Principle 64.6: on baptism and confirmation of mature persons); the canonical tradition (e.g. Principle 25.6: *nemo iudex in sua causa* [an aspect of judicial impartiality]); divine law (e.g. Principle 47.2: the duty to proclaim the Gospel); or the practice of the church universal (e.g. Principle 60.1: baptism effects incorporation into the church of Christ). Others are rooted in a theological idea expressed in laws (e.g. Principle 53: worship as a fundamental action of the church); or from guidance issued by ecclesiastical authorities to supplement church law (e.g. Principle 43: the professional ethic of public ministry). Whilst the vast majority derive from similarities between the written laws of churches, some are based on unwritten assumptions, general propositions implicit in church laws. The juridical values of clarity, conciseness and consistency govern the form of the principles which themselves are cast in a variety of juridical formulae: most are permissions ("may"), many are precepts ("shall", "must"), some are prohibitions ("shall not", "no-one shall"); many are exhortations ("should": aspirational); and some maxims ("is").

The document *The Principles of Canon Law Common to the Churches of the Anglican Communion* has appeared at a time of great tension in the worldwide Anglican Communion. However, this project might have been undertaken, with exactly the same results, at any time. The underlying idea is not revolutionary. For the most part, the document is simply a statement or description of facts derived from the convergences of Anglican legal systems. The *ius commune* is not a "top-down" binding global legal system imposed by a central Anglican

authority (none is competent to do this) but a “grass-roots” development growing from the exercise by each church of its own autonomy through its legal system. The statement clearly shows how much Anglicans share, using law as the medium. The principles also provide an accessible resource for ecumenical partners in developing their own understanding of Anglicanism from a global perspective. As such, the *ius commune* enriches rather than undermines traditional Anglican ecclesiology (Cameron 2008: 69).

3. THE ANGLICAN COMMUNION COVENANT

The Lambeth Commission on Communion was established in 2003 to address “the legal and theological implications” of the decisions of the Episcopal Church (USA) to select a priest in a committed same-sex relationship as a bishop, and of the Diocese of New Westminster (Canada) as to services for use in connection with same-sex unions; its mandate was also to make “practical recommendations for maintaining the highest degree of communion possible in the circumstances resulting from these decisions”. Its *Windsor Report* (2004), proposed *inter alia* the adoption by the churches of the Communion of a covenant, and the report included a draft covenant (Doe 2004: 147). The Primates’ Meeting in 2001 had earlier considered a paper which (along with the principles of canon law project) proposed adoption of ‘a concordat for incorporation by individual churches in their own canonical systems’ seeking ‘to increase the profile of communion, to define their inter-church relations, and for the resolution of inter-Anglican conflict’ (published as Doe 2002a). *Towards an Anglican Covenant* (2006) took the proposal forward, and was endorsed by the Standing Committee of the ACC and Primates’ Meeting. A Covenant Design Group was set up, offered its first (Nassau) draft covenant in 2007, and its second in 2008, the St. Andrew’s draft covenant (SADC) (Doe 2008b). This was discussed at the Lambeth Conference 2008. The Framework Procedures for the Resolution of Covenant Disagreements appended to SADC were dropped after criticism at the Conference as too juridical (for the procedure see Doe 2008b). The Group met later in 2008 to consider the Lambeth Conference’s reflections and produced its Ridley-Cambridge draft in 2009 (RCDC). Section 4 of this was revised after discussion of it by the ACC in May 2009 (ACC-14, Resolution 14). Once the Standing Committee agreed the final text in December 2009, The Anglican Communion Covenant (TACC) was circulated to the churches for ratification or rejection under their own particular formal processes.

Debate prior to circulation addressed such matters as (1) the nature of a covenant (as a solemn agreement based on a voluntary relationship responsive to God with an exchange of promises generating commitments); (2) the novelty in global Anglicanism of a formal ecclesial covenant (though the proposals stressed a covenant would simply articulate existing relationships of covenantal affection in Anglicanism); (3) the Anglican use of covenants internationally (the Chicago-Lambeth Quadrilateral seen as typical), nationally (each church has its own consensual compact: see above), and ecumenically; (4) the strategic purposes of a covenant such as unity (though many questioned the operational capacity of a covenant to achieve these); and (5) its effect on provincial autonomy (Doe 2008b). Nevertheless, today the Communion stresses that the Covenant reflects the call of Anglicans to be in communion in witness and mission so as to enrich the common life of the Communion and enable “the Churches to live together in mutual care and affection as one Communion. . . to witness. . . to the biblical commands of charity and unity” (TACC: QAA 2011, sections 3 and 4).

The Anglican Communion Covenant consists of a Preamble, four Sections and a Declaration. The Preamble sets out the reasons for covenanting: to proclaim the grace of God revealed in the gospel, to respond to the world’s needs, to maintain unity, and to attain the full stature of Christ. Sections I-III, on faith, mission and unity, consist of affirmations and (concomitant) commitments made by each signatory church. In the first section, “Our Inheritance of Faith”, each church affirms its communion in the one, holy, catholic and apostolic church, the catholic and apostolic faith revealed in scripture and set out in the catholic creeds and historic formularies of the Church of England (where acknowledged provincially), the Chicago-Lambeth Quadrilateral (scripture, creeds, sacraments and historic episcopate), shared patterns of worship, and its participation in the mission of the people of God. The footnotes to TACC: 1.1 refer to the Thirty-Nine Articles of Religion 1662 Book of Common Prayer, and Ordering of Bishops, Priests and Deacons, and Chicago-Lambeth Quadrilateral 1886/88. In living out this inheritance together in their varying contexts, each church commits itself, *inter alia*, to act in continuity and consonance with scripture and the catholic and apostolic faith, order and tradition, as received by the churches, to faithful, coherent and respectful interpretation of scripture, and to sustain Eucharistic communion (TACC: 1.2.1–8).

Section II, “The Life We Share with Others: Our Anglican Vocation” deals with mission. Each church affirms that communion is not an end in itself but seeks to proclaim and witness to God and that God has been at work in Anglican history in shaping its worldwide mission; each church also confesses its failure to live up to that calling and undertakes to cooperate with other

Anglicans in mission and with other Christians ecumenically. In turn, the covenantal commitments of each church are: to share its resources to evangelize, heal and reconcile the broken world; to engage in mission; to be humble and open to conversion; to renew structures for mission; and to root mission in the worship of God (particularly in Eucharistic communion) (TACC: 2.2.1–5; this largely based on the Five Marks of Mission, *MISSIO Report* 1999: ACC-6 and 8).

The third section, “Our Unity and Common Life”, deals with the exercise of provincial autonomy in the context of ecclesial communion. This builds on the principle of autonomy-in-communion in the *Windsor Report* (2004: para. 76). Each church affirms its call to live in peace and build up the common life of the Communion, its resolve to live in a communion of churches, and its autonomy (in government and law); it also affirms the absence of a central global authority in Anglicanism, the role of bishops and the threefold ministry, and the importance of the instruments of communion in global Anglicanism (Archbishop of Canterbury, Lambeth Conference, Anglican Consultative Council, and Primates’ Meeting) (TACC: 3.1.1–4). One task of the Inter-Anglican Standing Commission on Unity, Faith and Order is to study the role and responsibilities of the Instruments of Communion (See ACC-14: Res. 14.09 and 10). Next, each church commits itself to have regard for the common good of the Communion in exercising its autonomy, to support and receive the work of the instruments of communion with a readiness to reflect on their counsels, and to endeavour to accommodate their recommendations. Moreover, each church must respect the autonomy of all churches, uphold mutual responsibility and interdependence, seek to discern the will of God through listening, prayer, study and debate, and seek a shared mind (consistent with standards in canon law) in matters of common concern through consultation. Each church must also act with diligence, care and caution in matters which may provoke controversy “which by its intensity, substance or extent threaten the unity of the Communion and the effectiveness of its mission”. In conflicts, a church must participate in mediated conversations and bear in mind that the bonds of affection and love of Christ require maintenance of “the highest degree of communion possible” (TACC, 3.2.1–7).

Section four, “Our Covenanted Life Together”, deals with adopting the covenant and living together by it. Each church affirms a set of rudimentary principles and procedures for conflict-resolution and, reliant on the Holy Spirit, commits itself to their implementation, namely “to live more fully into the ecclesial communion and interdependence which is foundational to the Churches of the... Communion” Moreover, it goes on:

The Anglican Communion is a fellowship, within the One, Holy, Catholic and Apostolic Church, of national or regional Churches, in which each recognises in the others the bonds of a common loyalty to Christ expressed through a common faith and order, a shared inheritance in worship, life and mission, and a readiness to live an interdependent life (TACC, 4.1.1).

Adoption means that a church recognizes that the covenantal statement of faith, mission and interdependence of life is consistent with its own life, but such does not represent submission to any external ecclesiastical jurisdiction. Every church of the Communion listed in the schedule of membership appended to the constitution of the ACC is invited to enter the covenant. However, if a church does not adopt the Covenant, this does not mean that it is no longer a part of the Anglican Communion; it may still retain its Anglican identity (TACC: QAA, sect. 6). The Covenant Working Party, in its Commentary on Revisions to Section 4 (2009) stated:

It is not appropriate to address this question within the text of the Covenant. Rather, there should be the flexibility for the Instruments of Communion to determine an appropriate response in the evolving situation that would accompany a process of reception and adoption of the Covenant.

The Covenant is active for a church when that church adopts it through procedures in its own constitution and canons. (The Windsor Report had proposed that each church enact its own brief communion law authorising its primate (or equivalent) to sign on its behalf so committing it to the covenant terms (2004: para. 118)).

The next set of provisions deals with maintenance of the covenant and resolution of disputes; the covenanted position may be summed up in the maxim: the Communion guides; each church decides (CDG Report on the RCDC 2009 (2-4-2009) in relation to its Section 3), thus protecting provincial autonomy and giving no coercive or sanction-imposing jurisdiction to the central Instruments of Communion. Each church has a duty of "fidelity" to the Covenant. When questions arise about "the compatibility of an action by a covenanting Church with the Covenant, it is the duty of each covenanting Church to seek to live out the [covenantal] commitments". If a shared mind is not reached, the Standing Committee (responsible to the ACC and Primates' Meeting) must make every effort to facilitate agreement. It may request a church to defer a controversial action and if the church declines to do so, the Committee may (on the advice of the ACC and Primates' Meeting) declare an action or decision "incompatible with the Covenant". On this advice, the Committee must recommend to the churches and Instruments as to relational consequences which flow from such incompatibility—i.e. the extent to which

the decision of the church in question impairs or limits the communion between that church and other Communion churches. Each church or Instrument then decides whether or not to accept the recommendations. Moreover, each church must have structures to oversee its own maintenance of the Covenant and to relate to the Instruments on Covenant matters (TACC: 4.2.9; for the original idea, see WDAC: Art. 25: the Anglican Communion officer). Finally, a church may withdraw from the Covenant, the Covenant may be amended with consent of three quarters of the churches (TACC, 4.4.2), and the signatories declare themselves to be “partakers” in the Covenant (Declaration). To alter or add to the Schedule of member churches of the ACC, two-thirds of the Primates of the Anglican Communion must agree (ACC Const., Articles of Association: Art. 7.2). That the Covenant binds a church accords with the canonical principle (with its long historical and theological pedigree) *pacta sunt servanda*: agreements must be kept (Doe 2008b).

The Covenant represents a major historical development for worldwide Anglicanism. It raises a host of both theological and legal issues, ranging from the theological nature of communion, through the legal character of provincial autonomy, to the theological and juridical implications of covenanting. The initial Windsor proposal and draft covenant were not universally welcomed: some accepted the covenant principle and the draft; others, the principle but not the draft; and some rejected both (Doe: 2008b). Following publication of each draft, responses indicated a greater general sympathy for a covenant and voices rejecting the principle became fewer (See e.g. Covenant Working Party Commentary on Revisions to Section 4 (2009)). Respondents generally agreed about the voluntary and relational character of a covenant with commitments (e.g. Williams 2006; Goddard 2008: 47), though several attacked analogies between a covenant and a contract as too juridical and likely to undermine the consensual character of Anglicanism (Lewis 2005: 601). Many felt that a covenant accords with the notion of the Communion as a consensual family of churches (Gladwin 2008: 3; Radner 2005: 609), and several likened it to covenant models in scripture, sacramental theology, ecumenism, and comparable global ecclesial communities—in which the parties are called to covenant, solemnly undertake commitments, and limit their autonomy by the duty to consider others (Doe 2008b).¹ However, others considered it at odds with the Anglican spirit, that it would translate bonds of affection into formal (juridical) commitments (Adams 2005: 70), that there are too many practical obstacles in the process of adoption

¹ For the *Concordate* of 1784 between Samuel Seabury, for the diocese of Connecticut, and the Scottish bishops, see Thomas 2004: 9; for the idea at the Lambeth Conference 1988 of a “common declaration”, see Hind 2008: 112; and contemporary programmatic covenants, Doe 2008b: ch. 3.

(Tong 2005), that it will make divisions within the Communion more visible, and that it makes too many new demands on the Instruments of Communion (TACC: QAA: section 10). In any event, much depends on how it will be received in the life of the Communion.

CONCLUSION

This chapter represents an exploratory examination of a vast field. However, three conclusions may be drawn. First, there would seem to be good reasons to study the individual legal systems of Anglican churches. Such study has until relatively recent years been much neglected. One may speculate on the reasons for this. Perhaps they have to do with the historical antithesis between grace and law, the view that law is essentially coercive (and that it frustrates the spirit in the life of the church), the dominance of theological study over the legal practicalities of ecclesiastical administration (law is for lawyers), and perhaps the assumption that ignorance of law tends to make it more difficult to question authority. On the contrary, law is not an end in itself but the servant of the church, existing to facilitate and order its communion and mission. It is important to note that the theological education recommended in recent years by Theological Education for the Anglican Communion (TEAC) involves indirectly a host of subjects related to canon law, though canon law itself remains largely un-named (see Doe 2009: 91). Canon law is in reality applied ecclesiology and its study tells us much about ecclesial governance, ministry, doctrine, worship and ritual in terms of the rights and duties of all the faithful. That law is a normal function of the church is underscored when Anglican churches are compared with churches of other Christian traditions: all churches have their laws and other regulatory instruments.

Secondly, comparative canon law enables an understanding of what Anglicans share in terms of systems of polity. *The Principles of Canon Law Common to the Churches of the Anglican Communion* indicates well a collective commitment by the churches of the Communion to a particular way of being part of the church universal. For this reason, the document also represents a major resource for ecumenical dialogue, and perhaps even a model for similar projects between ecumenical partners. So often canon law and other systems of church order can be perceived as obstacles to the advancement of fuller visible communion because of their need for clarity, certainty and stability. But the theological character of canon law (and opportunities for theological reflection upon it), its susceptibility to comparative study, and its capacity to point up in the form

of principles what separated churches actually share normatively, call for a renewed appraisal of its place in ecumenical dialogue (Colloquium 2009: 284; Sagovsky 2011: 4; Leahy 2011: 15). Indeed, recognition of “the principles of church law and order” suggests that canon law and its equivalents may be seen as a generic phenomenon with an existence independent of the legal systems of particular but formally separated churches and communions (Doe 1999: 221).

Thirdly, the Anglican Communion Covenant represents an historical landmark in global Anglicanism. It is generally understood that the absence of such an agreed framework to-date has significantly exacerbated recent conflicts in worldwide Anglicanism over human sexuality and same-sex partnerships. But conflicts have consequences. They jeopardise mission, damage ecumenical relations, and result in claims of impaired communion. They may also lead to laws created in other churches offering facilities for those who abandon Anglicanism (Doe 2011). It was this absence of an agreed global mechanism, and its consequences, which led the Lambeth Commission to suggest adoption by each church of an Anglican Covenant. Its critics see it as too strong—restricting the freedom of churches to innovate. Others see it as too weak—not giving the Instruments of Communion enough authority in controversial matters. Yet, its supporters see it as an adult way of setting out the basic ground rules by which the worldwide Anglican family should achieve its objectives and address making decisions on difficult issues. Indeed, that is the fundamental principle of the Covenant in terms of global Anglican polity—the Communion guides, each church decides. It also meets the need of ecumenical partners for a coherent view of global Anglicanism. Moreover, spiritual, sacramental and structural covenanting it is a well-trodden Christian path not least amongst the ecumenical partners of Anglicans. Importantly, the Covenant does not represent the Communion as the primary manifestation of Anglicanism with authority to limit the freedom (autonomy) of its churches (“red-light” model), nor the autonomous provincial church and the primary manifestation of Anglicanism with an unfettered freedom without any restraint possible from the global family (“green-light” model). Rather, the Covenant sees partnership between the Communion (the family) and each autonomous church as the primary manifestation of Anglicanism, one which protects the autonomy of the province (its legal freedom) subject to the competence of the Communion (through its instruments) to guide in a limited field of highly contentious matters of common concern (“amber-light” model)—in order to reconcile the legal category of autonomy with the theological category of communion. This is the

Anglican canon. The Anglican principles project has also formed the basis of an ecumenical initiative to formulate a statement of principles of Christian law.²

REFERENCES

- Adams, M. (2005). "Faithfulness in crisis", in A. Linzey and R. Kirker (eds), *Gays and the Future of Anglicanism: Responses to the Windsor Report*. Winchester: O Books: 70–80.
- Bartholomaios, Metropolitan (1973). "A common code for the Orthodox churches". *Kanon* 1: 45–53.
- Bolt, P.G., M.D. Thompson and R. Tong (eds) (2005). *The Faith Once For All Delivered*. Camperdown, NSW: The Australian Church Record in conjunction with the Anglican League.
- Cameron, G.K. (2008). "A tortoise in a hurry: the ordering of the Anglican Communion". *International Journal for the Study of the Christian Church*. 8 (2008): 69–80.
- Coertzen, P. (1998). *Church and Order: A Reformed Perspective*. Leuven: Peeters.
- Colloquium of Anglican and Roman Catholic Canon Lawyers (2009). "A decade of ecumenical dialogue on canon law". *Ecclesiastical Law Journal* 11: 284–328.
- Consultation of Anglican Communion Legal Advisers (2002) (held at Canterbury in March 2002) see www.acclawnet.co.uk (accessed 14 April 2014).
- Cox, N. (2008). *Church and State in the Post-Colonial Era: The Anglican Church and the Constitution in New Zealand*. Auckland, New Zealand: Polygraphia Ltd.
- Doe, N. (1990). "Towards a critique of the role of theology in English ecclesiastical and canon law". *Ecclesiastical Law Journal* 2: 328–346.
- Doe, N. (1996). *The Legal Framework of the Church of England*. Oxford: Clarendon Press.
- Doe, N. (1998a). *Canon Law in the Anglican Communion: A Worldwide Perspective*. Oxford: Clarendon Press.
- Doe, N. (1998b). "Ecclesiastical quasi-legislation" in N. Doe, M. Hill and R. Ombres (eds), *English Canon Law*. Cardiff: University of Wales Press: 93–103.
- Doe, N. (1999). "The principles of canon law: a focus of legal unity in Anglican and Roman Catholic relations". *Ecclesiastical Law Journal* 5 (1999): 221–240.

² See M. Hill and N. Doe, 'Principles of Christian Law, 19 *Ecclesiastical Law Journal* (2017) 138–155: this deals with the work of the Christian Law Panel of Experts (2013–2016) and its *Statement of Principles of Christian Law* (Rome 2016) which is to be discussed in Geneva in November 2017 at a meeting with the director of the Faith and Order Commission of the World Council of Churches; this project is the result of debate about the thesis proposed in N. Doe, *Christian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

- Doe, N. (2002a). "Canon law and communion". *Ecclesiastical Law Journal* 6: 241–263.
- Doe, N. (2002b). *The Law of the Church in Wales*. Cardiff: University of Wales Press.
- Doe, N. (2003). "The common law of the Anglican Communion". *Ecclesiastical Law Journal* 7: 4–16.
- Doe, N. (2004). "The Anglican Covenant proposed by the Lambeth Commission". *Ecclesiastical Law Journal* 17: 147–161.
- Doe, N. (2008a). "The contribution of common principles of canon law to ecclesial communion in Anglicanism", in *Principles 2008*: 97–124.
- Doe, N. (2008b). *An Anglican Covenant: Theological and Legal Considerations for a Global Debate*. London: Canterbury Press.
- Doe, N. (2008c). "Modern church law", in J. Witte and F.S. Alexander (eds), *Christianity and Law: An Introduction*. Cambridge University Press, 2008) 271–291.
- Doe, N. (2009). "Theological education in Anglicanism: global policy and its canonical dimensions", in N. Doe (ed), *The Formation and Ordination of Clergy in Anglican and Roman Catholic Canon Law*. Cardiff: Centre for Law and Religion: 91–102.
- Doe, N. (2010). "The Apostolic Constitution *Anglicanorum Coetibus*: An Anglican juridical perspective". *Ecclesiastical Law Journal* 12 (2010). 304–323.
- Doe, N. (2011). *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*. Oxford University Press.
- Gladwin, J. (2008). "The local and the universal and the meaning of Anglicanism: Kenya", in K. Stevenson (ed), *A Fallible Church: Lambeth Essays*. London: Darton, Longman & Todd: 3–16.
- Goddard, A. (2008). "Unity and diversity, communion and covenant: theological, ecclesiological, political and missional challenges for Anglicanism", in M. Chapman (ed), *The Anglican Covenant*. London: Mowbray: 47–80.
- Hill, M. (2007). *Ecclesiastical Law*. Oxford: Oxford University Press (third edition).
- Hind, J. (2008). "The idea of an Anglican Covenant: a faith and order perspective", *International Journal for the Study of the Christian Church* 8: 112–123.
- Jones, G. (2005). "Thy Grace Shall Always Prevent...", in A. Linzey and R. Kirker (ed), *Gays and the Future of Anglicanism: Responses to the Windsor Report*. Winchester: O Books: 116–137.
- Lambeth Commission (2004). *The Windsor Report*. London: Anglican Communion Office.
- Leahy, B. (2011). "The role of canon law in the ecumenical venture: a Roman Catholic perspective", *Ecclesiastical Law Journal* 13: 15–25.

- Lewis, H.T. (2005). "Covenant, contract and communion: reflections on a post-Windsor Anglicanism". *Anglican Theological Review* 87: 601–607.
- Patsavos, L. (1984). "The canonical tradition of the Orthodox Church", in F.K. Litsas (ed), *A Companion to the Greek Orthodox Church*. New York: Greek Orthodox Archdiocese of North America Communications Department: 137–147.
- Principles (2008). *Principles of Canon Law Common to the Churches of the Anglican Communion*. London: Anglican Communion Office.
- Puza, R., and N. Doe (eds) (2006). *Religion and Law in Dialogue: Covenantal and Non-Covenantal Cooperation between State and Religion in Europe*. Leuven: Peeters.
- Radner, E. (2005). "Freedom and covenant: the Miltonian analogy transfigured", *Anglican Theological Review* 87: 609–618.
- Reuver, M. (2000), *Faith and Law: Juridical Perspectives for the Ecumenical Movement*. Geneva: WCC.
- Rodopoulos, P. (2007). *An Overview of Orthodox Canon Law*. Rollinsford, New Hampshire: Orthodox Research Institute.
- Sagovsky, N. (2011). "The contribution of canon law to Anglican-Roman Catholic ecumenism". *Ecclesiastical Law Journal* 13: 4–14.
- Seitz, C. (2008). "Canon, covenant and rule of faith – the use of scripture in Communion". *International Journal for the Study of the Christian Church* 8: 81–92.
- TACC: *The Anglican Communion Covenant*. At: <http://www.anglicancommunion.org/commission/covenant/final/text.cfm> (accessed 14 April 2014)
- TACC: ASG (2011). *The Anglican Communion Covenant: A Study Guide*. London: Anglican Communion Office.
- TACC: QAA (2011). 'The Anglican Communion Covenant: Questions and Answers'. London: Anglican Communion Office.
- Thomas, P. H. E. (2004). "Unity and concord: an early Anglican 'Communion'". *Journal of Anglican Studies* 21: 9–21.
- Towards an Anglican Covenant* (2006). A paper prepared for the Joint Standing Committee of the Anglican Consultative Council and Primates' Meeting (2006). At: www.anglicancommunion.org/commission/covenant/consultation/index.cfm (accessed 14 April 2014).
- Weatherhead, J.L. (ed.) (1997). *The Constitution and Laws of the Church of Scotland*. Edinburgh: Board of Practice and Procedure.

AN ECUMENICAL PERSPECTIVE ON CANONICAL CULTURE AND OTHER JURIDICAL CHRISTIAN CULTURES: ORTHODOXY, ANGLICANISM, PROTESTANTISM¹

*Heinrich De Wall**

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Protestant conception of ecclesiastical law. – 3. The canonistic tradition of Protestant ecclesiastical law. – 4. The CIC of 1917: the end of an era. – 5. Ongoing differences, shared questions.

1. INTRODUCTION

Among the many striking differences between Roman Catholic and Protestant ecclesiastical law is the lack in the latter of a codification which would be comparable to the codices of 1917 and 1983. Such a codification would possess a cohesive, encompassing property with the capacity to systematise Protestant ecclesiastical law, currently contained within numerous different sets of rules, to endow it with a distinctive form, and to enable those approaching it to gain a sense of its 'big picture'. Protestant ecclesiastical law, however, has thus far been without such a systematisation, and, to exacerbate the situation, is known for its fragmentation into numerous specific, partial systems without the benefit of an overarching structure. Swedish, Danish, Norwegian and Icelandic ecclesiastical law are each entirely autonomous. Germany, meanwhile, does not even have one single standard Protestant ecclesiastical law system; instead, each of the twenty regional churches which comprise the Protestant Church in Germany (in German the *Evangelische Kirche in Deutschland*, EKD) have their own independent law. The existence of the various denominations and free churches born from the Reformation only goes to amplify this effect of fragmentation;

* Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Translated by „Sprachendienst der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg“.

again, each of these churches is an autonomous institution possessed of its own, more or less distinctive legal order. The result is a plethora of 'Protestant' legal systems whose underlying conceptions of ecclesiastical law differ fundamentally, in many cases, from those of their fellow Protestant churches. I must therefore confess that my task here, in presenting the 'Protestant view' on canonical culture, is an essentially impossible endeavour. I will therefore restrict myself to discussing the German Protestant view and further qualify this perspective by limiting it to the view of the Lutheran Reformation and of the German Lutheran regional churches which emerged from it.

A further justification for this limitation of this presentation's scope might appear in the particular historical and theological significance of Luther's Reformation, which was, so to speak, the source of the reform movements that followed it, and in the anniversary we are celebrating this year of the Reformation's catalytic event, Luther's famous nailing of his 95 theses on the door of the *Schloßkirche* in Wittenberg. Another, similarly resonant flashpoint of the period was Luther's incineration, on 10 December 1520 at Wittenberg's *Elstertor* gate, of 'all of the books of the Pope: the decree, the decretals, the *Sextus*, the Clementines and the Extravagantes"², that is, the books of Catholic canon law. It is a particularly acute irony of history that, despite this act, pre-codification canon law continues to be subsidiarily applicable in specific cases in Protestant—but not Catholic—ecclesiastical law. This is indicative of the fact that Luther's rejection of canon law did not always inspire complete assent in the Protestant legal specialists of his and subsequent eras. That said, one of the effects of the Reformation was undoubtedly the relegation of ecclesiastical law to a much more relative status than previously.

To this day, conceptions of ecclesiastical law remain one of the unresolved issues burdening ecumenical endeavours. It is an irrefutable fact that the Protestant idea of ecclesiastical law—irrespective of the applicability or otherwise of canon law in the Protestant church—is fundamentally different from that held by the Roman Catholic Church. Indeed, Christian Grethlein's introduction to Protestant ecclesiastical law refers to canon law as the key point of contention between the Roman Catholic and the Protestant churches³. It is a point affirmed in the discussion paper 'The Protestant View on the Communion of Churches:

² M. LUTHER, *Werke*, Weimarer Ausgabe (WA), Briefe, Bd. 2, 1931, 234 (<https://archive.org/stream/supplwerkebriefwecro302luthuoft#page/234/mode/2up>) (14.12.2017); see A. THIER, *Grundlagen und Anfänge der Geschichte des evangelischen Kirchenrechts*, in: *Handbuch des evangelischen Kirchenrechts* (HevKR), a cura di H. U. ANKE, H. DE WALL, H. M. HEINIG, Tübingen 2016, § 2, 25.

³ Ch. GRETHLEIN, *Evangelisches Kirchenrecht*, Leipzig 2015, 22.

Considerations on Regulated Coexistence and Cooperation among Churches of Different Denominations', issued by the EKD in 2001:

"... We additionally note in this context that the [perceived] necessity of the office of St Peter and the form it takes, and thus the claim of the Pope to supreme authority over the Christian Church, the [Roman Catholic Church's] understanding of the apostolic succession, the barring of women from ordained office, and, not least, the status of canon law in the Roman Catholic Church are matters with which a Protestant view must disagree."⁴

The context of ecclesiastical legal issues becomes very apparent at this juncture; it is evidently closely linked to ideas of ecclesiastical office and, going beyond this, to ecclesiology in general. I will seek in what follows to concisely provide a Lutheran perspective on the notions behind, and purposes of, Protestant ecclesiastical law, on the basis of key Lutheran Confessions, specifically the relevant passages of the *Confessio Augustana* of 1530, which were themselves part of the theological controversies of the Reformation period (2.). I will then go on to make some brief remarks on the tradition of canon law in the German Protestant churches up to 1918 (3.) and on the significance of the Codex of 1917 from a Protestant point of view (4.). To conclude, I will point to issues of joint interest—despite all differences on fundamentals—to theoreticians and practitioners of canon law and Protestant ecclesiastical law alike, which may thus be of productive use to ecumenical debate (5.).

2. THE PROTESTANT CONCEPTION OF ECCLESIASTICAL LAW⁵

Article 28 of the *Confessio Augustana*, headed 'Of the Power of the Bishops' (*de potestate ecclesiastica*), lays down the fundamental elements of the Protestant church's idea of itself and its mission, its powers, and its law. The core from which it proceeds is the power of the keys as described in Matthew 16, 18/19 and 18, 18, or the power of the bishops, to which it is considered synonymous. The powers thus summarised are the power to proclaim the Gospel, to forgive or retain sins, and to confer and administer the sacraments. The power of the church, then, consists in proclaiming the Word, administering the sacraments

⁴ Kirchengemeinschaft nach evangelischem Verständnis. Ein Votum zum geordneten Miteinander bekenntnisverschiedener Kirchen, EKD-Texte 69, 2001, III. 2.3. (<https://www.ekd.de/22677.htm>) (14.12.2017).

⁵ About the basic principles of Protestant ecclesiastical law see H. DE WALL/ M. GERMANN, *Grundfragen des evangelischen Kirchenrechts*, HevKR (Footnote 1), § 1; On the Legal teachings of the Lutheran Reformation J. WITTE, *Law and Protestantism*, Cambridge 2002; and M. HECKEL, *Martin Luthers Reformation und das Recht*, Tübingen 2016, as a summary especially p. 804 ss.

and holding the power of the keys, and becomes active *sine vi[,] sed verbo*, that is, through the Word alone, without the intervention of human force.⁶

In the Protestant view, proclaiming the Word, administering the sacraments and holding the power of the keys are not offices restricted to an exclusive circle of specific individuals; rather, all Christians are empowered to these acts. However, the *public* exercise of the office of preaching, public teaching, and the conferment of the sacraments are incumbent upon specific bearers of office, who must have been formally called to their task in accordance with the church's regulations. In other words, nobody is to publicly teach or preach in the church or confer the sacrament *nisi rite vocatus* (CA, Article 14). This 'orderly calling' or 'vocation', this office of public proclamation of the Word and conferment of the sacraments, is 'the' ecclesiastical office per se. It is not divided within itself; that is, bishops and priests or pastors are bearers of the same office.

No legal power of leadership extending beyond this office is linked necessarily, or *iure divino*, to it or to its associated powers of teaching, preaching and conferment of the sacraments. Article 28 of the *Confessio Augustana*, referencing the concept of *potestas iurisdictionis*, the authority to pronounce judgment, assigns it to the office of bishop. Protestant tradition regards this office as nothing other than the power to forgive sins, to cast out teachings which stand in contradiction to the Gospel, and to punish other public sins by the imposition of anathema: in other words, the power of the keys. This power, like the office of proclamation of the Word, is exercised *sine vi humana[,] sed verbo*, that is, through the Word alone and not through the exercise of human power. In this sense, Philipp Melancthon, the author of the *Confessio Augustana*, thus classes anathema, or the exclusion of an individual from the Eucharist, as part of this proclamation *sine vi, sed verbo*. This interpretation retains the notion that the exercise of the power of the keys is a means of spiritual, not juridical leadership of the church. Indeed, no powers of juridically defined authority can be derived from the spiritual office, that of proclamation.

This does not mean that the church cannot have leadership in law, nor does it suggest that holders of sacral office are prohibited from simultaneously possessing juridical authority. It does signify that such latter powers are not of their spiritual office. To follow the example given in Article 28 of the *Confessio Augustana*, bishops may, alongside their sacred office encompassing the *potestas iurisdictionis*, the power of the keys, hold a 'second power to pronounce judgment'; yet such power is conferred 'by human law and not because Christ

⁶ *Confessio Augustana* (CA), Art. 28, in: *Die Bekenntnisschriften der evangelisch-Lutherischen Kirche* (1930), 12. Aufl. 1998 (BSLK), pp. 120ff. (123 f.).

had added these things to their office'. There is a reference here, in line with the law of the time, to episcopal jurisdiction over matters such as marriage and church property.

This said, the ecclesiology of the Reformation does provide for the establishment of an episcopal office endowed with particular authority or for ecclesiastical legislation to regulate such an office. We repeatedly find emphasis of the point that the leading figures of the Reformation had no wish to completely overturn the order and hierarchy of the church.⁷ It is the case, however, that authority over matters beyond the office of proclaiming the Word and administering the sacraments is based not in any divine right, but rather in human law. Such authority may be desired and established for the sake of keeping good order, but it may not claim to draw its associated power from God's command or any other form of *ius divinum*. If we turn to ordination as an example, we see in the tenth of the Smalcald Articles the following consideration: 'If the bishops would be true bishops [would rightly discharge their office], and would devote themselves to the Church and the Gospel, it might be granted to them for the sake of love and unity, but not from necessity, to ordain and confirm us and our preachers. . .'.⁸ This is accompanied by an insistence on the principle that the conferment of ordination is a right pertaining to all priests, indeed to the whole Church, and not an office reserved to bishops by *ius divinum*. Likewise, the power to set ecclesiastical laws is not to be considered exclusive to a hierarchical office of the Church.

Further, the leading voices of the Reformation speak out robustly against any practice of introducing, by force of ecclesiastical authority, additional ceremonies or regulations while asserting that adherence to them is required for access to salvation. The examples they cite include stipulations on diet and fasting, feast days, and various sets of rules relating to the servants of the Church⁹; these are matters we would today likewise consider as falling within the remit of ecclesiastical authority. Again, this does not mean that the Church is prohibited from setting regulations to govern itself. Indeed, Protestant ecclesiology provides for conferment of the authority to do so upon the episcopate. However, there is a caveat attached: 'This is the simple mode of interpreting church statutes (or traditions, HdW), namely, that we understand

⁷ S. Apologie zur CA Art. 14, BSLK (Footnote 5), pp. 296 f. and Art. 28, BSLK (Footnote 5), pp. 396 f.

⁸ BSLK (Footnote 5), pp. 457 f.; the English translation is taken from <http://bookofconcord.org/smalcald.php> (12.01.2018).

⁹ CA, Art. 28, BSLK (Footnote 5), pp. 125 ff.

them not as necessary services, and nevertheless, for the sake of avoiding offenses, we should observe them in the proper place'¹⁰.

Accordingly, then, we might summarise the Lutheran Reformation's conception of ecclesiastical authority as follows¹¹: The Church's power and authority, as conferred by divine ordinance, consists in the proclamation of the Gospel, the forgiveness or retention of sins, and the conferment and administration of the sacraments. This is the spiritual authority of the Church, exercised through the Word alone and without agency of human power. The public exercise of the office of preaching, and the administration of the sacraments—which is per se public—are contingent upon an orderly calling, reception of which, however, is fundamentally the right of the whole Church.

These fundamental principles do not preclude the assignation of specific powers and duties going beyond these core components of ecclesiastical office to particular organs or holders of office within the Church. The conferment of such authority, however, has the sole purpose of upholding good order for the sake of peace within the Church and is based in human law only. Such authority, further, is by no means exclusive to bishops or to holders of clerical office more generally. In addition to this, regulations issued by human hand must not be permitted to weigh upon the consciences of the faithful. Their function, again, is solely to keep good order, not to aid in any progress towards salvation. A strict differentiation is to be observed between this 'external' ecclesiastical authority and the Church's spiritual authority.

This way of conceiving of ecclesiastical authority allows the Church considerable scope for constituting itself as a legal body. The fact that the foundational structures of 'external' ecclesiastical power are not *iure divino* places them at the disposal of human power and permits, subject, of course, to theological admissibility, their creation and formation in accordance with considerations of practicability. 'External' ecclesiastical authority is not contingent upon ordination and is not restricted to a clerical class; both such limitations are foreign to Protestant principles.

These provisions limit the scope of ecclesiastical law in Protestant denominations. Its norms and principles regulate the Church's forms of organisation, the order of its offices and the behaviour of Christians within the Church and in matters ecclesiastical, for the sake of peace and good order and the "avoidance of offenses". If we disregard the relationship of ecclesiastical law to the Church

¹⁰ Apologie 28, 17, BSLK (Footnote 5), S. 400, the English translation is taken from http://bookofconcord.org/defense_25_ecclesiasticalpower.php (12.01.2018).

¹¹ S.a. A. v. CAMPENHAUSEN, *Kirchenleitung, Gesammelte Schriften*, Tübingen 1995, pp. 30 ff.

and its offices, this is not different in principle from the function accorded to the secular law of states.

Derivation of this limitation on the action of ecclesiastical law issues both from the Church's concept of its office and its authority and, importantly, from the very idea of 'the Church', as formulated in CA, Article 7: 'And to the true unity of the Church it is enough to agree concerning the doctrine of the Gospel and the administration of the Sacraments. Nor is it necessary that human traditions, that is, rites or ceremonies, instituted by men, should be everywhere alike'¹². In reference to this latter point, we might add that it is not necessary for the same order and structure of offices, the same constitution of church bodies, the same legislation to be in place everywhere. The Church has no constitution prescribed to it *iure divino*; indeed, the Church is not of necessity a hierarchical or episcopal institution, but likewise not of necessity synodal or congregationalist. The only element decreed essential is the existence of the office of proclamation of the Word, whose public exercise necessitates orderly calling. It is entirely possible and legitimate to define the existence of the office of preaching as thus prescribed and therefore as divinely ordered, that is, *ius divinum*, in Protestant ecclesiology. This does not alter the fact that the legal regulation of this office in its detail remains a matter for human legislation.

3. THE CANONISTIC TRADITION OF PROTESTANT ECCLESIASTICAL LAW

In spite of Luther's fundamental repudiation of canon law, the Reformation's rejection of its ecclesiological basis, and the redefinition of Protestant ecclesiastical law through the ecclesiastical regulations passed in the names of regional sovereigns, canon law retained its role in the churches that emerged from the Reformation. The legal specialists of the Protestant churches did not follow Luther's rejection of canon law, which by its status as part of the *ius commune* (common law) of the Holy Roman Empire, independently of its origin in church hierarchy, was the reigning law of the land and provided answers to a range of practical questions. At least in this respect, then, it was not dispensable with. Protestant ecclesiastical law thus continued, as it evolved, to make reference and recourse to canon law¹³.

¹² Confessio Augustana, Art. 7, BSLK (Footnote 5), p. 61, the English translation is taken from <http://bookofconcord.org/augsburgconfession.php> (12.01.2018).

¹³ For comprehensive overviews LINK, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 3. Aufl., München 2017, § 13 Rn. 6ff.; H. DE WALL, *Von der Kanonistik zum evangelischen Kirchenrecht – Traditionen und Diskontinuitäten*, «Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte» Bd. 134 (2017), Kanonistische Abteilung 103, pp. 262–276. J. WITTE, *Law and Protetantism* (wie Footnote 4), 53ss., More detailed

This said, it did not do so without restrictions or reservations. Many canonical stipulations, pertaining to areas such as the regulations governing ecclesiastical offices, were incompatible with principles of the Reformation or required adaptation to these. In other words, canon law was only applicable insofar as it did not contradict Protestant teachings, a principle stated explicitly in some Protestant church ordinances. An example appears in the *Consistorial Instruction* for Pomerania of 1569: 'Yet when such a case [is] founded [neither] in Holy Scripture, nor in the order of our church [*unsre kirchen-ordnung*], so shall [judgment] be pronounced in accordance with their *canonibus*, as long as those are *praeter*, et non contra jus divinum, [and] also not against the order of our church, natural law or righteous and respectable morals.'¹⁴. (. . .). The expression 'the order of *our* church' indicates that this is an order issued on the authority of the regional sovereign. This in turn indicates that in the territories which fostered Protestantism after the Reformation, canon law received a new basis for its validity, making it applicable not through its own authority nor via that of the Pope, but rather through the command of a sovereign.

In this way, canon law underwent a double modification: of its content via adaptation to the tenets of the Reformation, and of the provenance of its authority, transforming it from papal to princely law. John Witte has termed this process 'the Protestant conversion of canon law'¹⁵; as we can see here, it was, so to speak, a dual conversion.

The probably most significant summary of Protestant ecclesiastical law issued in the early modern period bears impressive witness to the canonical roots and traditions of this law, beginning with its title: it is the *Jus Ecclesiasticum Protestantium* of the ecclesiastical law scholar and pioneer of general constitutional law, Justus Henning Böhmer of Halle, published in five volumes between 1714 and 1737. This work models its survey of Protestant ecclesiastical law on the basis of, and in line with the systems developed in, the papal decretals,

U. WOLTER, *Die Fortgeltung des kanonischen Rechts und die Haltung der protestantischen Juristen zum kanonischen Recht in Deutschland bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts*, in *Canon Law in Protestant Lands*, a cura di R. HELMHOLZ, Berlin 1992, pp. 13–47; J. HECKEL, *Das Decretum Gratiani und das deutsche evangelische Kirchenrecht* (1955), in: *Das blinde, undeutliche Wort Kirche, Gesammelte Aufsätze*, a cura di S. GRUNDMANN, Köln 1964, pp. 1–48; R. SCHÄFER, *Die Geltung des kanonischen Rechts in der evangelischen Kirche Deutschlands von Luther bis zur Gegenwart*, in ZRG 36 Kan. Abt. 5 (1915) 165–413.

¹⁴ E. SEHLING (Hrsg.), *Die evangelischen Kirchenordnungen des XVI. Jahrhunderts*, Band 4, Leipzig 1911, p. 483; see R. SCHÄFER, *Die Geltung des kanonischen Rechts in der evangelischen Kirche Deutschlands von Luther bis zur Gegenwart*, ZRG KA 5, 1915, pp. 165–413 (191), *ibid.* from page 185 many examples for similar rulings in Protestant church ordinances of the 16th and 17th centuries. There were, however, other Protestant church ordinances which—in line with Luther—denied the applicability of Canon law.

¹⁵ J. WITTE, *Law and Protestantism* (Footnote 4), p. 53.

a fact evident in its full title: *'Ius ecclesiasticum protestantium usum hodiernum iuris canonici iuxta seriem decretalium ostendens et ipsis rerum argumentis illustrans'* (Protestant Ecclesiastical Law, Showing the Modern Use of Canon Law in accordance with the Order of the Decretals and Illustrating [it] with Arguments from that Matter). As well as representing a key moment in Protestant ecclesiastical law, it signifies its basis in canon law and effectively justifies us in speaking of what we might describe as Protestant canon law.

4. THE CIC OF 1917: THE END OF AN ERA

This tradition continued into the twentieth century, not coming to an end until the advent of the *Codex Iuris Canonici* (CIC) of 1917. The First Vatican Council's emphatic assertion of supreme papal authority deepened the fundamental theological and ecclesiological chasm between Roman Catholic and Protestant jurisprudence. The replacement of the canon law formerly in force by the Codex severed most of the connections, which had until then been held by virtue of tradition and of content, between the two legal spheres. The CIC of 1917 thus represents the end of an era, not only from the Roman Catholic, but also from the Protestant point of view, a fact as evident to its contemporaries in the early twentieth century as to us today. The Protestant legal historian Ulrich Stutz puts it very plainly indeed in his 1918 book *Der Geist des Codex Iuris Canonici* (The Spirit of the CIC), lamenting the 'burgeoning of what for the most part is very dry, dull and empty statute-based jurisprudence' he perceives as having sprung up due to the Codex¹⁶. In so doing, however, he expresses the hope that it may in future be replaced by a 'blossoming of the history of ecclesiastical law as an adjunct and supplement to Catholic codification and Protestant systematisation'¹⁷. That his hope was not entirely in vain is apparent in the fact that, to this day, there are several Protestants among those scholars who have made significant achievements in historical canon law. Peter Landau and his pupil Andreas Thier, who is continuing the tradition in Zürich, are prominent examples.

Ulrich Stutz called the CIC of 1917 the 'most significant event in the history of ecclesiastical law for centuries' and foretold it an impact which 'might possibly last centuries'¹⁸. As we know, this prediction has not proved accurate. Stutz's discussion speaks eloquently of his great respect for canon law in general

¹⁶ U. STUTZ, *Der Geist des Codex Iuris Canonici*, Stuttgart 1918, p. 168.

¹⁷ U. STUTZ, *Der Geist des Codex Iuris Canonici*, Stuttgart 1918, p. 172.

¹⁸ U. STUTZ, *Der Geist des Codex Iuris Canonici*, Stuttgart 1918, p. VI.

and the Codex authors' achievement of systematisation in particular. This notwithstanding, Stutz is emphatically critical, from a Protestant perspective, of specific regulations contained in the Codex; foremost among them are those dealing with laypeople and people of other faiths. We would barely have expected other of him in light of the profound theological differences.

At the time of the introduction of the Codex Iuris Canonici of 1983, a well-known Protestant legal specialist, Axel von Campenhausen, denounced these determinations of the CIC 1917 as 'rather embarrassing' due, for instance, to their depiction of 'Protestant Christians as Catholics [...] who had been excommunicated for heresy'¹⁹. We should note here for context that von Campenhausen is neither one of the many Protestants who hold an attitude of suspicion to statutes per se, nor is he unsympathetic to the Catholic Church.

5. ONGOING DIFFERENCES, SHARED QUESTIONS

From a Protestant point of view, the Second Vatican Council and its result in ecclesiastical law terms, the Codex of 1983, represent significant progress from the CIC of 1917, specifically with reference to its provisions on non-Catholics and the validity of ecclesiastical law in other denominations. This does not mean, however, that the fundamental differences in Protestant and Roman Catholic conceptions of ecclesiastical law have been erased. Their continued existence makes it difficult to imagine any rapprochement that might lead to the emergence of an ecumenical ecclesiastical law or juridical culture. Indeed, in light of the extent and significance of canon law, it would be presumptuous of a legal specialist from the Protestant side to present to this forum any suggestion for a reconsideration of the principles upon which canon law rests to the end of their adaptation to the Protestant view of things.

Notwithstanding these fundamental divergences, however, there is a range of subjects on which Protestant ecclesiastical and Roman Catholic canonical jurisprudence might usefully engage in closer dialogue. One of them is their respective conceptions of *ius divinum*; a discussion on this might consider what exactly the canon law of the Roman Catholic Church means when it defines particular forms of ecclesiastical organisation as prescribed *iure divino*, and what distinguishes these notions from the idea, well established in Protestant ecclesiastical law, of the prescribed necessity characterising ecclesiastical office. Another approach to such a discussion of foundational principles, and one

¹⁹ A. V. CAMPENHAUSEN, *Codex Iuris Canonici 1983 – Bemerkungen aus evangelischer Kirchenrechtlicher Sicht*, in *Kirchenrecht und Kirchenpolitik*, Göttingen 1996, pp. 45–73 (49).

which in my view has yet to be explored to its full extent, is the churches' understanding as *communio*. A Protestant point of view might wish to enquire whether the emphasis on *communio* is only something of a euphemism for the dominance of hierarchy or whether it points to more fundamental ecclesiological insights which might reveal convergences with a Protestant sensibility of what 'the church' is.

Protestant ecclesiastical law as it stands finds itself repeatedly tasked, particularly by Protestant theologians, with engagement with issues which appear to me not to belong exclusively to a Protestant context, but which could just as well be, and indeed, as far as I am aware, are being, discussed in the context of the Catholic Church. One example is the matter of human rights in the church. I am not calling for a direct and unquestioning translation of the secular notion of human rights into the church context. Instead, I believe that the idea of human rights requires adaptation and translation into the terms of the Church, its particularities, and its calling. I wish to point out at this juncture that the former chair of the EKD's Council, Wolfgang Huber, attempted to reconstruct the concept of human rights for the Church and deliver a rationale for this endeavour, from which evolved a separate catalogue of fundamental rights for the church context²⁰.

Christian Grethlein, a Protestant and a practical theologian, has called for a general redirection of ecclesiastical law to adapt it to today's means of communication. In his view, it is no longer authority, but authenticity that provides the decisive moment in communication about and of religion, and it is not the correctness of religious teachings, whose assurance is incumbent upon the church and its laws, but its 'relevance' that is key. 'Relevance', in this context, is defined as that which attracts the attention of the individual²¹.

We might protest at this point that such radical critique loses sight of the many auxiliary tasks which are regulated under ecclesiastical law—frequently bureaucratic in nature, yet nonetheless necessary for the communication of the Gospel. Such duties might include the administration of church buildings or the funding of pastors. Considering this, we might justifiably accuse this critique of stemming from unrealistic, indeed romantic notions of the purposes of ecclesiastical jurisprudence.

Nevertheless, Grethlein and others do direct our attention to weak points in ecclesiastical law and to justified grievances. Ecclesiastical law is a closed book

²⁰ W. HUBER, *Grundrechte in der Kirche*, in *Das Recht der Kirche*, a cura di G. RAU, H. REUTER, K. SCHLAICH, Gütersloh 1997, vol. I, pp. 518–544; IDEM, *Gerechtigkeit und Recht*, Gütersloh³ 2006, pp. 514–531.

²¹ C. GRETHLEIN, *Evangelisches Kirchenrecht*, Leipzig 2015, pp. 217ff, 220.

to many, and many consider its very existence as unnecessary. However, such weaknesses and issues may not pertain to Protestantism alone. Authority versus authenticity, bureaucracy versus communication, accuracy versus relevance, human rights in the church context, these all seem to me to be issues and demands that likewise impact the Roman Catholic Church and its canon law. Debating issues such as these, irrespective of all ongoing differences in fundamentals, may give rise to possibilities of communication between the ecclesiastical law of the Protestants and the canon law of the Roman Catholic Church.

2. Prospettive ebraica ed islamica

L'ISLAM. STORIA, FONDAMENTI TEOLOGICI E CULTURA GIURIDICA

*Elie Raad**

SOMMARIO: A. Storia. 1. Maometto prima dell'Egira (570-622). 2. Maometto dopo l'Egira (622-632). 3. Maometto, gli ebrei e i cristiani. – B. I fondamenti teologici dell'islam. – C. La cultura giuridica dell'islam. 1. Definizione ed origine. 2. Le origini del *Fiqh*. 3. Contenuto del *Fiqh*. – Conclusione. – Glossario. – Bibliografia.

A. STORIA

1. *Maometto prima dell'Egira (570-622)*

La personalità di Maometto, antecedente la sua predicazione, è poco conosciuta. Il Corano, parola divina increata agli occhi dei musulmani, non ci fornisce alcuna informazione e le biografie del profeta (*Sira*) hanno un valore storico relativo in funzione del loro carattere aneddottico. È impossibile fissare la cronologia stessa della sua vita; (solo la data dell'*Egira*) l'istante in cui nel 622 lasciò la Mecca, la città più grande della penisola araba per Yathrib oasi a circa 350 Km. a nord della Mecca, è ben stabilita: essa costituisce l'oggetto dell'accordo unanime dei musulmani ed è dalla stessa data che si determina il punto di partenza dell'era islamica. Una tradizione, avvalorata da una interpretazione incerta di un versetto del Corano fissa a quarant'anni l'età di Maometto momento in cui incominciò la sua predicazione¹.

Secondo la *Sira* Maometto perse i genitori molto presto e fu allevato da suo nonno Abd-al-Mouttaieb, quindi da suo zio Abou Talib il cui proprio figlio, Ali, fu il cugino e il compagno d'infanzia di Maometto prima ancora di essere suo discepolo e in seguito suo genero.

Nonostante appartenesse all'importante tribù dei Qoraych era molto povero e si sentiva in dovere di contribuire al suo mantenimento portando a pascolare le greggi di montoni e capre sulle colline vicino alla Mecca, luoghi

* Università La Sagesse. Libano.

¹ SOURDEL 1959: 9.

in cui viveva lunghi momenti di solitudine. D'altra parte fu autorizzato, molto giovane, ad accompagnare suo zio nei suoi viaggi di commercio in Siria; qui ebbe i primi contatti con il cristianesimo a seguito di ripetuti incontri con i monaci della regione².

All'età di venticinque anni si ingaggiò come capo carovaniere al servizio di una ricca vedova, Khadija, più grande di lui di ben 15 anni la quale, essendo ancora molto bella fu attirata dal giovane e gli offrì di sposarlo; tale unione gli permetterà di uscire dalla miseria e di diventare un personaggio reputato soprannominato *el amin*, l'uomo sicuro³. Finché lei visse non prese altra moglie ed è solamente dopo la sua fine nel 619 che portò a nove il numero delle sue mogli⁴. La tradizione ha fatto di Khadija un ritratto particolarmente elogiativo: fu una moglie perfetta e soprattutto la prima seguace del profeta a cui diede sette figli di cui tre maschi che morirono in tenera età e quattro femmine. È infatti considerata una delle quattro donne perfette dell'umanità con Maria, madre di Gesù, la donna che salvò Mosè e Fatima, una delle figlie del profeta⁵.

Senza abbandonare totalmente ogni attività professionale, Maometto si consacra sempre di più a dei ritiri spirituali e a delle meditazioni; sempre più sente il richiamo ad una missione profetica. Ne ha la rivelazione durante un ritiro sul monte Hira, situato su una piccola montagna della regione, in una grotta ove l'angelo Gabriele gli ordina di predicare e gli annuncia ch'egli è "l'apostolo di Allah"⁶

Maometto seppe allora che Allah l'aveva scelto per essere il suo inviato, incaricato di "recitare" agli uomini le rivelazioni che gli trasmetteva Gabriele o lo spirito divino: tali rivelazioni frammentarie, raggruppate in seguito, costituiranno il Corano, espressione della parola stessa di Allah, il cui testo si presenta così: "Come un dettato soprannaturale registrato dal profeta ispirato."⁷

I messaggi coranici trasmessi da Maometto durante la sua predizione alla Mecca sono dominati dall'appello ad una doppia conversione, religiosa e morale: da una parte la fede in un Dio unico, Allah, creatore di ogni cosa e, dall'altra parte una condotta morale che insista specificamente su una più grande giustizia sociale verso i più poveri⁸.

² YOUNIS 2001: 25.

³ MANTRAN 1995: 74.

⁴ SOURDEL 1959: 10.

⁵ MANTRAN 1995: 74

⁶ MANTRAN 1995: 74-75

⁷ SOURDEL 1959: 10.

⁸ LAMMENS 1926: 31.

Il futuro “profeta dell’Islam” vi è prima di tutto presentato come “colui che mette in guardia” i suoi contemporanei dal destino che li attende aldilà della morte il giorno stesso del giudizio universale e della resurrezione: l’inferno per coloro che non avranno seguito il richiamo divino, il paradiso per i giusti. . .

In un primo tempo Maometto riuscì a convincere alcuni dei suoi parenti e amici più stretti. Ma il cerchio dei fedeli rimase limitato dato lo scarso successo da parte dei ricchi notabili della Mecca; senza alcun dubbio questa nuova fede minacciava il pellegrinaggio alla Kaaba (cubo) santuario che riuniva le principali divinità degli Arabi (nel numero di 360) e di conseguenza la prosperità della città; cosa ancor più grave, essa rifiutava il culto degli dei e delle dee venerate precedentemente e considerate protettori della città. Infine e soprattutto, essa annunciava un giudizio che non faceva parte delle credenze dei beduini per i quali niente esiste dopo la morte⁹. È accertato inoltre che l’influenza dei Khoreiciti non abbia ammesso che il privilegio di annunciare la rivelazione, sia stata concessa ad un uomo che non apparteneva alle famiglie predominanti¹⁰.

2. *Maometto dopo l’Egira (622-632)*

A seguito del decesso dei suoi più accesi sostenitori alla Mecca, suo zio Abou Talib e sua moglie Khadija, Maometto dovette decidersi a lasciare la città per mettersi al riparo dall’ostilità crescente dei notabili.

Egli riuscì a stringere alleanza con le due principali tribù di Yathrib che lo elessero arbitro dei loro differendi.

Preceduto dalla maggior parte dei suoi seguaci della Mecca, Maometto lasciò in segreto la sua città natale nel 622¹¹. A parte le tribù ebraiche e cristiane, la maggior parte degli abitanti di Yathrib si erano già convertiti all’Islam e attendevano nella gioia l’arrivo del profeta.

È dunque un trionfo per Maometto. Tutte le potenti famiglie del borgo si contendono il privilegio di ricevere il sant’uomo presso di loro. Per non offenderne alcuna, Maometto decide di porre la prima pietra della sua casa nel punto stesso in cui si è fermata la sua cammella: è la prima moschea adiacente alla futura casa del profeta.

Yathrib diventa Medina, letteralmente “la città del Profeta”¹². È a partire da questo esilio che nasce il calendario islamico. Esso consacra la nascita fra

⁹ MARTINEZ-GROS 2001: 36.

¹⁰ MANTRAN 1995: 78.

¹¹ MARTINEZ-GROS 2001 36.

¹² CHEBEL 1999: 13.

esiliati della Mecca, ospiti ed ebrei di Medina della prima comunità *oumma*, del primo stato musulmano, nel senso che tutti le giurano fedeltà e si sottomettono all'autorità del profeta.

Ed è così che dall'inizio l'appello religioso e il progetto politico islamico non possono essere differenziati.

Maometto è dunque a Medina, a partire dal 622, il capo del primo stato musulmano.

L'ispirazione divina si fa più legale: le *sure* (*capitoli*) di Medina nel Corano, più lunghe ed esplicite delle *sure* anteriori quando Maometto era alla Mecca, scandiscono raccomandazioni e divieti che serviranno a costruire nei secoli seguenti la "*Charia*" legge islamica: il profeta si fa legislatore. Infine il dogma musulmano come lo conoscono tutti i praticanti è istituito a partire da Medina¹³.

Medina è dunque il simbolo del nuovo potere; più di ventotto battaglie contro gli infedeli della Mecca e contro i politeisti sono decise a partire da questa città.

Le battaglie e le spedizioni punitive hanno occupato l'ultima parte della vita del profeta. Nella biografia redatta al IX secolo su Maometto, il cronista Tabari accorda alle gesta guerriere del profeta un terzo della sua opera; ciò indica l'importanza che essa detiene agli albori dell'islam. Dieci anni di grandi battaglie micidiali assicureranno a Maometto un dominio quasi totale sulla penisola arabica.

All'eccezione della Mecca¹⁴, questa guerra contro gli infedeli arabi condotta da Maometto fornisce ai giuristi dei secoli seguenti (VIII e IX secolo) il modello di elaborazione del *jihad*, obbligo di guerra dello stato islamico contro il mondo infedele in vista della conversione o della sottomissione (islam può significare le due cose).

E la figura del combattente *mujahid* è uno dei principali paradigmi della civiltà islamica¹⁵.

Il profeta decide di inviare ai re della terra delle missive in cui espone la sua dottrina, a cominciare dall'imperativo monoteista rappresentato dall'islam. Ordina loro di convertirsi alla sua religione, essendo l'islam una religione universale. "Ti abbiamo inviato verso tutti i popoli senza alcuna eccezione" dice a questo proposito il Corano, è impensabile ch'essa sia ridotta alla sola etnia araba del Hedjaz, regione della penisola araba. Essa deve espandersi fino ai confini del mondo, in Abissinia, allo Yemen, in Egitto, a Bisanzio, in Persia ed anche a Roma; ora, è sotto i successori di Maometto che doveva definirsi il

¹³ MARTINEZ-GROS 2001: 38.

¹⁴ CHEBEL 1999: 39.

¹⁵ MARTINEZ-GROS 2001: 39.

destino universale della religione e della civiltà islamica durante le conquiste arabe. Nell'anno 630 (l'anno 8 dell'Egira), Maometto decide di farla finita con i politeisti della Mecca. Riunisce un esercito di diecimila uomini, tutti pronti al sacrificio in nome di Allah, e si dirige verso la città empia della quale si impossessa quasi senza resistenza alcuna, dato che il patriarca della Mecca si presenta semplicemente a lui e si converte illico consacrando così l'islam come unica religione della penisola araba.

Circa due anni più tardi, Maometto compie il pellegrinaggio alla Mecca secondo il rito da lui stesso prescritto: fu "il pellegrinaggio d'addio". Alcuni mesi più tardi a Medina, fu preso da una forte febbre che lo stroncò l'8 giugno 632. Fu sepolto a Medina, luogo in cui visse durante il suo esilio. Già il giorno seguente, con la nomina a califfo di Abou Baker suo fedele compagno, l'islam del profeta prende fine e l'islam storico, quello dei quattro grandi califfi, comincia¹⁶.

3. *Maometto, gli ebrei e i cristiani*

La presenza di comunità ebrae nella penisola araba, allo Yemen, a Medina è confermata all'epoca del profeta; quella del cristianismo (religione del sacro romano impero di Bisanzio) era ancora più massiccia, ai confini con la Siria, presso gli arabi che frequentavano i mercanti della Mecca e dove Maometto si rese più volte.

Da parte sua, lungi dal negare la sua parentela con il giudaismo e il cristianismo, l'islam situa Maometto al vertice della stirpe dei profeti e degli inviati, portatori di una legge, ove pone Adamo, Noè, Abramo, Mosè e Gesù.

Riconosce la validità della profezia di Mosè, di Gesù di cui parla il Corano e di cui la Bibbia degli ebrei e dei cristiani ha deformato la veracità dell'insegnamento.

Sia Gesù come Mosè e Abramo possono essere qualificati di musulmani nel senso doppio del termine: dapprima perché si sono sottomessi alla parola divina ed in seguito perché sono iscritti nella rivelazione coranica¹⁷.

Dopo il suo esilio alla Mecca, probabilmente Maometto fu sostenuto dalle piccole tribù ebrae di Medina che pare abbiano partecipato alla prima *oumma*. All'inizio Maometto spera che esse si uniranno ai suoi fedeli ed è per questo che fa alcune concessioni ai loro usi, mantenendo la direzione di Gerusalemme per la preghiera, adottando il digiuno del 10 mouharram (*ashoura*) imitando

¹⁶ CHEBEL 1999: 14-15.

¹⁷ MARTINEZ-GROS 2001: 40.

lo *Youm Kippour* (*tishri*) ebreo. Ma purtroppo le relazioni fra Maometto e gli ebrei di Medina si degradano rapidamente; essendo essi accusati di ipocrisia, irriducibili alla conversione, sordamente ostili alla dominazione dei musulmani sulla città, nel 624 Maometto proclama che la vera fede è quella di Abramo, costruttore della Kaaba, e che a partire da quel giorno i credenti devono girarsi verso di essa per fare la preghiera e non più verso Gerusalemme. Così il profeta stabilisce definitivamente la sua indipendenza religiosa per rapporto ai popoli della scrittura (ebrei e cristiani) Egli non accetta altra interpretazione della parola di Dio altro che quella del Corano. Espelle definitivamente gli ebrei da Medina approfittando delle vittorie militari e del suo crescente potere nella città¹⁸.

Peraltro Maometto accorda più simpatia ai cristiani che agli ebrei. Nel 615, constatando la sua impotenza davanti al numero dei politeisti della Mecca, incoraggia una parte dei suoi fedeli ad emigrare in Abissinia ove essi trovano rifugio ed accoglienza calorosa presso il negus Al-Acham. È il primo contatto avverato dei musulmani con la chiesa cristiana, fatta eccezione dei cristiani monoteisti del Hedjaz¹⁹.

A prima vista il cristianesimo sembrerebbe ravvicinare cristiani e musulmani. Nel Corano Gesù appare fuori dallo spazio e dal tempo. Il testo insiste realmente sul miracolo della sua nascita senza padre e sulla purezza assoluta di Maria, donna particolarmente venerata in quanto è la sola il cui nome sia esplicitamente menzionato nel libro santo. Egli ha ricevuto dal cielo il Vangelo, come Mosè ha ricevuto la Tora e Maometto il Corano. Taumaturgo ed asceta egli compì dei miracoli. Ma il titolo di Messia resta un titolo d'onore senza risonanza storica. Gesù è presente solo per annunciare la prossima venuta di Maometto. Peraltro, quando per i musulmani Dio è il signore unico, per i cristiani tale mistero di un solo Dio sussiste in tre persone distinte, la Santa Trinità che il musulmano considera una deviazione politeista. I dogmi della Trinità e dell'incarnazione sembrano loro inconcepibili con il monoteismo. Essi rifiutano la crocifissione di Gesù e la spiegano con la sostituzione di Gesù con un sosia. Dato che Dio accorda il suo perdono a chi lo richiede senza l'intervento di alcun mediatore, la croce in effetti non ha più alcuna ragion d'essere. Infine, e non è poco, il dono supremo di Dio è il Corano, un libro mentre per il cristiano è il Cristo, una persona.

Le narrazioni musulmane sono dominate dai tre grandi principi seguenti: la sola e unica origine è il Corano; esiste una cristologia coranica; Gesù è uno dei profeti inviati per predicare il monoteismo ed annunciare la venuta di Mao-

¹⁸ MANTRAN 1959: 82-83.

¹⁹ CHEBEL 1999: 12-13.

metto. I musulmani attendono la sua apparizione. Ogni credente musulmano è d'accordo: giudaismo, cristianismo e islam sono una sola ed unica religione con lo stesso dogma; l'islam avrebbe ripreso le ricchezze delle due altre religioni il cui tempo di esistere sarebbe terminato. A Medina l'islam si presenta come la riforma delle due religioni alle quali i loro propri fedeli, ebrei e cristiani, furono ai suoi occhi infedeli²⁰.

Da parte cristiana ed ebraica furono fatti tentativi per interpretare il Corano in modo che si accordasse con il dogma degli uni e degli altri. Ma l'islam rimprovera ad ebrei e cristiani di aver soppresso nelle loro scritture i passaggi che annunciavano la venuta di Maometto. Le divisioni dei cristiani sono una maledizione di Dio perché hanno dimenticato una parte dell'alleanza che avevano contratto con Lui.

I tentativi di dialogo si basano su elementi comuni ad ogni fede monoteista. Il concilio Vaticano II enumera i punti in cui la chiesa guarda con stima l'islam: unico Dio, Gesù profeta, Maria madre-vergine, attesa del giudizio universale, culto della preghiera, elemosina, digiuno²¹.

B. I FONDAMENTI TEOLOGICI DELL'ISLAM

I fondamenti teologici della "religione di Dio" si basano su una triade: la fede, il culto e l'eccellenza – o l'agir bene²².

La prima parte di questo trittico è la fede "necessaria" in Dio, nei suoi messaggeri, nei suoi libri, negli angeli, nel giudizio universale, nel decreto divino.

La seconda parte è la pratica culturale che, essa stessa, si basa sui cinque pilastri ben noti e che passeremo in rivista in una maniera sommaria:

- a – La professione di fede (*chahada*) che ogni musulmano e musulmana pronuncia per affermare l'unicità di Dio e testimoniare della profezia maomettana; il musulmano pronuncia questa formula quando sente venire la sua ultima ora o prima di addormentarsi nella paura di non risvegliarsi; essa costituisce il leit-motif della sua fede.
- b – La preghiera canonica e liturgica che ritma la giornata dei credenti tramite un quintuplo appuntamento quotidiano con il Signore. Si entra per cinque

²⁰ FRITSCH 2002: 106-107.

²¹ *Idem*: 108.

²² BENCHEIKH 2001: 18-20.

volte al giorno in uno spazio-temporale sacro, dedicato ad una preghiera intima e fervente a Dio.

- c – L'elemosina legale che rappresenta un diritto divino dei poveri sui ricchi in una visione di equa divisione delle ricchezze. Essa ci rimanda alla nudità primordiale dell'uomo che viene al mondo nudo e nudo ne riparte. La ricchezza, essendo una pesante responsabilità, deve essere gestita come un usufrutto dato che, tutto sommato, l'uomo non possiede nulla.
- d – Il digiuno del mese di ramadan (*sawm*) è un digiuno diurno che implica una dimensione personale di dominio di sé; una dimensione trasversale di solidarietà e di mutua assistenza sia come un'altra di distacco e di elevazione spirituale.
- e – Il pellegrinaggio al santuario della Kaaba, (*hajj*) il tempio cubico rivestito di nero che si trova alla Mecca. Esso è un forum annuale ove i credenti, pentendosi dei propri peccati, vengono a rinnovare la loro fedeltà a Dio, invocare la sua misericordia ed implorare il suo perdono. Ed è inoltre l'occasione per riconoscersi davanti a Dio tutti uguali, in quanto fratelli. Il pellegrino se ne ritorna sempre aureolato di un alone di saggezza e di benedizione.

La terza parte del trittico è relativo al comportamento del credente: "Adora il signore Dio tuo come se tu lo vedessi perché, anche se tu non lo vedi, lui ti vede." Dato che non lo vede, deve proteggerlo tramite la sua icona, l'uomo, suo simile. Adorare Dio è dunque amare l'uomo. Pretendere di consacrare un culto puro e sincero a Dio senza transitare dal viso dell'uomo, è pura ipocrisia e manifesta menzogna. Servire Dio è dunque essere al servizio dell'umanità.

La comunità dei musulmani nel mondo è divisa in due grandi obbedienze maggioritarie in numero ma, in realtà, in tre rami "dottrinali": sunnismo, sciismo e setta dei Kharijiti.

Il sunnismo è l'insieme delle comunità che si caratterizzano dall'accento posto sulla fedeltà alla tradizione del profeta, la *sunna*.

Essa riferisce le parole di Maometto sia come i suoi fatti e gesti, ed è la misura sulla quale si giudica il comportamento del credente. Le "genti della tradizione e della comunità" come amano definirsi essi stessi – i sunniti – sono di gran lunga più numerosi. Essi rappresentano la quasi totalità dei musulmani nel mondo, circa i nove decimi. I sunniti si considerano come ortodossi in confronto allo scisma che li separò all'inizio del I secolo dell'Egira. Sono disseminati nel mondo intero.

Lo sciismo nonostante tutto non è uno scisma in quanto le divergenze all'inizio non si basano su delle questioni dogmatiche ma fanno riferimento a delle considerazioni più politiche e temporali. Gli sceiti sono i partigiani di Ali (da *shi'at*: partito). Essi stimano che la successione del profeta, prima dei due primi califfi Abou Bakr, Omar e Uthman, avrebbe dovuto spettare ad Ali suo cugino e genero, esclusivamente a lui e alla sua progenitura. Senza rimettere in causa il credo iniziale (unicità divina, autenticità del Corano e profezia di Maometto) essi venerano Ali come il "Corano vivente".

In tal modo il soffio della profezia si sarebbe perpetuato *via* (tramite) Fatima, la figlia del profeta²³. Essi formano il restante decimo nel mondo dell'islam. Lo sciismo comprende una miriade di gruppi fra cui i più noti sono i duodecimani, gli zaiditi e gli ismaeliti.

I Khairegiti (la setta dei khajregiti) sono coloro che sono "usciti" da queste due grandi tendenze e rappresentano una infima minorità molto circoscritta. Essi considerano che il potere deve essere attribuito al musulmano più degno senza tener conto delle sue origini. Rappresentano i democratici dell'Islam²⁴.

C. LA CULTURA GIURIDICA DELL'ISLAM

1. Definizione ed origine

L'espansione dell'islam al di fuori della penisola araba, la fondazione e l'organizzazione del califfato portarono a formulare il diritto, *Fiqh*, letteralmente riflessione, comprensione, intelligenza, saggezza, la *juris prudentia* dei romani. Come presso questi ultimi, ma in un senso molto più limitato, il *Fiqh* è *rerum divinarum atque humanarum notitia*, la conoscenza e la definizione delle istituzioni e delle leggi divine e umane. L'islam è essenzialmente una religione legale. Niente è lasciato all'arbitrio nè all'iniziativa del credente. Il *Fiqh* abbraccia dunque l'insieme degli obblighi che la legge coranica, *Charia* – letteralmente *via tracciata che porta a Dio* – impone al musulmano nella sua triplice qualità di credente, d'uomo e di cittadino di una teocrazia. Il Corano è stato come un "discorso sulla storia universale"; ha insegnato il mistero dei destini religiosi delle società umane. Ed ecco perché la *Charia* considerandosi interprete della rivelazione, detta lo stato familiare, il diritto penale, il diritto civile, le relazioni con i non musulmani; regola infine la vita religiosa, politica e sociale sulla quale

²³ FRITSCH 2002: 74.

²⁴ SOURDEL 1959: 75

si riserva il diritto di sorvegliare le molteplici manifestazioni e di dirigerne il ritmo complicato²⁵.

La *Charia* fornisce in effetti al musulmano le indicazioni sulla strada da seguire dal punto di vista giuridico, permettendo così il buon funzionamento della comunità musulmana. In poche parole essa definisce i rapporti fra l'uomo e Dio e fra gli uomini fra di loro nel quadro più stretto della vita quotidiana. Se desideriamo vagliare tutta la portata e le sue implicazioni nei conflitti che scuotono l'islam di oggi, non possiamo paragonarla al codice penale ereditato da Napoleone. Anche se la *Charia* presenta degli aspetti giuridici, essa è ben più complessa. Essa appare come un insieme di testi che riuniscono dei principi sia religiosi che giuridici²⁶.

In conclusione, il *Fiqh* è il diritto sacro dedotto dalla *Charia* dai giuristi musulmani chiamati *uleiman*, eruditi nella materia, teologi e moralisti molto più che giuristi-consulenti professionisti. In altre parole l'oggetto di tale disciplina è di declinare e di spiegare semplificandole l'insieme delle norme – giuridiche, sociali, culturali ecc. – contenute nella *Charia* la cui vocazione è di gestire tutti i campi dell'attività umana²⁷.

2. Le origini del *Fiqh*

Già alla fine del IX secolo, i giuristi musulmani hanno definito le due origini del diritto islamico che definiamo più comunemente con il termine di *Charia*: il Corano in primo e la *Sunna* in seguito.

Contrariamente al deuteronomo e al biblico levitico, il Corano non si presenta sotto forma di un codice; i versetti legislativi, circa 500 su un totale di 6236 (circa 8% del totale) vi sono disseminati in maniera disordinata e principalmente nelle sure di Medina che datano dall'istallazione di Maometto a Medina nel 622. D'altra parte succede che dei versetti si contraddicano²⁸.

È per questo che possiamo affermare che la quasi totalità del Corano tratta della fede e della morale, cioè della via giusta che indica le finalità da raggiungere per compiere la volontà di Dio su questa terra. È chiaro che sia ben poco per legiferare in tutti i campi della vita di una comunità che, in alcuni decenni, si è considerabilmente estesa. Per questo i dottori dell'islam si sono indirizzati verso la tradizione, la *Sunna* che riunisce gli *hadiths* – tutti i

²⁵ LAMMENS 1926: 92.

²⁶ LAFFITTE 1999: 26.

²⁷ MERVIN 2001: 64.

²⁸ BENKHEIRA 2007: 3 9.

propositi del profeta e dei suoi compagni; essa costituisce in effetti la seconda origine della *Charia*. L'elaborazione di tale raccolta – *hadiths* – ha suscitato molte controversie: districare il vero dal falso senza veramente regolare il problema per mancanza di prove incontestabili. . . Pertanto gli *hadiths* occupano un posto più importante nella *Charia* dei versetti del Corano²⁹.

Senza alcun dubbio si deve ad un giurista della fine dell'VIII secolo, Chafii (769-820) fondatore di una delle quattro scuole giuridiche tradizionali dell'islam, l'elaborazione teorica delle relazioni fra il Corano e la *Sunna* che è alla base del sunnismo. "La *Sunna* dell'inviato di Dio esplicita i significati voluti da Dio; essa costituisce un'indicazione per il senso particolare o il senso generale del discorso divino³⁰."

Non bisogna peraltro dimenticare che il Corano formula esplicitamente l'obbligo dei fedeli di obbedire a Maometto "Obbedire all'inviato, è obbedire a Dio. . ." (Corano IV, v. 80) Così per Chafii e gli uleiman sunniti che lo seguiranno in questa direzione, è il Corano stesso che enuncia il concetto della *Sunna* e riconosce l'autorità legislativa del profeta. Il fatto è che nell'islam numerose regole (probabilmente la maggior parte) sono fondate non sul Corano ma sugli *Hadiths*. Talvolta il Corano stesso non può essere interpretato senza ricorrere ad essi. Nella misura in cui la gerarchia delle origini della teoria legale islamica sembri dare la preminenza al Corano, si potrebbe concludere che quest'ultimo dovrebbe sempre predominare sul piano legale. Ora, il sistema islamico ignora l'idea della gerarchia delle norme che invece prevalgono nei diritti della tradizione occidentale. Si ha talvolta il sentimento che i giuristi musulmani diano preminenza alla *Sunna* a detrimento del Corano. Per esempio, quando il Corano (Corano 2, v. 282) ordina di registrare per iscritto i debiti davanti a testimoni, la legge islamica non riconosce nullamente allo scritto il valore di una prova e gli preferisce la testimonianza orale³¹.

La preghiera si effettua cinque volte al giorno secondo la *Sunna*, mentre nel Corano è prescritta per tre volte solamente.

Malgrado ciò tale sforzo non è bastato a stabilire un insieme giuridico paragonabile all'immenso impero conquistato dai successori del profeta. Sul Corano e sulla *Sunna* poco a poco si è innestata la giurisprudenza, *fiqh*, diritto elaborato o scienza della legge effettuato dai dottori della legge per adattare i testi sacri ai diversi contesti culturali e ai problemi attinenti.

Tale ricerca alle risposte adattate ai bisogni della vita religiosa ma anche sociale e politica, nella fedeltà al Corano e alla *Sunna*, si basa su un principio

²⁹ LAFFITTE 1999: 26.

³⁰ YOUNIS 1997: 106-107.

³¹ BENKHEIRA 2007: 39.

fondamentale del diritto musulmano: *l'ijtihad*, indispensabile sforzo d'interpretazione dei precetti dell'islam che permettono ai credenti di vivere in armonia con i tempi³².

Ma le prove giuridiche sotto forma di testi (Corano e *Sunna*) contengono una marea di sottigliezze che non possono essere apprezzate a lor giusto valore che da un saggio che abbia raggiunto il più alto livello della scienza.

A partire da quel momento fu ammesso che diventava possibile risolvere dei nuovi casi applicando loro delle regole stabilite per analoghe fattispecie. È così che la *Qivas*, analogia, è diventata una nuova origine di diritto. Prendiamo un esempio concreto: l'assunzione di vino è vietata da un versetto coranico (Corano 5, v. 90): è il caso-base per il quale esiste una norma: la ragion d'essere di tale divieto risiede nel fatto che il vino procura ebbrezza. Per analogia ogni bevanda che procuri ebbrezza è illecita³³.

Al fine di evitare ogni possibilità di dissenso interpretativo si è ricorso al *ijma* "consenso unanime" dei dottori della legge di una stessa generazione, capaci di esercitare *l'ijtihad* su un dato caso³⁴.

Questa quarta origine è stata basata dai giuristi musulmani su degli *Hadiths* attribuiti al profeta fra cui il seguente: "La mia comunità non si metterà d'accordo su un errore³⁵."

Infine, in assenza di qualsiasi "*nass*", testo del Corano o della *Sunna*, antecedenti e riconosciuti dall'*ijma*, i creatori del *fiqh* sono stati obbligati a ricorrere al *ravi*, giudizio umano a carattere razionale.

Ma è stato inteso che questo ricorso sarà eccezionale e non spetterà al *ravi* di essere considerato come una quinta origine³⁶.

La moltiplicazione delle opinioni giuridiche condurrà, a partire dall'VIII secolo, allo sviluppo di quattro grandi scuole giuridiche la cui influenza si fa sentire ancora oggi: la scuola di Abou Hanifa (anafita), la scuola di Malik (malichita), la scuola di Al Chafii (chafiita) e la scuola di Ibn Hanbal (anbalita). Queste scuole si ispirano alle stesse origini e mirano gli stessi obiettivi. Ben lungi dall'essere delle entità settarie o scismatiche, esse si ispirano le une dalle altre e si completano. Certi imam come Abou Hanifa non ammettono che il hadith autentico, mentre altri come Ahmad Ibn Hanbal prediligono il hadith non-autentico all'opinione personale. Le principali differenze fra le scuole

³² LAFFITTE 1999: 26.

³³ MERVIN 2001: 80.

³⁴ YOUNIS 1997: 109.

³⁵ LAMMENS 1929: 104.

³⁶ LAMMENS 1926: 94-95.

giuridiche provengono dal fatto che le origini secondarie non hanno la stessa importanza (analogie, consensi, giudizio personale...)³⁷

Il diritto islamico è quindi il risultato di questo lavoro d'interpretazione e di codificazione delle origini dell'islam effettuate dai giuristi musulmani fra il VII e il IX secolo. Quest'opera è rimasta relativamente stereotipata da tale epoca, in particolare nell'islam sunnita, a seguito di ciò che è stato chiamato "la chiusura delle porte dell'*ijtihad*" avendo, il mondo musulmano, considerato per delle ragioni sia politiche che religiose, che l'essenziale delle interpretazioni erano state stabilite a quell'epoca³⁸.

In effetti dopo la chiusura dell'*ijtihad* e fino all'epoca attuale il diritto islamico è stato regolamentato dai trattati del *fiqh*. Per tutti i casi nuovi e complicati, si è fatto ricorso alla "fatwa", giudizio religioso espresso da un giurista – consulente preposto a tale scopo e conosciuto sotto il nome di *mufti*. Il *mufti* non innova nullamente; egli si accontenta di spiegare e di rendere applicabili ai casi particolari le prescrizioni dei trattati del *fiqh* (giurisprudenza)³⁹.

Il *Fiqh* ha diviso in cinque categorie le azioni umane sulla base degli insegnamenti del Corano e della *Sunna*: obbligatorie (*wajib*); raccomandabili (*mustahabb*); lecite (*jaiz, mubah*); repressibili o biasimevoli (*munkar*); vietate (*haram*). Tale classifica è stabilita in funzione della sanzione o della ricompensa alla quale il credente si espone secondo che egli compia o no l'atto in merito. Per esempio il non-compimento di un atto obbligatorio come la preghiera conduce ad una sanzione; un atto lecito è neutro e, dunque, non provoca sanzione nè ricompensa che sia effettuato o no⁴⁰.

3. Contenuto del Fiqh

Un manuale del *Fiqh* contiene vari generi di prescrizioni e di norme dapprima su delle regole circa le materie che noi chiamiamo abitualmente diritto: status personale (matrimonio, divorzio, successione) contratti, procedure, diritto penale, diritto della guerra, diritto internazionale, ecc. Ma anche delle regole di culto come quelle che trattano dei cinque pilastri dell'Islam, prescrizioni alle quali bisogna aggiungere diverse regole alimentari o di culto (funerali, voti, ecc.); l'insieme di tali regole di culto è raggruppato sotto il termine di *ibadat* per opposizione ad altre regole che sono dette le *mu'amalat*. Troppo sovente si esclu-

³⁷ YOUNIS 2001: 109-110.

³⁸ LAFFITTE 1999: 26-27.

³⁹ YOUNIS 1997: 111.

⁴⁰ MERVIN 2001: 78.

dono le prescrizioni di culto dallo studio del diritto musulmano. Esse fanno parte pertanto del diritto musulmano; esse provengono dalle stesse origini, con gli stessi metodi. Nella stessa maniera il diritto canonico cristiano, del quale non si è mai negato il carattere giuridico, comprende delle regole organizzative a fianco delle regole di culto. I *mu'amalat* non comprendono solamente le regole giuridiche non di culto, ma anche le regole di buona educazione, di morale, dei consigli di ogni genere come per esempio l'incoraggiamento all'equitazione o al tiro con l'arco. Un trattato di *fiqh* è un codice di condotta che si vuole completo. Il credente deve conoscere esattamente il suo dovere in questo basso mondo e guadagnarsi quindi il paradiso. Il diritto musulmano comprende anche da tempo lo studio della metodologia che, secondo la sua propria teoria, permette di passare dalle origini (Corano, Sunna) alle differenti regole giuridiche.

CONCLUSIONE

La *Charia* comporta regole rigide, invariabili e regole flessibili potendo adattarsi a tutti i livelli sociali e a tutte le circostanze.

Il *Fiqh* è lo strumento di adattamento di tali regole ai differenti problemi e fatti sociali. Le origini fondamentali del diritto musulmano sono in principio il Corano e la *Sunna*. A parte il consenso nato all'epoca dei compagni del profeta, il *Fiqh* ha dedotto dal Corano e dalla *Sunna* degli strumenti di analisi e d'interpretazione che divengono essi stessi origini del diritto.

Ogni persona che non studi la *Aqida* non può conoscere Dio. Nella stessa maniera, ogni persona che non studi il *Fiqh* non può sapere in quale maniera adorare il suo signore. È per questo che, al fine di adorare Dio, sia primordiale conoscere la metodologia. Quest'ultima è insegnata dal *Fiqh*. Per esempio, al fine di compiere uno dei pilastri più importanti dell'islam, la preghiera, è obbligatorio fare le abluzioni. Ora è possibile che ci sia una mancanza, una dimenticanza nel compierle. La scienza del *Fiqh* insegna la metodologia al fine di effettuare le abluzioni senza alcuna trasgressione.

Conoscere le scienze del *Fiqh* è dunque una necessità per ogni musulmano; l'Islam non lascia scelta! Il musulmano è tenuto a conoscere il *Fiqh* al fine di preservare i suoi atti di adorazione e le sue azioni virtuose. Una regola nell'islam dice: "l'ignoranza non è una scusa per l'ignorante." Davanti a Dio non sarete dunque scusati dell'ignoranza di un atto.

GLOSSARIO

Sira	=	biografia del profeta
Charia	=	legge islamica
Jihad	=	la lotta sulla strada del Signore
Mujahid	=	combattente
Sunna	=	la tradizione
Fiqh	=	giurisprudenza
Hadiths	=	i propositi del profeta e dei suoi seguaci
Ijtihad	=	interpretazione
Ijmâ	=	il consenso unanime
Rayi	=	opinione giuridica
Aqida	=	dottrina

BIBLIOGRAFIA

- BENCHEIKH Ghaleb, 2001. *Alors, c'est quoi l'islam ?*, Paris : Presses de la Renaissance.
- FRITSCH Laurence, 2002. *Islam : Foi et Loi*, Paris : Pocket.
- LAMMENS Henry, 1929. *L'islam : Croyances et institutions*, Beyrouth : Imprimerie Catholique.
- MANTRAN Robert, 1995. *L'expansion musulmane (VII^e-XI^e siècle)*, 5^e éd., Paris : PUF (Coll. Nouvelle Clio) [1^{re} éd. 1969].
- MERVIN Sabrina, 2002. *Histoire de l'islam : Fondements et doctrines*, Paris : Flammarion (Coll. Champs UNIVERSITÉ).
- SOURDEL Dominique, 1959. *L'islam*, Paris : PUF (Coll. *Que Sais-Je?*).
- YOUNIS Tawfiq, 2001. *Islam*, Paris : Editions France Loisirs, traduit de l'italien par Joëlle Mnouchkine.

Numéros spéciaux sur l'Islam

- BENKHEIRA Mohammed, 2007. "La Loi au-delà du Coran", «Le Monde des Religions», n° 25, septembre-octobre, 39-41.
- CHEBEL Malek, 1999. "Les trois vies de Mahomet", «Historia spécial», n° 62, novembre-décembre, 10-15.
- LAFFITTE Serge, 1999. "La Charia, le Coran au quotidien", «Historia spécial», n° 62, novembre-décembre, 26-27.
- MARTINEZ-GROS Gabriel, 2001. "Mahomet, le prophète guerrier", «L'Histoire», n° 260, décembre, 34-43.

CULTURA CANONICA E CULTURA GIURIDICA EBRAICA

*Andrea Zanotti**

SOMMARIO: 1. Le civiltà giuridiche e il tempo: le dinamiche evolutive. – 2. Immutabilità del diritto divino e dinamiche evolutive: la diversità delle risposte ebraica e canonica tra interpretazione e codificazione. – 3. La veridicità dell'opera interpretativa: la convergenza sulla necessità di una garanzia gerarchica. – 4. La centralità della tradizione. – 5. Le civiltà giuridiche e lo spazio: l'atteggiarsi dell'universalismo nelle culture ebraico-canonica e gli steccati tracciati dalle giurisdizioni nazionali. – 6. La secolarizzazione ed il superamento degli stati. Inediti spazi di espansione dell'universalità? – 7. Umanesimo e salvezza.

1. LE CIVILTÀ GIURIDICHE E IL TEMPO: LE DINAMICHE EVOLUTIVE

Censire convergenze e dissonanze tra la cultura giuridica ebraica e quella canonica – della quale molto darò per conosciuto e scontato, visto il contesto nel quale sono invitato a parlare – in un margine così breve sarebbe impresa disperante e senz'altro azzardata: più utile forse, allora, confrontarsi con i punti chiave con i quali ogni civiltà, giuridica e non, è costretta a fare i conti. E le colonne d'Ercole con le quali ogni comunità umana deve necessariamente misurarsi sono rappresentate dalle categorie dello spazio e del tempo, veri assi portanti che delimitano la sfera d'espansione sia dei soggetti collettivi sia di quelli individuali. Il diritto non sfugge certo a queste due variabili, che ne determinano orientazioni e architetture; e che ne forgianno, nondimeno, gli istituti e i principi primi. Se tale esercizio è interessante per qualsiasi universo giuridico – che incide su di un determinato territorio e che è chiamato ad interpretare e dare ordine al flusso incessante della storia e delle nuove contingenze che in essa si inaugurano – lo è ancor più per questi due ordinamenti – l'ebraico ed il canonico – che hanno attraversato millenni e sono stati testimoni ed interpreti di rivoluzioni e rivolgimenti grandiosi: e che si collocano, per loro stessa natura ontologica e fondativa, in una prospettiva non già particolare, ma universale. Ed è forse questa connotazione originaria a far

* Università di Bologna.

sì che entrambe siano stati e siano irriducibili alla forte suggestione esercitata dal giuspositivismo ed al rigore geometrico della dogmatica sulla quale si è cristallizzata, tra Otto e Novecento, la scienza giuridica¹. Beninteso, entrambe questi ordinamenti hanno prodotto un grado di astrazione – particolarmente rilevante per quanto riguarda il diritto canonico, il quale ha dato vita ad un codice (anzi due nel corso dello stesso secolo XX) che può essere tranquillamente confrontato, dal punto di vista formale, con altre codificazioni secolari² – in grado non solo di qualificarli a pieno titolo come ordinamenti primari, ma di conferire loro il crisma, nei contenuti normativi, della razionalità giuridica: elemento quest’ultimo, posto in discussione da esponenti non secondari della dottrina negli due ultimi secoli³. La razionalità delle norme e delle decisioni assunte e la loro efficacia nell’interpretare il mutamento delle variabili di spazio e tempo, poi, sono sostenute, in questi due ordinamenti a base religiosa, da riferimenti scritturali e teologici capaci di rendere le norme non solo adeguate a risolvere i conflitti, ma di collocarle altresì in un contesto in grado di dotarle di senso, rivelando così, in questa prospettiva, una maggiore ricchezza di quella palesata dalla trama dei diritti secolari. Così un grande interprete del diritto ebraico – Robert Cover – poteva affermare che *“In questo mondo normativo, il diritto e la narrazione sono inscindibilmente legati tra loro. Ogni prescrizione esige di essere collocata all’interno di un discorso – ossia di essere fornita di una storia e di un destino, di un inizio e di una spiegazione. Allo stesso modo, ogni narrazione esige di essere compresa da una prospettiva prescrittiva”*⁴. Questo orizzonte implica necessariamente l’idea di una continuità: essenziale sia per il diritto canonico sia per il diritto ebraico che conoscono, beninteso, logiche evolutive ma che non contemplano rotture o crisi radicali, come spesso registriamo, nella storia dei diritti secolari, nei cambi di paradigma avvenuti, ad esempio, tra universo romanistico e barbarico, tra medioevo e modernità, tra assolutismi monarchici e avvento delle democrazie.

¹ Cfr., per tutti, G. HOROWITZ, *The Spirit of Jewish Law*, New York, 1953; P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Milano, 1962. Così anche S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Torino, 1995, pp. 63 e ss.

² C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, 1999, p. 250 e ss.

³ Cfr. in proposito, sia pure secondo impostazioni metodologiche e punti d’osservazione ideologici assai diversi: M. WEBER, *Economia e società, III: Sociologia del diritto*, Milano, 1995, pp. 130 e ss.; C. BECCARIA, *De’ delitti e delle pene e Commento di Voltaire. Introduzione di R. Rampioni*, Roma, 2012, p. 4; G. PADELLETTI, *Roma nella storia del diritto*, in *Archivio Giuridico*, XII, 1874, pp. 191 e ss.; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1975, pp. 220 e ss.

⁴ R. COVER, *Nomos e Narrazione. Una concezione ebraica del diritto*. A cura di M. GOLDONI, Torino, 2008, p. 18

2. IMMUTABILITÀ DEL DIRITTO DIVINO E DINAMICHE EVOLUTIVE: LA DIVERSITÀ DELLE RISPOSTE EBRAICA E CANONICA TRA INTERPRETAZIONE E CODIFICAZIONE

Calati in questo contesto, il diritto ebraico e il diritto canonico assumono la sfida del tempo entro margini strettissimi di movimento. Da un lato, infatti, essi devono fare i conti con la fissità segnata da un diritto rivelato: che sfugge, proprio perché proviene da fonte non umana, alla disponibilità degli uomini, connotandosi così di una peculiare immutabilità; che viene dato in un momento storico determinato e molto risalente; che custodisce in sé l'ordine della completezza⁵. Certo il diritto, nelle due culture giuridiche, assume fisionomie e contorni diversi: meno centrale, nella visione cristiana, e di servizio il canonico; essenziale nella visione ebraica. D'altra parte, la Legge è il modo con il quale Dio testimonia la propria presenza nella storia: e questo assunto non fa apparire eccessivo l'adagio secondo il quale la *Torah* sarebbe addirittura la figlia che *Javhè* ha donato in sposa al popolo d'Israele⁶. Diversi anche il metodo attraverso il quale la Rivelazione arriva agli uomini ed i contenuti. Nelle fonti ebraiche i primi cinque libri (Pentateuco) sono stati rivelati direttamente da Dio a Mosè sul Monte Sinai; mentre gli altri libri del *Tanach* (Bibbia) sono divinamente ispirati, ma non direttamente rivelati. Riguardo poi ai contenuti, il Pentateuco racconta e norma i rapporti sia tra Dio e gli uomini, sia quelli tra gli uomini stessi che quelli tra gli uomini e le cose, sostanziando le 613 *mizvòt*: i precetti cioè che l'ebreo deve rispettare⁷. Gli altri libri profetici e agiografici del *Tanach*, invece, non aggiungono nuovi precetti, ma richiamano e ribadiscono gli insegnamenti del Pentateuco, esortando il popolo d'Israele a camminare sulle strade del Signore⁸.

Ricercheremo invano qualcosa di simile nel Nuovo Testamento: nelle pagine evangeliche il tasso di precettività è basso: il loro interesse focale non è appuntato sul rispetto della legge – angolo prospettico, questo, che risulta spesso totalmente ribaltato dalla metanoia inaugurata da Gesù rispetto alla tavola di fondazione dell'ebraismo – ma sulla vita e gli insegnamenti di una persona, Gesù Cristo, e di coloro, in particolare gli Apostoli, che ne hanno

⁵ S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Bologna, 2002, pp. 110-112

⁶ Su ciò vedasi: B.A. HOLDREGE, *The Bride of Israel. The Ontological Status of Scripture in the Rabbinic and Kabbalistic Traditions*, in M. LEVERING (a cura di), *Rethinking Scripture. Essays from a Comparative Perspective*, New York, 1989, pp. 180 e ss.

⁷ A. M. RABELLO, *Israele. Diritto ebraico (I agg.)*, in *Leggi d'Italia*, Milano, Wolters Kluwer – edizione elettronica, 2011, p. 1

⁸ *Ibidem*

condiviso l'umana avventura. I Vangeli, libri ispirati ma non direttamente rivelati da Dio, sono la testimonianza dell'incarnazione: ed è a questo dato che va rapportato il basso profilo giuridico delle proposizioni in essi contenute⁹. Queste fonti non contengono norme in grado di organizzare l'attività dei fedeli o guidarne le condotte nel quotidiano: toccherà all'autorità umana distillarne i precetti indispensabili per dare concretezza giuridica e consistenza storica alla confessione cristiana e per costruire la Chiesa. Ed è questo uno dei punti nodali del nostro procedere: ogni comunità umana – e dunque anche le comunità religiose – ha bisogno del diritto per durare nel tempo, per affrontare i problemi che il mutare delle epoche sottopone volta a volta all'urgenza del cambiamento; e i mutamenti della storia accompagnano il diverso atteggiarsi delle lingue, delle antropologie, la percezione dei fenomeni che accadono intorno a noi. Come può un diritto rivelato, fisso, immutabile, completo, universale, adattarsi, piegarsi e cogliere esigenze così diverse? E a maggior ragione, questa domanda si pone oggi nell'urgenza dettata da una accelerazione della storia che assume proporzioni ormai geometriche. Le risposte delle due culture giuridiche sono assai diverse: il diritto ebraico affida le proprie capacità evolutive all'interpretazione¹⁰, mentre il diritto canonico, ferma restando l'immutabilità e la sovraordinazione del diritto divino, affida al diritto umano ed alla possibilità di legiferare la sua carica dinamica¹¹. A ben vedere, anche nella storia del diritto ebraico ci fu un periodo – quello che va dal ritorno da Babilonia fino alla distruzione del Tempio ad opera di Tito (70 d.C.) – nel quale si registra l'emissione di importanti disposizioni da parte di Saggi i quali fondavano la loro autorità nel diritto biblico. Per esso potevano stabilire dei "rimedi giuridici" (*takanòt*) ed emanare decreti (*ghezeròt*)¹². La situazione cambia radicalmente dopo la già accennata distruzione del Tempio di Gerusalemme e l'inaugurazione di quella diaspora che porterà il popolo ebraico a disperdersi ai quattro angoli del mondo. È l'insieme di questi fattori che porta alla cristallizzazione delle tradizioni e del diritto per evitare che andassero perduti o si contaminassero: e per dare corpo a questa intenzione i Maestri più grandi e riconosciuti diedero origine alla *Mishnà*¹³. La sequela dei Maestri della *Mishnà* (Maestri *Tannaim*), prende origine da Simeone il Giusto (prima generazione) e si chiude con Rabbi Jehudà e Rabbi Natàn (esponente della quarta generazione, morto nel 170)¹⁴.

⁹ S. FERRARI, *Op. cit.*, p. 132 e ss.

¹⁰ M. ELON, *Jewish Law. History, Sources, Principles*. Philadelphia-Jerusalem, I, 1994, p. 242

¹¹ In questo senso, P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico*. Edizione italiana curata da G. LO CASTRO, Milano, 1984, pp. 79 e ss.

¹² Così A.M. RABELLO, *Israele. Diritto ebraico (I agg.)* cit., p. 2

¹³ H. DANBY, *The Mishnah*, Oxford, 1933, p. XX e ss.

¹⁴ Cfr. A.M. RABELLO, *Israele. Diritto ebraico (I agg.)* cit., p. 3

La *Mishnà*, compilata dunque nel lasso di tempo di circa un secolo, costituisce una sorta di pietra miliare nella costruzione del diritto ebraico ed è, a suo modo, considerata un'opera a carattere codificatorio, dal momento che riporta una quantità ingente di tradizioni e indirizzi (anche minoritari) che segnano un punto fermo nell'attività interpretatoria. Il corpo dell'opera, diviso in sei Ordini, articolati in sessanta Trattati, fu oggetto di studio e commento nelle accademie talmudiche che erano nel frattempo fiorite sia in Giudea e Galilea che in Babilonia. Le molteplici generazioni di Maestri di *Talmud* (letteralmente *studio*) che si sono succedute tra il III e V secolo, erano tutte intese a spiegare e discutere la *Mishnà*, a focalizzare le fonti bibliche dalle quali scaturivano le norme contenute (*Halachà*) e a ricercare, nelle discussioni riportate, lo spazio e lo spunto per soluzioni innovative¹⁵. Questo lavoro imponente dei Maestri *Amoraim* ha dato origine, come noto, a due versioni del *Talmud*: quella palestinese (*Erez Israel*) e quella babilonese. La redazione del *Talmud* di Babilonia risulta più vasta e completa: dato anche che la sua stesura ha impiegato quasi un secolo in più (l'ultima rielaborazione di Ravina II si chiude nel 499). È quindi comprensibile come – dopo la revisione generale cui l'opera fu sottoposta alla metà del VI secolo dai maestri che succedettero agli *Amoraim*, e cioè i *Saboraim* – questa versione del *Talmud* si sia affermata definitivamente come la più completa e seguita¹⁶. In esso – a differenza della *Mishnà* che presenta una forma espositiva – l'andamento si palesa come il procedere di un verbale delle discussioni avvenute intorno alla *Mishnà*, esaminata paragrafo per paragrafo: e si qualifica come una compilazione omnicomprensiva della Legge orale, divenuta vincolante per i Saggi (i Maestri di *Talmud* sono ancora oggi chiamati *Chazal*, cioè, appunto Saggi) non meno che per il popolo ebraico. Nessuna decisione pratica, nessun responso rabbinico si apre ancora oggi senza la citazione della fonte talmudica cui si attaglia la fattispecie in oggetto¹⁷. Alla fine di questa lunga gestazione, dunque, si fissa un sistema di fonti primarie formato dalla *Thorà*, dalla *Mishnà* e dal *Talmud*: a questa piramide si dovrà rifare ogni decisore successivo, che necessariamente compulserà e confronterà dialetticamente le interpretazioni già intervenute prima di operare una nuova sintesi ed esplicitare la propria scelta. Sarà solo dall'opera di interpretazione sull'interpretazione, dunque, che nasceranno e si legitimeranno le dinamiche evolutive dell'ordinamento ebraico. È questa complessità crescente a far sì che per orientarsi dentro

¹⁵ H.H. COHN, *The Secularization of Divine Law*, in H.H. COHN (a cura di), *Jewish Law in Ancient and Modern Israel*, Ktav, s.l., 1971, pp. 1-49 e segnatamente pp. 26 e ss.

¹⁶ Cfr. G. STEMBERGER, *Il Talmud. Introduzione, testi, commenti*. Traduzione di D. Moretti, Bologna, 2008, p. 15 e ss.

¹⁷ A.M. RABELLO, *Israele. Diritto ebraico (I agg.)* cit., p. 5

al *mare magnum* del *Talmud* e delle sue molteplici accezioni bisognasse disporre di una competenza davvero speciale: e pur dando per acquisito il carattere autoritativo di questa fonte che indicava a tutti quale fosse la *Halachà* da seguire, si cominciarono così a formare scuole con propri indirizzi e Maestri, sotto la guida dei quali il diritto ebraico ha conosciuto, sul torno del primo millennio, una sistematizzazione derivante dalla loro opera di interpretazione teorica e pratica. In questo senso – e solo in questo senso improprio – si può affermare che il diritto ebraico ha conosciuto un processo di “codificazione”: vuol dire la riconduzione ad un ordine sistematico del diritto talmudico – che raccoglieva ormai un materiale eterogeneo ed estesissimo accumulato per sedimentazioni progressive – in base al quale stabilire quali fossero le regole in vigore che si sovrapponevano nella successione spazio-temporale. Alcuni interpreti di questa lunga stagione del diritto ebraico splendono come stelle nel firmamento della cultura giuridica: i nomi di Rav Ghersòm, Rabbi Shelomò Ben Izchak, Maimonide, Jaacov Ben Asher, Rabbi Josef Caro, solo per stare ad alcuni esempi, appartengono non solo alla storia del diritto ebraico, ma, *tout court*, alla storia del diritto e della cultura. Josef Caro (1488-1575) è l’ultimo grande compilatore e compendiatore di questo ordinamento e le glosse alla sua fondamentale opera *Shulchan Aruch* si spingono fino a lambire un’altra grande stagione della vita ebraica moderna: quella della emancipazione¹⁸.

Ma a ben vedere, come già abbiamo accennato in precedenza, questo processo di scavo in estensione e profondità che il diritto ebraico ha conosciuto, non è consistito in un’opera codificatoria così come noi la intendiamo: ma piuttosto nel perfezionamento e nel sofisticato compimento di quello strumento di adattamento alle diverse stagioni della storia umana che la cultura giuridica ebraica individua nell’interpretazione.

Totalmente diverso il destino del diritto canonico, che abbiamo detto conoscere nel suo sistema di fonti giuridiche la sfera intangibile del diritto divino: la quale sostanzia la tavola di fondazione immutabile della Chiesa, ne fissa norme fondamentali, principi impreteribili e valori irrinunciabili; ma che, nondimeno, postula la possibilità di legiferare per i soggetti umani – personali o collegiali – dotati della necessaria capacità. Dunque, nel sistema appare un movimento dinamico più accentuato: da un lato, il diritto divino appare suscettibile – similmente al diritto ebraico, per la cui fede tutto deve ancora compiersi – sempre di nuovi approfondimenti in grado di svelarne progressivamente ambiti originali ed angoli prospettici inediti di cui si nutre il magistero ecclesiastico, dall’altro il diritto umano si pone come cinghia di trasmissione e strumento di integrazione

¹⁸ Cfr. M. ELON, *Jewish Law. History, Sources, Principles*. cit., IV, pp. 1562 e ss.

del diritto divino, adattando così l'ordinamento della Chiesa alle mutevoli esigenze della comunità cristiana¹⁹. Certo anche il diritto canonico ha conosciuto un notevolissimo sviluppo della sua parte dottrinale e giurisprudenziale, tanto straordinario da influenzare tutta la cultura giuridica occidentale; ma la sua capacità di interpretare la categoria del tempo si è affidata largamente all'opera legislativa del diritto umano o ecclesiastico.

Chi getti uno sguardo anche superficiale alla teoria delle fonti del primo secolo cristiano, lo spazio più rilevante è occupato dal diritto divino²⁰, anche se va tenuto presente come il diritto divino sia fortemente intrecciato all'intervento umano: ragione per la quale la conoscenza del diritto divino si realizza progressivamente, nutrendosi delle esperienze storiche in cui concretamente si muove la Chiesa pellegrina²¹. In sostanza, non possiamo pensare al diritto divino ed al diritto umano come due comparti rigorosamente distinti, come due elementi chimicamente puri e non mescolabili: ma, viceversa, "questa dialettica tra il dato rivelato e la sua traduzione storica risponde alla logica dell'incarnazione che contraddistingue fin dal suo momento costitutivo la religione cristiana²²." Certo nella sua produzione – che diventa via via più copiosa nei secoli successivi, infittendosi di canoni conciliari e di decretali pontificie – il diritto umano conosce il limite invalicabile del diritto divino: e la stessa razionalità delle norme si ricava dall'essere il riflesso della volontà divina; tuttavia è senza dubbio una Chiesa del diritto quella che si affaccia all'avventura del secondo millennio²³. Con una singolare coincidenza temporale che lo accomuna al diritto ebraico, anche l'opera di sistemazione del diritto canonico (la sua cosiddetta età aurea) si inverte subito dopo il mille: e celebra il proprio punto apicale nell'opera di Graziano, la *Concordia discordantium canonum*, che raccoglie e classifica secondo un'inedita ermeneutica giuridica il materiale accumulato nei secoli precedenti²⁴. Esso non si sostanzia – come abbiamo visto essere invece per il diritto ebraico –

¹⁹ R. SOBÁNSKI, *Immutabilità e storicità del Diritto della Chiesa: Diritto divino e Diritto umano*, in J. I. ARRIETA e G. P. MILANO (eds.), *Metodo, fonti e soggetti nel diritto canonico*, Città del Vaticano, 1999, 364-486

²⁰ P. ERDŐ, *Dimensioni giuridico-canoniche del dialogo tra ebrei e cristiani di fronte alle sfide comuni attuali*, in *Apollinaris*, 07/LXX/3-4, pp. 589-602: qui, segnatamente, p. 593.

²¹ S. BERLINGÒ, *Diritto divino e diritto umano nella Chiesa*, in *Il diritto ecclesiastico*, I, 1995, pp. 50 e ss.; G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Bologna, 1984, p. 65; H. PREE, *The Divine and the Human of the Ius Divinum*, in *In diversitate unitas*, Leuven, 1997, p. 39.

²² S. FERRARI, *Op. cit.*, p. 169; cfr., sul punto, anche G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico*, IV Ed., Torino, 2014, p. 55-56

²³ G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, Bologna, 1976, pp. 85 e ss.; W. PLÖCHL, *Storia del diritto canonico*, II, Milano, 1963, pp. 476 e ss.; F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, Milano, 1954, pp. 391 e ss.

²⁴ Cfr. G. LE BRAS, *Le triomphe de Gratien*, in *Studia Gratiana*, I, Bologna, 1953, pp. 3-14

in interpretazioni: ma in un vero e proprio armamentario normativo emanato da pontefici e concili che conteneva contraddizioni ed aporie che andavano “concordate”. Naturalmente in Graziano non troviamo solo fonti normative: ma i suoi *dicta* alimentano la dottrina, così come le notizie e le osservazioni sulla Chiesa dell’epoca costituiscono elementi preziosi per l’ecclesiologia e la storia. Si può senz’altro affermare come il suo *Decretum* – come ribattezzarono la *Concordia canonum discordantium* già i contemporanei per l’autorevolezza immediatamente acquisita – ed il movimento che da lì si dispiega, si ponga come un grande crocevia: esso da un lato mette ordine nello strumentario in grado di porre in relazione armonica diritto divino e diritto umano, dettando i ritmi e i regoli dell’attività legislativa della Chiesa, nonché le relative attribuzioni e prerogative giurisdizionali; dall’altro segna il punto di svolta nel quale la Chiesa prende consapevolezza definitiva della centralità dello strumento giuridico nella costruzione della società cristiana: e, come noto, la sequela dei grandi pontefici medioevali annovera in misura non secondaria figure di canonisti di primissimo piano²⁵. Da qui in avanti l’autorità di straordinarie figure di giuristi poi divenuti pontefici legislatori sarà tale da rendere, di fatto, superflua l’elaborazione dottrinale che tenderà nel tempo ad appiattirsi sulla mera esegesi dei testi legislativi: e questa fase storica toccherà il proprio apice nell’epoca del Tridentino e della Controriforma²⁶. Questo processo è destinato a consolidarsi ulteriormente nei secoli successivi, sino a qualificare il diritto canonico – rispetto all’ebraico – come un diritto di produzione legislativa. Mentre questa prerogativa, affidata alla casta sacerdotale ancora fino all’esistenza del Tempio di Gerusalemme, è venuta meno nel diritto ebraico, essa, già ontologicamente presente nella Chiesa delle origini, si è andata ampliando e potenziando nello *ius Ecclesiae*, fino a differenziare e caratterizzare due civiltà giuridiche ormai totalmente distinte.

Nella fase storica attuale, invece, che vede un notevole fermento legislativo non sempre sostenuto da una pari sapienza giuridica, la ripresa di un’attività dottrinale qualificata e a servizio del legislatore sarebbe del tutto auspicabile²⁷: ed anzi, in questa direzione, la cultura giuridica ebraica potrebbe dare, proprio in virtù dell’assoluta rilevanza nel proprio sviluppo dell’attività interpretativa, stimoli ed indicazioni preziose all’universo canonistico.

²⁵ Così G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, T.I, *Lo jus publicum ecclesiasticum*, Padova, 1987, pp. 35 e ss.

²⁶ C. FANTAPPIÈ, *Op. cit.*, pp. 161 e ss.

²⁷ Cfr., in questo senso, G. BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi*. (Parte terza), in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica» (www.statochiese.it), n. 11/2016 21 marzo 2016, pp. 1-82 e, segnatamente, pp. 70 e ss.

Così questi due universi giuridici hanno elaborato strumenti e strategie completamente difforni per confrontarsi con la categoria del Tempo e per resistere alla sua usura: la via interpretativa per la civiltà giuridica ebraica, la via legislativa per la civiltà giuridica canonica.

È probabilmente questa una delle ragioni per le quali il diritto della Chiesa ha prodotto un alto grado di formalizzazione, caratteristica che lo rende suscettibile di essere posto a confronto – in misura più elevata e convincente rispetto agli altri diritti a base religiosa – ai diritti secolari²⁸. Essi d'altronde sono debitori al diritto canonico di molti materiali di costruzione con i quali si sono andati edificando²⁹.

3. LA VERIDICITÀ DELL'OPERA INTERPRETATIVA: LA CONVERGENZA SULLA NECESSITÀ DI UNA GARANZIA GERARCHICA

Se è vero che le due civiltà giuridiche qui a confronto hanno scelto modalità diverse per assumere il mutamento, vero è anche che condividono invece la necessità per la quale sia l'attività interpretativa sulle fonti in un caso, sia l'attività legislativa, nell'altro, conoscano una *reductio ad unum*: una sorta di garanzia che ponga il sigillo dell'ortodossia sull'evoluzione del sistema. Nel diritto ebraico questo risultato è stato raggiunto ponendo, nel metodo interpretativo, una regola autoritativa. Essa funziona come una sorta di percorso a sbarramenti successivi che non possono essere elusi. Abbiamo già visto che la Legge orale, data secondo la tradizione ebraica a Mosè sul Sinai insieme alla Legge scritta, è stata raccolta e, per così dire codificata nella *Mishnà*, da Maestri che erano ancora in rapporto diretto con i grandi sacerdoti del Secondo tempio – i Maestri *Tannaim* – la cui autorità derivata e l'autorevolezza acquisita era tale da impedire ogni dubbio sulla legittimità e verità della loro opera interpretativa³⁰. Questo dato si pone già come non superabile a coloro che saranno chiamati a contribuire alla redazione del *Talmud*, cosicché per un *Amorà* – compilatore del *Talmud* sia nella edizione palestinese che babilonese – non era possibile contraddire un *Tannà*; e, a cascata, ai *Saboraim*, maestri revisori della redazione finale del *Talmud* babilonese, non era concesso contraddire l'interpretazione degli *Amoraim* di cui si intesse il *Talmud*. La chiusura del *Talmud*, considerato testo autoritativo e che

²⁸ M. WEBER, *Op.cit.*, p. 149-151

²⁹ Cfr., in proposito, G. BONI-A. ZANOTTI, *Il contributo del diritto canonico al dibattito sulla democrazia*, in: AA.VV., *Quale futuro dopo la democrazia*, Collana *Terminus* del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna diretta da A. Zanotti, Bologna, 2017, pp. 39-90, *passim*.

³⁰ Cfr. A.M. RABELLO, *Il diritto e le feste degli ebrei*, in *Gli ebrei nell'Impero romano. Saggi vari*, A. LEWIN (a cura di), Firenze 2001, pp. 295 e ss.

da quel momento verrà posto come il fondamento impreteribile nello studio del diritto ebraico, apre a tutte le interpretazioni successive, che non potranno però contraddire quanto fissato nel *Talmud*³¹. Dopo la diaspora, toccherà ai *Gheonim* (*gheòn*, eccellenza) assumere l'attività interpretativa sia teorica, sia pratica: e la loro autorità venne riconosciuta nella molteplicità dei paesi in cui gli ebrei si erano stanziati³². Così, pur nella dispersione geografica e nell'assenza di un punto di gravitazione o di coagulo territoriale, il sistema giuridico ebraico – contraddistinto da una alveolarità orizzontale che non ha prodotto un modello di organizzazione piramidale – ha saputo elaborare un ordine gerarchico-interpretativo tale da garantire l'unità della fede ebraica, la coesione della sua tradizione, la correttezza nella elaborazione e nell'applicazione della *Halachà*, vera ed unica strada che l'ebreo deve percorrere per rendere presente Dio nella storia degli uomini³³.

Per parte sua, il diritto canonico ha dovuto anch'esso fare i conti con il grande tema della trasmissione orale delle verità cristiane: delle quali solo una parte si è cristallizzata in forma scritta. La certificazione di veridicità delle fonti neotestamentarie è opera che la Chiesa ascrive a se stessa ed alla fede nella sua divina fondazione. Qui è l'autorità ed insieme l'autorevolezza del testimone che fonda la fede nel Vangelo: operazione necessitata dal fatto che, come già si è avuto modo di ricordare, i Libri che compongono il Nuovo Testamento sono ispirati da Dio, ma non rivelati direttamente dalla divinità. In questo senso Sant'Agostino poteva dire che egli non avrebbe potuto credere al Vangelo se non avesse creduto nella Chiesa (e nella Tradizione della quale essa è garante)³⁴. È dunque la Chiesa a porre il sigillo di autenticità ed il vincolo dell'ortodossia sulla Rivelazione: e questo compito è stato sicuramente reso più agevole dalla sua struttura ecclesiologica che prevede sin dall'origine un ordine ed uno sviluppo gerarchico. È il primato pontificio l'istanza ultima che assicura l'unicità e l'unità del Credo: e la distillazione dell'ortodossia, che si dipanerà nei secoli successivi, viene corroborata dal momento collegiale che ne accompagna l'emersione: la figura, cioè, del Concilio ecumenico che raduna i vescovi a capo di tutte le comunità cristiane. Nella civiltà giuridica canonica è dunque lo sviluppo istituzionale e gerarchico della Chiesa ad assorbire la necessità di una garanzia autoritativa sulla veridicità delle proprie fonti: e da un lato l'ancoraggio al diritto divino sia della figura del Pontefice sia di

³¹ AM. RABELLO, *Israele. Diritto ebraico (I agg.)*, cit., p. 6.

³² Così A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Torino, 2002, pp. 59 e ss.

³³ B.L. SHERWIN, *In Partnership with God. Contemporary Jewish Law and Ethics*, Siracuse, New York, 1990, pp. 17 e ss.; W. FALK, *Law and Religion. The Jewish Experience*, Jerusalem, 1981, p. 16.

³⁴ AGOSTINO, *Contra Epistulam Manichaei*, in PL, XLII, col. 176, c.5.

quelle dei vescovi (successori degli Apostoli, come ribadirà il Concilio Vaticano II), e le procedure che ne presiedono la scelta, dall'altro, sono elementi decisivi che certificano la legittimazione di coloro ai quali toccherà, con la loro attività legislativa, esecutiva e giudiziaria, dare dinamicità allo *ius Ecclesiae*. In questa architettura – nella quale mirabilmente convergono ad unità la *lex agendi*, la *lex credendi* e la *lex orandi* – è proprio il diritto divino a fungere da limite di espansione del diritto umano: esso costituisce infatti una sfera sovraordinata e non disponibile da parte del legislatore umano, soglia non valicabile nemmeno dal Vicario di Cristo³⁵. Queste direttrici di fondo della cultura giuridica canonica sono ontologiche e già rinvenibili, agli occhi dello storico e del giurista, nella Chiesa delle origini³⁶. Certo la spinta decisiva ed il perfezionamento della costruzione gerarchico-societaria della compagine ecclesiastica si registra nel secondo millennio cristiano: pur tuttavia l'emersione di una istanza autoritativa in grado di fornire solide garanzie nel determinare, statuire il *depositum fidei* e vigilare sulla sua formalizzazione ad opera del legislatore umano è certamente coeva alla nascita ed alla prima diffusione del cristianesimo e già totalmente definita all'alba del secondo millennio, come testimonia il *Decretum* di Graziano. Questo dato di fatto connota e differenzia in maniera assai significativa la cultura giuridica canonica da quella ebraica (ed islamica); evidenziando come sin dagli esordi del cristianesimo sia esistita un'autorità legittimata a porre norme vincolanti per tutta la comunità dei fedeli: il Concilio ecumenico ed il Romano Pontefice per la Chiesa universale, i vescovi e i concili particolari per la Chiesa locale. E, naturalmente, la necessità di una garanzia gerarchica implica che Concilio ecumenico e Pontefice non possano andare contro una norma di diritto divino (ponendo così in essere una norma priva di *rationabilitas*³⁷, della necessaria congruenza cioè tra diritto divino ed umano) e, a cascata, che i vescovi e i concili particolari non possano contraddire quanto stabilito da un Papa o da un Concilio ecumenico. È del tutto evidente come questi diversi atteggiamenti delle due culture giuridiche – ebraica e canonica – nel presidiare le dinamiche evolutive dei due ordinamenti, abbia determinato anche una diversa morfologia del modello organizzativo e due modalità assai diverse nella costruzione delle rispettive architetture teologiche: orizzontale la prima dove lo spazio aperto, ancora incompiuto del diritto ebraico accoglie (persino nelle fonti *Mishnà* e *Talmud*) tutte le opinioni

³⁵ Così, C. CARDIA, *Il governo della Chiesa*, Bologna, 2002, p. 98.

³⁶ Cfr. J. GAUDEMET, *Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident*, III, *L'Église dans l'Empire romain*, Paris, 1958, p. 451 e ss.; W. PLÖCHL, *Storia del diritto canonico*, I, Milano, 1963, pp. 280 e ss.

³⁷ Cfr. P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico* cit., p. 10 e pp. 199-200.

discusse, anche le minoritarie e contrarie³⁸, considerato che il futuro è *absconditus* e tutto ancora da determinare; verticale la seconda, dal momento che la Verità si è rivelata nell'incarnazione e tocca all'istituzione ecclesiastica vigilare affinché i cristiani *ut unum sint*, nel vincolo della carità e, al contempo, dell'obbedienza.

4. LA CENTRALITÀ DELLA TRADIZIONE

Abbiamo già ricordato come la Legge scritta (*Thorà*) sia stata data a Mosè sul Monte Sinai assieme alla Legge orale: e come essa sia stata poi raccolta – e con quale rilevanza autoritativa – dalla *Mishnà* e dal *Talmud*. L'interpretazione della *Thorà* (dall'ebraismo indicata come la figlia di Dio che non vive più in cielo, dopo la rivelazione sinaitica, ma sulla terra nell'opera di interpretazione e decifrazione di ogni segno in essa contenuto) e della Legge orale fondano dunque la tradizione ebraica e la sua veridica affidabilità, certificata dalla successione storica e autoritativa dei suoi trasmissori. Abbiamo anche sottolineato la non trasgredibilità dell'insegnamento *tannà* per un *amorà* o della necessità per un *gaòn* di non discostarsi dall'*Halachà* stabilita da un *seborà*: e ciò vale ancora di più, a maggior ragione, per la catena di trasmissione della Legge Scritta. Si legge infatti nel prologo del Trattato dei Padri della *Mishnà*: “Mosè ricevette la *Thorà* dal Sinai e la trasmise a Giosuè; Giosuè agli anziani e gli anziani ai Profeti; ed i Profeti la trasmisero ai Membri della Magna Congregazione...”³⁹. È, per un verso, l'intelligenza e la moralità di un interprete e Maestro a promuoverne l'autorevolezza (e dunque l'autorità); e, per altro verso, è la continuità della tradizione nella quale il Maestro si inserisce che radica la forza cogente delle sue interpretazioni vivificando il tessuto del diritto ebraico. La tradizione si pone come un elemento così centrale da condizionarne persino la narrazione. Non può infatti non colpire, nel corso di una conversazione con un cultore del diritto ebraico, l'impiego del tempo presente che spesso viene usato nel ricostruire l'indirizzo elaborato su di un determinato argomento: così l'opinione

³⁸ In questo senso, H.H. COHN, *The Secularization* cit., p. 25.

³⁹ Così D. PIATTELLI, “Lex et Iustitia nell’*utrumque ius*: radici antiche e prospettive attuali. Atti del VII Colloquio Internazionale romanistico-canonistico (12-14 maggio 1988), A. CIANI-G. DIURNI (a cura di), Città del Vaticano, 1989, pp. 243-254, qui p. 253 che così prosegue: “... ed il passo continua nell’enumerazione dei Dottori della Legge fino alla scuola di Rabbi Akivà, attivo sotto Adriano. È la più esplicita attestazione del formarsi della *Torà* orale mediante un processo di sedimentazione dell’attività interpretativa svolta nell’alternarsi delle alterne vicende vissute dalla nazione giudaica nelle molteplici fasi della sua storia e che ebbe il suo culmine nella consegna alla scrittura dei risultati di quel processo del quale *Mishnà* e *Talmud* costituiscono l’espressione tangibile.”

di Maimonide, vissuto nel XII secolo, viene messa a confronto con il responso di Josef Caro, posteriore di quattro secoli, o con il pensiero di Mordechai Eliyahu, morto solo qualche anno fa. È la tradizione, dunque, e gli anelli della catena che compongono la sua trasmissione a determinare la scansione del Tempo: ed è perciò il tempo che si deve adattare ed attendere l'elaborazione della risposta più consona che il diritto sarà in grado di dare per affrontare i nuovi problemi che l'urgenza del divenire pone.

Anche nella cultura giuridica canonica la Tradizione gioca un ruolo importante, dal momento che pure nel cristianesimo la Rivelazione divina, come abbiamo già visto e come ribadisce il Catechismo della Chiesa cattolica, è sia scritta che orale⁴⁰: e che non ogni norma di diritto divino e non tutte le cose relative alla vita di Gesù sono contenute nella Scrittura. Verità e norme che si riconducono a Cristo sono state infatti dette e affidate a testimoni particolarmente importanti e solo successivamente sono state riportate per iscritto, sia in libri canonici, sia nelle opere dei Padri della Chiesa o in altri documenti; inoltre, altre verità o norme hanno continuato ad essere tramandate nella credenza e osservanza della comunità dei credenti⁴¹. Un rilievo particolare, poi, concerne la Tradizione apostolica: elemento invece costitutivo della Rivelazione per l'eccezionalità e la contemporaneità a Gesù degli Apostoli. Ma, in via generale, si può senz'altro affermare che a differenza di quanto è successo nel diritto ebraico, nel diritto della Chiesa la tradizione orale non si è consolidata – come è successo per la *Mishnà* e il *Talmud* – in un testo autoritativo, ma si trova dispersa in una eterogeneità di fonti di cognizione. Queste considerazioni portano a dire che il peso della tradizione risulta nel diritto canonico senz'altro inferiore per vastità, importanza ed estensione a quella che caratterizza il diritto ebraico. Purtuttavia la tradizione, la cui rilevanza è stata contestata radicalmente da Lutero, tiene per la Chiesa una centralità assoluta: ed il *depositum fidei* da essa custodito è stato affidato dagli Apostoli alla totalità della Chiesa, missione alla quale a tutt'oggi essa è chiamata. Anche in questa cultura giuridica, infatti, la continuità, l'ermeneutica della continuità – come solea dire Benedetto XVI⁴² – è irrinunciabile. La chiesa ed il suo diritto non conoscono discontinuità, non possono conoscere discontinuità: e se anche il criterio evolutivo si incardina sulla sua potestà legislativa, le sue norme legano indeffettibilmente il passato al

⁴⁰ *Catechismo della chiesa cattolica*, Città del Vaticano, 1992, n.76, pp. 37-38.

⁴¹ Così V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, Milano, 1970, p. 39

⁴² BENEDETTO XVI, *Discorso alla Curia romana in occasione della presentazione degli auguri natalizi*, 22 dicembre 2005, in «AAS» XCVIII (2006) 40 e ss. Su ciò vedasi G.BONI-A.ZANOTTI, *La Chiesa tra nuovo paganesimo e oblio. Un ritorno alle origini per il diritto canonico del terzo millennio?*, Torino, 2012, pp. 30 e ss.

presente, aprendo ad un futuro di salvezza. Confermando così come entrambe queste culture giuridiche abbiano una propria, originalissima concezione del Tempo, chiamato a piegarsi anch'esso alla volontà di un Dio creatore: al quale, come tutte le cose, appartiene.

5. LE CIVILTÀ GIURIDICHE E LO SPAZIO: L'ATTEGGIARSI DELL'UNIVERSALISMO NELLE CULTURE EBRAICO-CANONICA E GLI STECCATI TRACCIATI DALLE GIURISDIZIONI NAZIONALI

La caratteristica dell'universalità individua una peculiarità presente sia nella cultura giuridica ebraica, sia nella cultura giuridica canonica. Anche se quella con Israele è alleanza che individua tra i molti un solo popolo eletto, ogni uomo è chiamato alla conversione, a riconoscere l'unico Dio, un Dio che bandisce l'idolatria. Ma l'atteggiamento dell'ebraismo, colto da quest'angolo prospettico, non è affatto quello di una religione che favorisca il proselitismo: anzi, il cammino della conversione è lungo e complesso, ed assai stretta la disciplina giuridica che ne regola l'accesso⁴³. Una recente riprova se ne è avuta in occasione del grande flusso migratorio, soprattutto di marca askenazita (di provenienza cioè mitteleuropea), che ha interessato lo Stato di Israele dopo la caduta del Muro di Berlino. Molte famiglie che arrivavano dall'est Europeo erano formate da padre ebreo e madre non ebrea, i cui figli, conseguentemente per il diritto ebraico, erano *mamzherim*: vuol dire, di fatto e pur nell'imbarazzo trasmesso dalle fonti e dalla loro interpretazione, illegittimi. L'unica possibilità di legittimarli pienamente, secondo l'*Halachà*, è quella che contempla la conversione della madre: operazione giuridica, come abbiamo visto, non semplice. Sulla costellazione di restrizioni e condizioni poste alla conversione si è registrato in questi anni un grande sforzo teorico e pratico del Rabbinate israeliano per cercare di risolvere situazioni assai problematiche e foriere di disagio sia individuale che sociale⁴⁴. Oltre che dalla caratteristica ontologica della sua universalità – per quanto interpretata secondo i canoni stretti sopra richiamati – l'atteggiarsi della civiltà giuridica ebraica nella storia è stato condizionato in maniera decisiva dalla mancanza dell'elemento territoriale: essendosi

⁴³ Si veda, per tutti, W. JACOB-E. SEIDEL, *Not by Birth Alone*, London-Washington, 1997. È poi assai significativo notare come il sito ufficiale della Comunità ebraica di Roma, laddove introduce il testo relativo alle conversioni, esordisca con queste parole: "L'ebraismo ortodosso è riluttante ad accettare le conversioni all'ebraismo..."

⁴⁴ A.M. RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in S. FERRARI (a cura di), R. ALUFFI BECK PECCOZ – A. FERRARI – A.M. RABELLO, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Torino, 2006, pp. 3-93: qui, segnatamente, pp. 28 e ss.

disperso, il popolo d'Israele, dopo la distruzione del tempio di Salomone. La condizione degli ebrei – la cui diversità implica una vita precaria ed esposta ai rischi continui di *progrom* – diviene quella tipica di comunità chiuse, che vivono separate pur nel contesto di città e paesi che le includono: e il ghetto diviene per molti secoli emblema e simbolo della separatezza ebraica⁴⁵. Nella vastità spaziale che la diaspora abita, il diritto – applicato sia come volontaria giurisdizione, sia non di rado come concessione fatta volta a volta dalle autorità civili e politiche locali – funge, per così dire, da collante in grado di tenere unito un popolo, una tradizione ed una cultura pur in assenza di una patria⁴⁶: l'osservanza dei precetti religiosi e la fedeltà alla *Halachà* salvaguardano la coscienza e l'unità della nazione ebraica collocandola in una sorta di spazio virtuale. Questo quadro muta drasticamente in epoca moderna, allorché ebbe corso – tra XVIII e XX secolo – il fenomeno dell'emancipazione. Conquistando la cittadinanza e con essa la parità di diritti e di doveri, il diritto ebraico conosce un'obsolescenza trainata dalla sopravvenienza della giurisdizione nazionale anche in capo ai cittadini ebrei con il conseguente mancato riconoscimento da parte dello Stato delle sentenze dei tribunali rabbinici⁴⁷: perciò la vigenza dell'ordinamento religioso sopravvive soltanto come giurisdizione volontaria. La civiltà giuridica ebraica rischia dunque, ben oltre la contaminazione, la sua stessa sopravvivenza: e gli spazi presidiati dai confini degli stati nazionali che si sono affermati in epoca moderna, finiscono per essere gabbie entro le quali il diritto ebraico trova la sua secolarizzazione e il suo declino.

Rispetto alla categoria dello spazio, l'universalità che nutre la cultura giuridica canonica è di segno assai diverso. Sin dall'origine essa palesa un'espansività evidente e coeva alla nascita della Chiesa: propensione per la quale gli Apostoli si disseminano ai quattro punti cardinali per annunciare la Buona Novella e battezzare. Niente a che vedere con l'espansionismo militare che caratterizzerà – e ancora caratterizza – l'affermazione dell'Islam: purtuttavia il proselitismo è l'anima che sostiene la diffusione del cristianesimo, ed il battesimo il rito più auspicato. Il popolo di Dio che si viene formando non è un popolo eletto depositario esclusivo di un'alleanza: ma è l'intera umanità ad essere chiamata ad una nuova nascita, nella quale portare il tributo della

⁴⁵ A. FOA, *Dalla peste nera all'emancipazione*, Roma-Bari, 2014, p. 127 e ss.

⁴⁶ AM. RABELLO, *Israele. Diritto ebraico (I agg.)*, cit. p. 2, a proposito della Mishnà, la prima codificazione della Legge orale afferma: "La distruzione del Santuario di Jerusalem, la perdita dell'indipendenza ebraica... la vasta dispersione del popolo ebraico in numerosi paesi della Diaspora, le esigenze della vita che richiedevano urgenti soluzioni ai nuovi problemi, fecero sì che si sentì sempre più viva la necessità di mettere per iscritto anche quelle tradizioni che erano state gelosamente conservate oralmente e che fino ad allora era stato considerato severamente proibito mettere per iscritto per evitare che andassero perdute."

⁴⁷ AM. RABELLO, *Israele. Diritto ebraico (I agg.)*, cit., p. 12

propria cultura e della propria identità. L'affermarsi del cristianesimo ad ogni latitudine e longitudine implica un processo di inculturazione, di metabolizzazione entro il grande grembo della Chiesa della molteplicità delle culture dell'umano⁴⁸. Questa contaminazione non solo avviene senza che si alteri il nocciolo irrinunciabile dell'identità cristiana: ma essa trova una corrispondenza incentivante proprio nel dogma dell'incarnazione, per il quale Dio si fa uomo prendendo corpo in ogni specifica situazione storica e culturale, assumendone le contraddizioni e ponendo in esse il segno della redenzione. Lo stesso diritto canonico – ed in particolare lo *ius orandi*, vero e proprio diritto vivente⁴⁹ – conosce una gamma vastissima di adattamenti, modificazioni e modalità applicative volti ad innestare sulle culture preesistenti gli elementi portanti della nuova fede e della nuova cultura giuridica. E, secondo questa prospettiva, non è decisivo che la forma politica con la quale la Chiesa è chiamata a dialogare sia quella dell'Impero o degli Stati. Nella logica sopra richiamata dell'incarnazione, la Chiesa ha saputo farsi – come soleva dire Francesco Ruffini⁵⁰ – greca con i greci, romana con i romani, barbara con i barbari, qualsiasi sia la concrezione politico-organizzativa che queste culture avessero adottato. Nello spazio europeo – che si proietta al di fuori del vecchio continente nell'epoca delle conquiste coloniali – l'organizzazione politica e sociale tipica che si afferma nell'età moderna è la forma-Stato. Pur nella difficoltà di passare da un unico interlocutore secolare, che nel Medioevo aveva preso le sembianze dell'Imperatore, ad una molteplicità di re e giurisdizioni sotto i quali si raccoglieva il caleidoscopio di popoli di cui era formata l'Europa, la cultura giuridica canonica riesce a forgiare gli strumenti – trattati e concordati – con i quali regolare i rapporti con le entità statuali, coniugando così lo spazio della propria universalità con le particolarità nazionali definite da confini geografici certi e presidati. Certo il rischio che potesse affacciarsi una linea di fuga secondo la quale l'universalità della Chiesa Romana era destinata a frantumarsi in una pluralità di chiese nazionali era reale, ed è stato corso soprattutto nell'epoca dei giurisdizionalismi⁵¹: purtuttavia questa linea centrifuga non è prevalsa. Probabilmente la stessa fine

⁴⁸ Su ciò vedasi le ampie ed acute considerazioni di G. BONI, *Il Codex Iuris Canonici e le culture*, Parte Prima: *Il diritto canonico di fronte all'inculturazione: dalla teoria alla prassi in una prospettiva evolutiva*, in «Il Diritto Ecclesiastico» CXX (2009) 135-182; G. BONI, *Il Codex Iuris Canonici e le culture*, Parte Seconda: *Occidente, culture 'altre', secolarizzazione: le risposte del diritto canonico*, in «Il Diritto Ecclesiastico» CXX (2009) 541-588.

⁴⁹ Cfr. G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, T. II, *Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione*, Padova, 1984, pp. 121-126

⁵⁰ Cfr., in questo senso, F. RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo* (con Introduzione di S. Ferrari), Bologna 1992, pp. 71 e ss.; G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, T.I cit., p. 216.

⁵¹ Si veda, in proposito, C. FANTAPPIE', *Op. cit.*, pp. 215-225.

dello Stato pontificio ha contribuito a rendere la Chiesa più libera nel suo porsi come entità spirituale portatrice di un messaggio di salvezza destinato a tutti gli uomini, a proclamare la natura universale della sua missione salvifica⁵².

6. LA SECULARIZZAZIONE ED IL SUPERAMENTO DEGLI STATI. INEDITI SPAZI DI ESPANSIONE DELL'UNIVERSALITÀ?

Gli anni del secondo dopoguerra hanno aperto una fase storica completamente diversa, nella quale l'atteggiarsi della cultura giuridica ebraica e canonica di fronte alla variabile rappresentata dallo spazio ha subito mutamenti di notevolissima portata. L'annuncio di Ben Gurion del 14 maggio 1948, relativo alla nascita dello Stato ebraico, comporta un capovolgimento d'orizzonte rispetto ad una storia segnata indelebilmente dalla diaspora ed introduce la novità per la quale l'attesa escatologica e quasi messianica della terra promessa si qualifica come una profezia che si autoavvera: ponendo, alla cultura giuridica ebraica, il tema dell'edificazione di uno Stato. La scelta operata va nella direzione di una secolarizzazione del diritto ebraico, peraltro già avviata dalla emancipazione: e tale scelta conduce all'opzione di costruire una entità statale laica, con un ordinamento giuridico distinto ed autonomo rispetto a quello proprio della tradizione *halachica*. Certo questo percorso di secolarizzazione non è del tutto compiuto⁵³: e chi ne voglia la riprova può riflettere su due dati di fatto. Per quanto il diritto ebraico possa essere stato una delle fonti di ispirazione più importanti nell'opera di legislazione dello Stato israeliano, la validità delle norme promulgate dal Parlamento, la *Knesset*, non deriva da Dio ma dal legislatore secolare. Ma su alcuni punti nevralgici che implicano necessariamente una *Weltanschauung* condivisa non c'è ancora una legislazione che assurga ad una completezza esaustiva. Per questa ragione, ad esempio, mancano a tutt'oggi una forma ed una disciplina civilistica del matrimonio: e chi voglia sposarsi in Israele deve contrarre matrimonio religioso. L'alternativa è quella di sposarsi all'estero e far poi trascrivere questo matrimonio, straniero a tutti gli effetti, presso l'anagrafe israeliana⁵⁴. L'altro dato di fatto è rappresentato dal *Foundation of Law Act*, approvato nel 1980, il quale introduce il principio secondo cui quando un giudice non riesca a trovare risposte a questioni legali in base alle

⁵² Così A. ZANOTTI, *Il Concordato austriaco del 1855*, Milano, 1986, pp. 212-213.

⁵³ Cfr. S. FERRARI, *Op. cit.*, 63 e ss.

⁵⁴ A. ZANOTTI, *La Secolarizzazione dei diritti a base religiosa: il paradigma del matrimonio*, in AA.VV., *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, G.E. RUSCONI (a cura di), Bologna, 2008, pp. 183-207: qui, in particolare, p. 189.

fonti giuridiche esistenti, i tribunali israeliani giungeranno ad una decisione “alla luce dei principi di libertà, giustizia, equità e pace dell’eredità di Israele”, dando così cittadinanza al diritto ebraico (*Halakhà*) come fonte sussidiaria all’interno dell’ordinamento giuridico israeliano⁵⁵. Ed è probabilmente grazie ad una serie di Presidenti della Corte Suprema di Israele dotati di grande saggezza – tra i quali si segnalano personalità di giuristi di statura davvero notevole come quella, ad esempio, di Aaron Barak⁵⁶ – se Israele ha saputo tenere sin qui un equilibrio tra spinte ultraortodosse e movimenti radicalmente contrari alla tradizione religiosa di provenienza. Comunque sia, l’esistenza di uno Stato di Israele segna un punto di non ritorno nel cammino di secolarizzazione della cultura giuridica ebraica, la cui vocazione universale deve ora fare i conti con uno spazio statale proprio, delimitato da confini certi e, nel caso di specie, presidiati militarmente in maniera assai significativa. La fine della diaspora impone in qualche modo alla cultura giuridica ebraica di fare i conti con lo *ius soli* e non solo con un principio identitario garantito dalla nascita da donna ebrea⁵⁷. E per una sorta di contrappasso, mentre il diritto ebraico è alle prese con l’esistenza dello Stato di Israele, nel vecchio continente la forma Stato sembra in via di superamento⁵⁸. La velocità degli scambi indotta dalla tecnica pare voler archiviare dogane e confini: ed i presidi posti in essere dal diritto pubblico a garanzia di un’identità e di una appartenenza somigliano più ad orpelli del passato che a materiali di costruzione del futuro. Le stesse giurisdizioni nazionali subiscono erosioni evidenti sia per opera di entità politiche sovranazionali (si pensi solo, per quanto ci concerne, al ruolo sovraordinato ed invasivo dell’Unione europea), sia per opera di organismi tecnici internazionali che dettano regole vincolanti in tema di commercio, parametri relativi alle produzioni industriali, specifiche

⁵⁵ Cfr. D. SINCLAIR, *Jewish Law in the State of Israel*, in N. HECHT et al.(eds), *An Introduction to the History and Sources of Jewish Law*, Oxford, 1996, pp. 411 e ss.

⁵⁶ Se ne può avere la riprova leggendo A. BARAK, *Address on receiving the Degree of Doctor honoris causa from the University of Bologna*, in A.M. RABELLO-A. ZANOTTI (Edited by), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Milano, 2001, pp. 9 e ss.; A. MAOZ, *State and Religion in Israel*, in M. MOR (a cura di), *International Perspectives on Church and State*, Omaha, 1993, pp. 239 e ss.; S. GOLDSTEIN, *The Supreme Court of Israel in a Comparative Perspective*, in A.M. RABELLO-A. ZANOTTI, *Developments cit.*, pp. 37-99.

⁵⁷ Rilevante, proprio in questa prospettiva, il dibattito, ancora acceso, aperto in Israele – ma più in generale nel mondo ebraico – dal romanziere A.B. YEHOSHUA, *Antisemitismo e Sionismo. Una discussione*, (trad.) A. SHOMRONI, Torino, 2004; dal punto di vista degli sviluppi del diritto di famiglia in Israele, invece, cfr. P. SHIFMAN, *On the new Family*, in A.M. RABELLO-A. ZANOTTI, *Developments cit.*, pp. 192 e ss.

⁵⁸ Con la lucidità sorprendente degli sguardi anticipatori, cfr. A.C. JEMOLO, *La fine dello “Stato Moderno”*, in A.C. JEMOLO, *Tra diritto e storia (1960-1980)*, Milano 1982, 251-270. Si vedano poi per tutti e da angoli prospettici diversi, su questo frequentato tema: L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari 1997; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari 2002.

concernenti la qualità dei prodotti immessi sul mercato. Persino le discipline processuali sembrano sfuggire in misura considerevole alla determinazione ed alla competenza della giurisdizione statale⁵⁹. Anche la cultura giuridica canonica sarà probabilmente chiamata ad interpretare questo cambiamento in atto: e a capire quali potranno essere gli strumenti idonei per inaugurare un dialogo con le forme inedite che assumerà il governo delle cose secolari nel tramonto degli stati nazionali. La scommessa è importante: e le culture giuridiche che alimentano questi due ordinamenti a base religiosa potranno forse indicare qualche via – suggerita dalla loro innata vocazione universale – per costruire un futuro equilibrato dove le esigenze di globalità possano convivere con la valorizzazione della pluralità di culture e tradizioni delle quali si intesse il patrimonio proveniente dal nostro passato. E possano, ulteriormente, comporre armonicamente la dimensione privata e pubblica – come del resto le loro tradizioni insegnano – per evitare, in questo passaggio epocale, di vedere ridotto l'uomo a puro fruitore passivo nel trionfo totemico di un consumismo cieco ed irriflesso⁶⁰.

7. UMANESIMO E SALVEZZA

Sta al fondo di queste due culture giuridiche, infatti, una misura dell'uomo inscritta nell'ordine della creazione, inserita in un disegno dove la volontà divina assegna a ciascuno un posto ed un destino irripetibile e realizzabile attraverso il rispetto di leggi poste dalla sua volontà. E questo assunto non si attaglia solo ai credenti: ma si allarga a tutta l'umanità. Nel diritto canonico così come nel diritto ebraico esiste una categoria di norme cui sono soggetti non solo gli appartenenti alla confessione, ma tutti gli uomini. Nelle fonti del diritto canonico questo insieme di norme sostanzia lo *ius divinum naturale*, che Dio iscrive direttamente nel cuore di ogni creatura e che l'uomo riconosce ed identifica attraverso l'uso delle facoltà razionali di cui dispone⁶¹. Mentre il diritto divino positivo, dunque, obbliga i fedeli, il diritto divino naturale obbliga – oltre

⁵⁹ Si veda, a titolo esemplificativo, F. SGUBBI, *Il principio di responsabilità. Le norme tecniche e la responsabilità penale*, in *Il principio giuridico di responsabilità*, A. ZANOTTI (a cura di), Collana *Terminus* del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna diretta da A. Zanotti, Bologna, 2014, pp. 137 e ss.

⁶⁰ Cfr. A. ZANOTTI, *L'idea di natura, il diritto canonico e lo specchio infranto della sessualità umana. Riprendendo, un quarto di secolo (o qualche era geologica?) dopo, un dialogo mai interrotto con Giuseppe Caputo*, in «Daimon, Annuario di diritto comparato delle religioni» (2015) 9-44 e, segnatamente, pp. 35 e ss.

⁶¹ P. LOMBARDIA, *Op.cit.*, pp. 9-10.

naturalmente i fedeli – tutti gli esseri umani. Così il diritto rivelato integra, per così dire, il diritto divino naturale: sicché, sulla scorta di San Tommaso, il diritto divino si compendia armonicamente nella *lex naturalis* (diritto divino naturale, appunto) e nella *lex aeterna* (diritto rivelato), armonizzandosi, per questa via e con una sintesi del tutto originale che contraddistingue la cultura cristiana, ordine della Natura e ordine della Grazia⁶². Nella cultura giuridica ebraica, pur non esistendo un medesimo *pendant*, una partizione, cioè, così rilevante e pronunciata dell'universo giuridico riconducibile alla nozione di diritto divino naturale, è tuttavia rinvenibile un nucleo di norme – i cosiddetti principi noachidi – preesistenti alla Rivelazione sinaitica e vincolanti per tutti gli uomini. Secondo la dottrina ebraica, tutta l'umanità sarebbe stata governata, prima della comparsa della *Thorà*, da questi precetti dati da Dio ad Adamo e poi a Noè (noachidi, appunto)⁶³. Essi, come noto, comprendono il divieto di omicidio, furto e rapina, blasfemia, idolatria, rapporti sessuali illeciti, cibarsi di un arto tratto da animale vivo, nonché, in positivo, l'obbligo – c.d. comandamento del *dinin* di istituire tribunali che amministrino la giustizia. Così, la legge che Dio diede a Mosè avrebbe governato gli ebrei; mentre gli altri uomini avrebbero dovuto continuare ad osservare i principi noachidi, non abrogati ma ribaditi in occasione della Rivelazione⁶⁴. Essi sono conoscibili attraverso la ragione e sono del pari caratterizzati, come le norme di diritto divino naturale nel diritto canonico, da immutabilità, universalità ed obbligatorietà⁶⁵. Anche nella cultura giuridica ebraica, dunque, coesistono due diversi sistemi normativi, ponendo il tema di quale sia il loro rapporto. E mentre nel codice sinaitico la dottrina individua l'inveramento degli ideali di un popolo collegandolo a Dio, derivando qui la soggezione alla Legge da un coinvolgimento piuttosto che da una coercizione, nel codice noachide essa riconosce principalmente uno strumento di controllo sociale per prevenire danni e promuovere l'ordine⁶⁶. Dal punto di vista dei soggetti di diritto, il primo prende in considerazione gli obblighi di una comunità legata da un'Alleanza, il secondo contempla gli obblighi dei

⁶² Cfr. P.A. BONNET, *Veritas et non auctoritas facit legem. Tipicità e atipicità del diritto ecclesiale*, in AA.Vv., *Il Codice di diritto canonico e il nuovo Concordato vent'anni dopo*, L. IANNACCONE (a cura di) *Atti del Convegno "Il Codice di Diritto Canonico e il novo Concordato vent'anni dopo"*, Bologna, 29-30 ottobre 2004, pp. 79-153, p. 80 e *passim*; H. DE LUBAC, *Il mistero del soprannaturale*, Milano 1978, pp. 51 e ss.; G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, cit., p. 61; S. FERRARI, *Op. cit.*, p. 136.

⁶³ Cfr. N. RAKOVER, *Law and the Noahides. Law as a Universal Value*, Jerusalem 1998; D. NOVAK, *The Image of Non-Jew in Judaism. An Historical and Constructive Study of the Noahide Laws*, New York-Toronto, 1983.

⁶⁴ S. LAST STONE, *Legge sinaitica e legge noachide: il pluralismo giuridico nel diritto ebraico*, in «*Daimon, Annuario di diritto comparato delle religioni*», 10 (2010-2011), 19-89: qui p. 30.

⁶⁵ Così S. FERRARI, *Op.cit.*, p. 137.

⁶⁶ Cfr. S. LAST STONE, *Op. cit.*, p. 20.

membri delle comunità sociali ed illustra come esse possano costruire una città dell'uomo secondo i principi di una moralità condivisa. Il comandamento, in particolare, del *dinin*, che impone la creazione di corti giudicanti nonché l'adozione – secondo alcuni interpreti – di un codice civile, dando origine addirittura a due sistemi giurisdizionali diversi, apre all'idea non solo dell'autonomia della società secolare rispetto alla fede religiosa: esso, ben oltre, mette in gioco il diritto naturale non già come possibile fondamento per governi ebraici, ma come base legittima per forme di governo non ebraiche⁶⁷. E questo è un approdo, dal nostro punto di vista, assai interessante per le sue possibili implicazioni e sviluppi. Ciò che ci preme mettere in luce in questa sede, infatti, è che qualsiasi sia l'origine, le finalità e le dottrine che s'intessono intorno ai principi noachidi, essi hanno rappresentato e rappresentano uno snodo centrale anche nella cultura giuridica internazionale⁶⁸. Alla stessa stregua, non sono mancati storici del diritto e delle religioni che hanno individuato nei medesimi un punto di riferimento per l'insegnamento di San Paolo, non meno di una base di partenza per l'elaborazione dello *ius gentium* sviluppato dal diritto romano⁶⁹. E non è neppure secondario che i propugnatori del giusnaturalismo moderno, quali Ugone Grozio e John Selden, solo per citare alcuni nomi, individuassero nelle leggi noachidi i possibili fondamenti di una teoria dello stato civile e del diritto internazionale⁷⁰. La cultura giuridica canonica e la cultura giuridica ebraica registrano dunque, su questo terreno, una qualche affinità e somiglianza, professando entrambe l'idea che esista un diritto naturale preesistente alla Rivelazione, le cui norme riflettono la natura più profonda ed autentica dell'uomo e che sono conoscibili attraverso l'uso della ragione. Oggi questa peculiarità appare densa e foriera di possibili sviluppi, stante, per un verso, la incoercibile spinta indotta dal progredire tecnico, come abbiamo visto, verso forme di organizzazione supernazionale che interpretino uno spazio planetario e non più statale o continentale; ed allo stesso tempo, per altro verso, la conclamata

⁶⁷ N. RAKOVER, *Jewish Law and the Noahide Obligation to Preserve the Social Order*, in *Cardozo Law Review*, 12, 1991, pp. 1073-1136.

⁶⁸ S. LAST STONE, *Op. cit.*, p. 25-26; D. NOVAK, *Natural Law in Judaism*, Cambridge, 1998, pp. 190 e ss.; M. FOX, *Maimonides and Aquinas on Natural Law*, in *Dinè Israel*, V, 1972, pp. V e ss.; D. BLEICH, *Judaism and Natural Law*, in «The Jewish Law Annual» VII (1988) 5 e ss.

⁶⁹ M. WYSCHOGRAD, *A Jewish Reading of St. Thomas Aquinas on the Old Law*, in *Understanding Scripture. Explorations on Jewish and Christian Tradition of Interpretation*, C. THOMA-M. WYSCHOGRAD (edited by), New York, 1987, pp. 125 e ss, in particolare pp. 136-138.

⁷⁰ Cfr. J.P. SOMMERVILLE, *John Selden, the Law of Nature, and the Origins of Government*, in «The Historical Journal» Vol.27, n.2 (Jun. 1984) 437 e ss.; C. LEBEN, *Hebrew Sources in the Doctrine of the Law of Nature and Nations in Early Modern Europe*, in «The European Journal of International Law» Vol. 27 no. 1 (2016) 79-106; I. HUSIK, *The Law of Nature, Hugo Grotius, and the Bible*, in «Hebrew Union College Annual» 2 (1925) 381-417.

incapacità – in questa fase storica almeno – degli ordinamenti giuridici secolari di elaborare forme narrative e tavole di fondazione per una teoria del diritto in grado di individuare e stabilire principi condivisi. Perdurandone l'assenza, il divenire giuridico appare preda di una sorta di impotenza riconducibile alla frammentazione dei diritti individuali e dal conseguente imporsi, quasi totalitario, delle volizioni soggettive come istanze che pretendono di essere riconosciute dalla legge e protette dalle guarentigie giudiziarie⁷¹.

In questo quadro, che rappresenta anche il punto estremo di espansione della dottrina (e probabilmente la sua perversione) dei diritti individuali – rimasti storicamente orfani della borghesia – una stella polare che richiami la necessità di costruire le architetture del diritto secondo l'ordine insito in un'idea di giustizia suscettibile di essere conosciuta e fatta propria dalla coscienza degli uomini, torna ad essere una necessaria utopia. Le culture giuridiche ebraica e canonica custodiscono, a questo proposito, esperienze, elaborazioni e punti di vista originali, generati dalla loro vocazione universalistica, che possono tornare a conoscere, in questo turno di tempo e in questa logica, una inedita forza euristica. D'altronde proprio queste due culture, sono depositarie di un umanesimo che pur dando misura al presente, si proiettano oltre il Tempo. Tempo e spazio allora – per chiudere sull'endiadi dalla quale abbiamo preso le mosse – convergono nell'*eschaton*, e finiscono per coincidere ed aprirsi ad un orizzonte di salvezza sul quale tutti sono chiamati ad essere presenti. Il diritto divino naturale ed i principi noachidi svelano a queste latitudini la loro carica straordinaria di libertà e di apertura all'Altro: contemplando la cultura giuridica canonica una possibilità di redenzione anche per i non appartenenti alla fede cristiana che abbiano però vissuto secondo le norme scritte da Dio direttamente nel nostro cuore; e aprendo, il diritto ebraico, la possibilità di qualificare come *tzaddik*, cioè come giusto e dunque degno di salvezza, colui che, pur non ebreo, abbia vissuto nel rispetto di quelle norme consegnate, all'inizio della Storia, ad Adamo e Noè.

Così le culture giuridiche ebraica e canonica possono, pur nella loro diversità, specchiarsi l'una nell'altra: vedendo muoversi al proprio fondo, come attraverso il baluginare di uno specchio d'acqua increspata, una narrazione giuridica che partendo dal cielo, al cielo, attraverso l'avventura umana, ritorna. E valutando, proprio in questo sguardo che si volge verso l'alto per trovare una misura plausibile dello Spazio e del Tempo, la distanza ormai incolumabile che li separa dai diritti secolari.

⁷¹ Cfr. A. ZANOTTI, *L'idea di natura, il diritto canonico e lo specchio infranto della sessualità umana*, cit., p. 27.

3. Altre prospettive culturali

CULTURA CANONICA E CULTURA GIURIDICA INDIANA: STORIA E SFIDE

*Jesu Pudumai Doss, S.D.B.**

SOMMARIO: 1. Premessa sulle realtà culturali indiane. – 2. Alcune sfide attuali. 2.1. Nella società civile. 2.1.1. Riconoscimento legale della Chiesa. 2.1.2. Alcune implicazioni legislative. 2.2. Nella Chiesa. 2.2.1. Adattamento del diritto canonico. 2.2.2. Rapporto tra le Chiese sui iuris. 2.2.3. Uguaglianza nella Chiesa. 2.2.4. Inculturazione e dialogo. – 3. Conclusione.

«Una cultura colma di saggezza, ricca di umana esperienza e di valori spirituali che valorizzano Dio e la sua provvidenza nella storia dell'uomo»,¹ con queste espressioni San Giovanni Paolo II rendeva «un rispettoso omaggio all'antica cultura» dell'India. In questo contributo, dopo una breve premessa sulle realtà culturali indiane, si vogliono cogliere le sfide attuali, che tale incontro ha provocato, nella società civile e nella Chiesa.

1. PREMessa SULLE REALTÀ CULTURALI INDIANE

L'India è davvero una «terra di molte religioni e di un ricco patrimonio culturale». Si richiamano qui alcuni aspetti essenziali della cultura giuridica indiana e del suo sviluppo storico, assieme alla storia delle Chiese in India.

La cultura giuridica indiana contemporanea è solo il punto di arrivo di una grande ricchezza di fonti giuridiche religiose,² la cui storia può essere suddivisa essenzialmente in quattro tappe: l'Induismo antico, l'influsso musulmano, l'introduzione del sistema inglese, e il moderno complesso sistema legislativo.

* Università Pontificia Salesiana.

¹ GIOVANNI PAOLO II, Discorso *È difficile* ai vescovi dell'India in visita *ad limina apostolorum*, 23 giugno 1979, in «AAS» 71 (1979) 1007. Tutte le traduzioni dei documenti ecclesiali sono prese dal sito-web del vaticano: <http://w2.vatican.va/content/vatican/it.html>.

² «In una ipotetica genealogia del diritto indiano, che parta dal diritto vedico e dravidico e arrivi a genitori che potrebbero essere individuati in *common law* inglese, diritto hindu e diritto musulmano, non vi è spazio per genitori di *civil law*...». D. FRANCAVILLA, *Il modello giuridico italiano in India*, in S. LANNI – P. SIRENA (a cura di), *Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell'Europa*, Napoli 2013, p.429.

Parlando della storia della Chiesa in India, Giovanni Paolo II affermava, «le origini della vostra Chiesa sono collegate direttamente agli albori della cristianità e all'impegno missionario degli Apostoli», specialmente San Tommaso. Merita quindi cogliere alcuni momenti significativi della presenza e della crescita della Chiesa in India:³ le origini apostoliche delle chiese in India, la sua connessione siriana e caldea, l'inizio del *Padroado* portoghese, gli interventi della Congregazione *de Propaganda Fide*, e la realtà attuale – multi-rituale – della Chiesa cattolica indiana.

2. ALCUNE SFIDE ATTUALI

Partendo dalla premessa sulle realtà culturali ed ecclesiali in India, si possono ora sottolineare alcune sfide emergenti nella società sia civile che ecclesiale.

2.1. Nella società civile

L'India, essendo una «Sovereign Socialist Secular Democratic Republic» (*The Constitutions of India, Preamble*), riconosce l'uguaglianza di diritti a tutti i suoi cittadini senza alcuna discriminazione soprattutto in base alla religione di appartenenza.⁴ Nella legislazione indiana, oltre al riconoscimento legale della Chiesa, sono rilevabili alcune implicazioni attinenti questioni che toccano la Chiesa e i suoi membri.

2.1.1. Riconoscimento legale della Chiesa

La religione viene definita, in una sentenza della Corte Suprema dell'India, come un gruppo di fedeli con una fede comune, un'organizzazione comune e un nome distinto.⁵ Partendo da questa definizione, si tenta qui di individuare

³ Cf. P. PALLATH, *The Catholic Church in India*, Kottayam 2010. Cf. G. NEDUNGATT, *Una nuova era per la Chiesa in India*, in «La civiltà cattolica» 140 (1989) 130-144. Cf. C.E. ABRAHAM, *Rise and Growth of Christianity in India*, in H. BHATTACHARYA (Ed.), *The Cultural Heritage of India, Volume IV. The Religion*, The Ramakrishna Mission – Institute of Culture, Calcutta, 1956, pp.547-570.

⁴ Infatti, il diritto all'uguaglianza viene trattato dalla Costituzione indiana come la parità legale e uguale protezione legale di tutti (art. 14); divieto di discriminazione per motivi di religione, razza, casta, sesso o luogo di nascita (art. 15); e parità di opportunità in materia di lavori/uffici pubblici (art. 16).

⁵ «The words "religious denomination" in Art. 26 of the Constitution must take their colour from the word "religion" and if this be so, the expression "religious denomination" must also

sia i tratti del riconoscimento legale della Chiesa e le sue componenti sia l'applicazione della legislazione indiana alla realtà ecclesiale.

a. *Riconoscimento civile e status*

La Chiesa viene vista come una associazione volontaria di individui, i cui diritti vengono protetti dai rispettivi statuti e inoltre dalle legislazioni indiane in quanto organo civilmente riconosciuto.⁶ Per il riconoscimento della personalità giuridica della Chiesa, e di altri enti ecclesiastici (come diocesi, parrocchie, case religiose, ecc.), se ne richiede la costituzione e registrazione sotto il *The Societies Registration Act, 1860*,⁷ qualora si intenda creare una "società" per le attività caritatevoli o religiose, o sotto il *The Indian Trusts Act, 1882*,⁸ nel caso di una "fondazione". Tale registrazione poi non solo assicura la personalità giuridica, ma anche determina le regole da seguire quanto ai membri e al comitato esecutivo, ai diritti e doveri dei membri e della società, alla proprietà e al suo uso, ecc.

b. *Leggi personali cristiane (Personal law)*

Come per gli indù⁹ e i mussulmani,¹⁰ così anche per i cristiani sono previste alcune leggi personali applicabili soltanto a loro.¹¹ Si possono individuare

satisfy three conditions: (1) It must be a collection of individuals who have a system of beliefs or doctrines which they regard as conducive to their spiritual well-being, that is, a common faith; (2) common organisation; and (3) designation by a distinctive name». *Acharya Jagdishwaranand Avadhuta, Etc. vs Commissioner of Police, Calcutta & Anr.*, 20 October 1983, 1984 SCR (1) 447, in <https://indiankanoon.org/doc/798012/> (consultato il 02 ottobre 2017).

⁶ «A church is formed by the voluntary association of individuals. And the churches in the commonwealth are voluntary body organised on a consensual basis – their rights apart from statutes will be protected by the courts and their discipline enforced exactly as in the case of any other voluntary body whose existence is legally recognised». *Most. Rev. P.M.A. Metropolitan & Ors. vs Moran Mar Marthoma & Anr.*, 20 June 1995, 1995 SCC Supl. (4) 286, in <https://indiankanoon.org/doc/634316/> (consultato il 22 settembre 2017).

⁷ Cf. *The Societies Registration Act, 1860*, Act No. 21 of 1860 (21 May 1860), in <https://indiankanoon.org/doc/1700055/> (consultato il 02 ottobre 2017).

⁸ Cf. *The Indian Trusts Act, 1882*, Act No. 2 of 1882 (13 January 1882), in <https://indiankanoon.org/doc/470004/> (consultato il 02 ottobre 2017).

⁹ Per gli indù, si applicano: *The Hindu Marriage Act, 1955*; *The Hindu Succession Act, 1956* (amended 2005); *The Hindu Minority & Guardianship Act, 1956*; e *The Hindu Adoptions & Maintenance Act, 1956*.

¹⁰ Per i mussulmani, si applicano: *The Muslim Personal Law (Shariat) Application Act, 1937* (con cui la sharia viene applicate ai mussulmani); e *The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939*.

¹¹ Cf. M.K. MASTER, *Personal Laws of Religious Communities in India*, in «Journal of Dharma» 11 (1986) 266-277.

tre ambiti della loro applicazione. Il matrimonio cristiano indiano e il suo scioglimento civile vengono regolati dal *The Indian Christian Marriage Act, 1872*, e dal *The Special Marriage Act, 1954*. Per la successione ed eredità nel caso dei cristiani, si segue il *The Indian Succession Act, 1925*, in quanto esso “non (è) applicabile agli indù e ai mussulmani”. Nell’ambito della adozione e tutela (tutori), si applica il *The Guardians and Wards Act, 1890*, che permetteva solo la tutela dei minori da parte dei tutori cristiani. I cristiani non potevano adottare, se non per intervento della Corte. Attualmente i cristiani possono adottare legalmente seguendo il *The Juvenile Justice (Care and Protection of Children) Act, 2015* (sez. 56-68).

Ecco una seria domanda su un altro aspetto importante: può il diritto canonico essere considerato come la “legge personale” per i cattolici in India? Applicando la sez. 88 del *The Indian Christian Marriage Act, 1872*, la Corte Suprema ha dichiarato che il *Codex Iuris Canonici* possa essere considerato come “legge personale” per cattolici in India, nei casi (aspetti del matrimonio) previsti dalla legge.¹²

Per quanto riguarda il riconoscimento dei tribunali ecclesiastici e processi canonici, si può confermare che né tribunali ecclesiastici né processi canonici (soprattutto quelli matrimoniali), tanto meno i loro pronunciamenti, vengono riconosciuti dallo Stato indiano.¹³ Però le decisioni ecclesiastiche possono essere presentate come una “evidenza” nella corte civile, soprattutto in vista dello scioglimento del matrimonio, cioè per dichiarare matrimoni nulli o annullabili, o per proseguire il divorzio.¹⁴

c. Legislazione sulla “minoranza”

La legislazione sulla “minoranza” viene trattata nella Costituzione indiana agli articoli 29-30.¹⁵ Tale legislazione è applicabile anche ai cristiani in quanto “minoranza religiosa” in India. L’art. 29 tratta della protezione degli interessi delle minoranze in base alla religione, alla lingua o alla cultura. Ciò implica

¹² «The question of capacity to marry and impediments in the way of marriage would have to be resolved by referring to *their personal law*. That, for the purpose of deciding the validity of the marriage, *would be the law of the Roman Catholic Church, namely, the Canon law of that Church*». *Lakshmi Sanyal vs Sachit Kumar Dhar*, 8 September 1972, 1973 SCR (2) 122, in <https://indiankanoon.org/doc/734017/> (consultato il 04 ottobre 2017). Cf. S. LOURDUSAMY, *Church Related Issues and the Civil Courts of India*, Mumbai 2015, pp. 88-91. Cf. S. LOURDUSAMY, *Handbook on the Civil Cases Concerning the Catholic Church in India*, Mumbai 2016, pp. 32-36.

¹³ Cf. S. LOURDUSAMY, *Handbook on the Civil Cases . . .*, cit., pp.38-40.

¹⁴ Cf. S. LOURDUSAMY, *Church Related Issues . . .*, cit., p.91.

¹⁵ Cf. A.K. ISHWAR BHAI PARMAR, *Protection of the Interests of Minority under the Indian Constitution*, in «International Journal of Novel Research in Interdisciplinary Studies» 2/4 (2015) 27-33.

il diritto di conservare la loro lingua, scrittura e cultura. Dunque, non ci può essere nessuna discriminazione per l'ammissione negli istituti educativi in base alla religione, alla razza, alla casta o alla lingua. L'art. 30 tratta del diritto delle minoranze a istituire e amministrare le istituzioni educative. Ciò si traduce nel diritto delle minoranze linguistiche o religiose a istituire e amministrare le istituzioni educative di loro scelta. Implica anche che non sia contro questo diritto qualunque acquisizione obbligatoria (da parte dello Stato) di qualsiasi proprietà dell'istituzione educativa amministrata da una minoranza e, di conseguenza, tali istituzioni non vanno discriminate quando si tratta di assegnare loro aiuti statali.

2.1.2. Alcune implicazioni legislative

L'applicazione della legislazione indiana nei confronti della Chiesa e dei cristiani comporta implicazioni su alcune questioni importanti presentate di seguito.

a. *Questione della libertà religiosa*

La Costituzione indiana enumera gli aspetti del diritto della libertà religiosa: libertà di coscienza e libera professione, pratica e propagazione della religione (art. 25); libertà di gestione degli affari religiosi con istituzioni religiose e caritative, avendo il diritto di possedere e acquisire beni mobili e immobili e di amministrare tale proprietà secondo la legge (art. 26); libertà circa l'esenzione dal pagare le tasse per la promozione di qualsiasi religione particolare (art. 27); libertà di partecipazione all'istruzione religiosa o ad un culto religioso in alcune istituzioni educative (art. 28). La Corte Suprema ha di fatto determinato l'applicazione pratica dei suindicati diritti: diritto a determinare la dottrina e la prassi della religione; diritto alla libertà di religione, sottoposto ai limiti dell'ordine pubblico, della moralità e di sanità; diritto alla libertà di gestione degli affari religiosi, la quale include anche la possibilità di scomunicare un membro; vari diritti circa attività religiose esterne come diritto alla processione religiosa e all'uso degli altoparlanti (con permessi e non contro l'ordine pubblico), diritto alla preghiera nelle case private, dovere dello Stato di riparare luoghi sacri distrutti a causa di qualche disordine pubblico a sfondo religioso, ecc.

Non si può dimenticare la questione delle legislazioni anti-conversione presenti in vari Stati dell'India che sono in contrasto con il principio della libertà di propagazione della religione sancita dall'art. 25 della Costituzione

indiana. Infatti, tali legislazioni regionali contro la conversione religiosa,¹⁶ sono entrate in vigore con la cosiddetta “*Freedom of Religion Act*” negli Stati di Orissa (1967), Madhya Pradesh (1968), Arunachal Pradesh (1978), Chhattisgarh (2000), Gujarat (2003), Himachal Pradesh (2007), Rajasthan (2008); e Tamil Nadu (2002 e poi ritirata). Queste leggi cercano di impedire sia la conversione o il tentativo di conversione di qualunque persona, direttamente o indirettamente, attraverso la violenza, il timore grave o l’inganno, sia di indurre oppure attirare inopportuna mente qualcuno a un’altra religione.¹⁷ Nonostante vari tentativi di appelli contro tale legislazione, la Corte Suprema ha sempre affermato che tale legislazione degli Stati sono da considerare parte di sua competenza in quanto essa promuove e difende l’ordine pubblico e in quanto la libertà di propagazione della propria religione non include il “diritto di conversione” di un altro.¹⁸

Negli ultimi anni, però, è cresciuta una contra-tendenza che vede i fondamentalisti indù “riconvertire” all’induismo coloro che un tempo s’erano convertiti al cristianesimo, con il cosiddetto “Programma *Ghar Wapsi*”. Sia il governo sia la Corte Suprema non sono intervenuti ufficialmente su questo fenomeno, che ha suscitato intimidazione e paura tra i cristiani.¹⁹

È molto grave la questione dei cristiani *dalit*, che perdono tutti i loro privilegi dopo la “conversione” alla fede cristiana. Siccome, dopo la conversione non sono considerati più *dalit*, secondo l’ordine presidenziale del 1950, perdono anche la protezione legale prevista dal *The Scheduled Castes and the Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Act, 1989*.²⁰ Inoltre, secondo la Corte Suprema, la

¹⁶ Cf. S. LOURDUSAMY, *Handbook on the Civil Cases . . .*, cit., pp.53-57. Cf. S. LOURDUSAMY, *Church Related Issues . . .*, cit., pp. 134-141. Cf. ALLIANCE FOR JUSTICE & ACCOUNTABILITY, *Minority Rights Violations in India*, Washington, D.C. 2017, pp. 44-45.

¹⁷ Ciò sembra molto simile al can. 748 §2 e al CCEO Can. 586: «È severamente proibito costringere o indurre con inopportuni raggiri oppure attirare qualcuno ad abbracciare la Chiesa; tutti i fedeli cristiani, invece, si impegnino affinché sia rivendicato il diritto alla libertà religiosa e che nessuno con ingiuste vessazioni sia distolto dalla Chiesa».

¹⁸ «We have no doubt that it is in this sense that the word “propagate” has been used in Article 25 (1), for what the Article grants is not the right to convert another person to one’s own religion, but to transmit or spread one’s religion by an exposition of its tenets. It has to be remembered that Article 25 (1) guarantees “freedom of conscience” to every citizen, and not merely to the followers of one particular religion, and that, in turn, postulates that *there is no fundamental right to convert another person to one’s own religion* because if a person purposely undertakes the conversion of another person to his religion, as distinguished from his effort to transmit or spread the tenets of his religion, that would impinge on the “freedom of conscience” guaranteed to all the citizens of the country alike». *Rev. Stainislaus vs State of Madhya Pradesh & Ors.*, 17 January 1977, 1977 SCR (2) 611, in <https://indiankanoon.org/doc/1308071/> (consultato il 03 ottobre 2017).

¹⁹ Cf. ALLIANCE FOR JUSTICE & ACCOUNTABILITY, *Minority Rights Violations . . .*, cit., p. 42.

²⁰ Cf. *The Scheduled Castes and the Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Act, 1989*, Act No. 33 of 1989 (11 September 1989), in <https://indiankanoon.org/doc/25085007/> (consultato il 27 settembre

situazione dei cristiani *dalit* non è stata dimostrata così difficile e degradante se confrontata con quella dei *dalit* appartenenti alle altre religioni.²¹ Queste difficoltà sembrano vanificare l’affermato diritto costituzionale della libertà religiosa.

b. Matrimonio “cristiano” indiano e il suo scioglimento civile

Per il matrimonio in ambito civile tra cristiani o dove almeno una parte è cristiana, si segue *The Indian Christian Marriage Act, 1872*.²² Questa legge richiede che il matrimonio avvenga davanti al ministro cristiano e con due testimoni (sez. 25) e che sia registrato l’avvenuto matrimonio seguendo la prassi della Chiesa, anche quella cattolica (sez. 30). Va notato che non può rendere valido un matrimonio che le leggi personali delle parti coinvolte proibiscono (sez. 88). Tale proibizione viene applicata, secondo la Corte Suprema, solo agli impedimenti matrimoniali e non alla forma o al ministro del matrimonio.²³

Per il matrimonio civile tra cristiani o una parte cristiana, si può anche seguire *The Special Marriage Act, 1954*.²⁴ Questa legislazione indica anche le condizioni per il matrimonio (sez. 5: non sposato/a attualmente, capace di consenso, l’età minima e relazioni consanguinee proibite), per i matrimoni nulli (sez. 24: le condizioni indicate sopra, oltre all’impotenza), per i matrimoni annullabili (sez. 25: matrimonio non consumato, aspettativa o avere figli da un’altra persona, matrimonio celebrato con violenza o dolo), inoltre per la separazione (sez. 23) e per il divorzio (sez. 27). Occorre sottolineare la non

2017). Cf. *The Scheduled Castes and the Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Amendment Act, 2015*, Act No. 1 of 2016 (31 December, 2015), in <http://www.indiacode.nic.in/acts-in-pdf/2016/201601.pdf> (consultato il 27 settembre 2017).

²¹ «To establish that paragraph 3 of the Constitution (*Scheduled Castes*) Order, 1950 discriminates against Christian members of the enumerated castes, it must be shown that they suffer from a comparable depth of social and economic disabilities and cultural and educational backwardness and similar levels of degradation within the Christian community necessitating intervention by the State under the provisions of the Constitution. It is not sufficient to show that the same caste continues after conversion. It is necessary to establish further that the disabilities and handicaps suffered from such caste membership in the social order of its origin Hinduism – continue in their oppressive severity in the new environment of a different religious community». *Soosai Etc. vs Union of India and Others*, 30 September 1985, 1985 SCR Supl. (3) 242, in <https://indiankanoon.org/doc/1724190/> (consultato il 02 ottobre 2017).

²² Cf. *The Indian Christian Marriage Act, 1872*, Act No. 15 of 1872 (18 July 1872), in <https://indiankanoon.org/doc/1166543/> (consultato il 28 settembre 2017).

²³ Cf. S. LOURDUSAMY, *Handbook on the Civil Cases . . .*, cit., pp.32-35. Cf. S. LOURDUSAMY, *Church Related Issues . . .*, cit., pp.206-208.

²⁴ Cf. *The Special Marriage Act, 1954*, Act No. 43 of 1954 (9 October 1954), in <https://indiankanoon.org/doc/4234/> (consultato il 28 settembre 2017).

reciprocità dello scioglimento del matrimonio tra la Chiesa e lo Stato, per cui lo scioglimento determinato dal tribunale ecclesiastico non viene riconosciuto dallo Stato, così come quello stabilito dal tribunale civile non viene accolto nella Chiesa. Anche in questi casi, è chiaro che in materia di matrimonio e suo scioglimento non tutto è compatibile tra il diritto civile e il diritto canonico.

c. *Ambito dell'apostolato, specialmente dell'educazione*

La Chiesa di fatto ha offerto un grande contributo all'India attraverso il suo apostolato, specialmente in ambito educativo. La Costituzione indiana stabilisce anche il fondamento di tale possibilità all'art. 30, dove viene affermato il diritto delle minoranze di stabilire e amministrare le istituzioni educative. La Corte Suprema ha interpretato il diritto di stabilire le istituzioni educative, come parte dei diritti speciali di minoranze religiose di promuovere l'educazione e di avere le istituzioni educative, e i diritti all'educazione religiosa, stabilendo una distinzione tra educazione religiosa e istruzione religiosa. Anche il diritto di amministrare le istituzioni educative è stato interpretato in vari diritti: diritto di scegliere i dirigenti scolastici, gli insegnanti e il personale non docente; diritto circa l'ammissione all'istituzione educativa; diritto alla proprietà delle istituzioni educative; diritto all'aiuto dello Stato all'istituzione educativa; e dovere di regolamentare l'educazione impartita entro il quadro determinato dallo Stato.²⁵ Questi diritti hanno senz'altro aiutato positivamente la Chiesa e il suo apostolato educativo in India.

d. *Competenze del foro civile sulle questioni ecclesiastico-canoniche*

Nel caso del foro civile, sono previste delle competenze su questioni ecclesiastico-canoniche? La risposta si può trovare nel *The Code of Civil Procedure, 1908*,²⁶ che nella sez. 9 definisce la giurisdizione civile sul diritto alla proprietà e all'ufficio, anche se basata principalmente sulle questioni di riti

²⁵ Cf. S. LOURDUSAMY, *Handbook on the Civil Cases ...*, cit., pp.103-130. Cf. S. LOURDUSAMY, *Church Related Issues ...*, cit., pp.257-281.

²⁶ «Courts to try all civil suits unless barred: The Courts shall (subject to the provisions herein contained) have jurisdiction to try all suits of a civil nature excepting suits of which their cognizance is either expressly or impliedly barred. [*Explanation I*]. A suit in which the right to property or to an office is contested is a suit of a civil nature, notwithstanding that such right may depend entirely on the decision of questions as to religious rites or ceremonies. [*Explanation II*]. For the purposes of this section, it is immaterial whether or not any fees are attached to the office referred to in *Explanation I* or whether or not such office is attached to a particular place». *The Code of Civil Procedure, 1908*, Act No. 5 of 1908 (21 March 1908), in <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/in/in056en.pdf> (consultato il 02 ottobre 2017).

religiosi. Stando all'interpretazione dalla Corte Suprema, è chiara la mancanza di competenza del foro civile sul credo, sulle pratiche religiose, sulla disciplina interna, sulla nomina e sui trasferimenti dei ministri. Tuttavia, il foro civile può giudicare sulle cose spirituali o rituali della Chiesa, se hanno incidenza o pertinenza temporale, come l'amministrazione, i luoghi sacri, i privilegi o la discriminazione delle caste.²⁷

2.2. Nella Chiesa

Si rilevano ora alcune sfide che l'attuale situazione ecclesiale deve affrontare nella realtà indiana: i modi di adattamento del diritto canonico nelle Chiese in India; il difficile rapporto tra le Chiese *sui iuris*; l'impegno per l'uguaglianza nella Chiesa; e la necessità di inculturazione e di dialogo inter-religioso ed ecumenico in India oggi.

2.2.1. Adattamento del diritto canonico

Il diritto canonico, nel suo percorso storico e nella sua situazione attuale, ha dovuto adattarsi alle realtà ecclesiali indiane in vari modi: accogliendo prima le competenze speciali della Congregazione dell'Evangelizzazione dei Popoli per tutto il territorio indiano, poi le competenze speciali della Congregazione per le Chiese Orientali per quanto riguarda le Chiese orientali *sui iuris* e infine le leggi complementari della Conferenza Episcopale dell'India. Il sovrapporsi delle normative non è sempre stato facile da gestire e da applicare nei contesti di evangelizzazione e di governo della Chiesa in India.

a. Competenze della Congregazione dell'Evangelizzazione dei Popoli e il diritto missionario

Prima di tutto, essendo l'India considerata ancora un territorio missionario, non ci si può dimenticare delle seguenti competenze della Congregazione dell'Evangelizzazione dei Popoli verso i territori missionari (*Pastor Bonus* 85-92):²⁸ dirigere e coordinare in tutto il mondo l'opera stessa dell'evangelizzazione dei popoli e la cooperazione missionaria (art. 85); promuovere le ricerche di

²⁷ Cf. S. LOURDUSAMY, *Handbook on the Civil Cases ...*, cit., pp.19-31. Cf. S. LOURDUSAMY, *Church Related Issues ...*, cit., pp.97-110, 118.

²⁸ Cf. GIOVANNI PAOLO II, Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* sulla Curia Romana, 28 giugno 1988, in «AAS» 80 (1988) 841-923: 881-883.

teologia, di spiritualità e di pastorale missionaria e proporre le norme e le linee di azione, adattate alle esigenze dei tempi e dei luoghi (art. 86); far collaborare efficacemente il Popolo di Dio all'opera missionaria (art. 87); suscitare le vocazioni missionarie e curare la formazione del clero secolare e dei catechisti (art. 88); assicurare l'evangelizzazione attraverso gli idonei istituti e società, erigere e modificare le circoscrizioni ecclesiastiche e assolvere tutti i compiti della Congregazione per i Vescovi (art. 89); avere competenze sugli istituti di vita consacrata e sulle società di vita apostolica, eretti nei territori di missione oppure ivi operanti (art. 90); incrementare la cooperazione missionaria, con l'aiuto delle Pontificie Opere Missionarie (art. 91) e amministrare il proprio patrimonio e gli altri beni destinati alle missioni mediante un suo speciale ufficio (art. 92).

Oltre alle suddette competenze speciali, si applicano anche le facoltà speciali concesse dalla Sede Apostolica per i territori missionari, soprattutto quelle enunciate dal Papa Benedetto XVI nel 2005 e nel 2008, sui seguenti ambiti:²⁹ la rinuncia dei vescovi, le nomine dei prefetti apostolici, le modifiche dei territori delle Chiese particolari, il numero di celebrazioni eucaristiche che sacerdoti possono presiedere ogni giorno, la dispensa dell'età per l'ordinazione, l'assistenza al matrimonio da parte dei laici, la *recognitio* degli statuti e delle normative delle Conferenze Episcopali, la riduzione delle messe *pro populo*, e la dimissione dallo stato clericale *in poenam*.

b. Diritto canonico orientale e competenze della Congregazione per le Chiese Orientali

Non si possono disattendere inoltre le Chiese orientali *sui iuris* presenti in India: la Chiesa cattolica siro-malabarese e la Chiesa cattolica siro-malankarese. Essendo appunto Chiese orientali *sui iuris*, queste Chiese seguono lo *ius commune* determinato nel *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*. Sono vincolate anche dal diritto particolare della propria Chiesa, enunciato dai suoi organi legislativi, cioè il loro Sinodo dei vescovi (CCEO cann. 110 §1, 150 §2, 152).

Occorre ricordare inoltre le competenze speciali della Congregazione per le Chiese Orientali verso le Chiese orientali cattoliche *sui iuris* (*Pastor Bonus* 56-61) elencate qui di seguito: trattare tutte le materie concernenti le Chiese orientali, circa le persone e le cose (art. 56); avere la competenza su tutti gli affari, che sono propri delle Chiese orientali, specialmente su: la struttura e l'ordinamento delle Chiese, l'esercizio delle funzioni di insegnare, di santificare e di governare, le persone, il loro stato, i loro diritti e doveri (art. 58); seguire con premurosa diligenza le comunità di fedeli orientali che si trovano nelle

²⁹ Cf. F. FILONI, *The Reception of the Code in the Missionary Territories and the Special Faculties Granted to the Congregation for the Evangelization of Peoples*, in «The Jurist» 76 (2016) 5-18.

circoscrizioni territoriali della Chiesa latina (art. 59); svolgere l'azione apostolica e missionaria nelle regioni "orientali" (art. 60); e promuovere il dialogo ecumenico e il dialogo interreligioso, con l'intesa dei dicasteri competenti della Curia romana (art. 61). Anche quando le competenze sono chiare, la loro applicazione pratica non è sempre facile.

c. Conferenze Episcopali Indiane e Diritto particolare

Dalla sua fondazione nel 1944, la *Catholic Bishops' Conference of India* (CBCI),³⁰ ovvero l'Associazione permanente dei vescovi cattolici in India, si presenta come «il volto della Chiesa cattolica in India», al servizio delle 168 diocesi, di cui 131 Latine, 29 Siro-malabaresi e 8 Siro-malankaresi, raggruppate in 30 province ecclesiastiche. Attualmente la CBCI tratta solo le «questioni di interesse comune e di carattere nazionale e sopra-rituale».

In seguito alla *Lettera di Papa Giovanni Paolo II* (1987) a tutti i vescovi dell'India, sono state istituite tre "Conferenze Episcopali" con i propri diritti e la corrispondente legislazione ecclesiastica, cioè una per ogni Chiesa *sui iuris*: *Conference of the Catholic Bishops of India* (CCBI) per la Chiesa latina, *Syro-Malabar Bishops' Synod* (SMBS) per la Chiesa Siro-malabarese e *Holy Episcopal Synod* per la Chiesa Siro-malankarese. Oltre a questa diversità di "conferenze episcopali", ci sono anche 14 "conferenze episcopali" regionali, chiamate "*Regional Bishops' Councils*".

La *Conference of the Catholic Bishops of India* (CCBI) ha adottato la normativa complementare al CIC per la Chiesa Latina (*Complementary Legislations to the Code of Canon Law*), che è entrato in vigore, dopo l'approvazione della Congregazione dell'Evangelizzazione dei Popoli, il 16 aprile 1995.³¹ Inoltre, occorre ricordare il diritto particolare delle Chiese Siro-malabarese e Siro-malankarese, emanato dai rispettivi Sinodi dei vescovi e promulgato dai loro arcivescovi maggiori (CCEO cann. 110 §1, 150 §2, 152).

2.2.2. Rapporto tra le Chiese sui iuris

La presenza delle tre Chiese *sui iuris*, cioè Latina, Siro-malabarese e Siro-malankarese, è una grande ricchezza per la Chiesa cattolica in India. Ci sono,

³⁰ Le informazioni sono state prese dal sito-web ufficiale della CBCI: http://cbci.in/about_us.aspx (consultato il 24 settembre 2017).

³¹ Cf. CONFERENCE OF THE CATHOLIC BISHOPS OF INDIA (CCBI), *Complementary Legislations to the Code of Canon Law*, 16 aprile 1995, in <http://ccbi.in/wp-content/uploads/2015/12/Complementary-Legislations-to-the-Code-of-Canon-Law-1.pdf> (consultato il 24 settembre 2017).

tuttavia, delle difficoltà nei loro rapporti quanto all'applicazione della varietà di norme ecclesiastiche e nell'ambito della evangelizzazione e della pastorale.

a. *Problemi di compatibilità del diritto della Chiesa*

Nei territori ove sono sovrapposte le competenze pastorali latine e orientali verso gli stessi fedeli orientali, tale sovrapposizione crea problemi nell'applicazione della normativa canonica latina e/o orientale in alcuni ambiti e soprattutto in quello sacramentali. La *Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio* di Papa Francesco, *De concordia inter Codices*,³² ha cercato di ovviare alcune incongruenze tra i due Codici della Chiesa universale e ha senz'altro portato chiarezza e coerenza nell'applicazione del diritto della Chiesa. Data la molteplice normativa ecclesiastica di riferimento, la sua applicazione pratica in certi casi non è affatto facile.

b. *Questione del territorio e delle competenze pastorali*

Le difficoltà nel rapporto tra le Chiese *sui iuris* in India riguardano principalmente tre ambiti: la cura pastorale dei fedeli orientali nel territorio latino, l'impegno missionario in India, la giurisdizione "territoriale" delle Chiese *sui iuris* sull'India.

Per quanto riguarda la cura pastorale dei fedeli orientali e l'impegno missionario, prendendo lo spunto dalla sua *Lettera ai Vescovi dell'India* del 28 maggio 1987, Giovanni Paolo II invitava i vescovi a superare difficoltà e ostilità: «Sono indispensabili grande disponibilità e comprensione reciproca. La prima forma di comunione è quella che unisce tutti i credenti in Cristo, figli dell'unica Chiesa di Cristo. Bisogna fare ogni cosa in un'atmosfera di fiducia e di finalità comuni, esaminando le varie situazioni con obiettività e cercando di risolverle con uno spirito di sentita collaborazione. Devono essere banditi i conflitti, poiché, il bene non può scaturire che dall'amore».³³

Per la cura pastorale dei fedeli orientali da parte dei pastori latini, proponeva la seguente soluzione pratica: «Circa la cura pastorale dei fedeli dei Riti orientali che vivono in Diocesi di Rito latino, secondo lo spirito e la lettera dei Decreti conciliari *Christus Dominus* 23, 3 e *Orientalium Ecclesiarum* 4, gli Ordinari

³² Cf. FRANCESCO, *Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio De concordia inter Codices*, con la quale vengono mutate alcune norme del Codice di Diritto Canonico, 15 settembre 2016, in <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2016/09/15/0646/01457.html#ita1> (consultato il 18 settembre 2017).

³³ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso Today the Bishop of Rome ai vescovi del Sinodo della Chiesa Siro-Malabarese dell'India*, 8 gennaio 1996, in «AAS» 88 (1996) 762.

latini di tali Diocesi devono assicurare al più presto possibile un'adeguata cura pastorale dei fedeli di Rito orientale, attraverso il ministero di sacerdoti o mediante parrocchie del Rito, dove ciò fosse opportuno, o per opera di un Vicario episcopale». ³⁴

Giovanni Paolo II, inoltre, sottolineava l'importanza dell'impegno missionario di tutti nel contesto indiano: «La Chiesa guarda con viva riconoscenza ed ammirazione all'impegno missionario delle Chiese Orientali in India ed auspica che esso possa estendersi ad altre Chiese, e che tutti sappiano accogliere con gratitudine questa mirabile collaborazione alla crescita del Regno, secondo forme diverse e diverse tradizioni». ³⁵

La spinosa questione della giurisdizione "territoriale" delle Chiese orientali *sui iuris* su tutto l'India è stata risolta, almeno parzialmente, per quanto riguarda la Chiesa siro-malabarese, da Papa Francesco, che nella recente lettera ha stabilito: «Pertanto, ho autorizzato la Congregazione per le Chiese Orientali a *provvedere alla cura pastorale dei fedeli siro-malabaresi in tutta l'India*, attraverso l'erezione di due Eparchie e l'estensione dei confini di due già esistenti. Determino, inoltre, che le nuove come le esistenti circoscrizioni risultino affidate all'Arcivescovo Maggiore di Ernakulam-Angamaly e al Sinodo dei Vescovi della Chiesa Siro-malabarese, a norma del CCEO». ³⁶

Sapendo che la soluzione delle problematiche non è così semplice, Papa Francesco ha invitato tutti i fedeli in India a vivere la comunione e l'amore fraterno: «La via della Chiesa cattolica in India non può essere quella dell'isolamento e della separazione, ma piuttosto del rispetto e della collaborazione. La presenza di diversi Vescovi delle varie Chiese *sui iuris* nello stesso territorio potrà essere motivo sicuramente di bellissima e vivificante comunione e testimonianza. ... In questo spirito, esorto tutte le amatissime Chiese che vivono in India alla generosità e al coraggio per la testimonianza del Vangelo in spirito di fraternità e mutuo amore». ³⁷

Ha suggerito inoltre i passi concreti di cooperazione e accoglienza fraterna da compiere da parte della Chiesa sia Siro-malabarese sia Latina: «*Per la Chiesa Siro-malabarese*, ciò consiste nella continuazione del prezioso lavoro dei loro sacerdoti e religiosi nei contesti latini e nella disponibilità verso quei fedeli siro-malabaresi che, pur scegliendo di frequentare le parrocchie latine, chie-

³⁴ GIOVANNI PAOLO II, Discorso *È per me* ai partecipanti alla plenaria della Congregazione per le Chiese Orientali, 1° ottobre 1998, in «AAS» 91 (1999) 276-277.

³⁵ *Ibidem*, p.279.

³⁶ FRANCESCO, Lettera *La mirabile varietas Ecclesiarum* ai vescovi dell'India, 9 ottobre 2017, in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/letters/2017/documents/papa-francesco_20171009_vescovi-india.html (consultato il 20 settembre 2017). Il corsivo è mio.

³⁷ *Ibidem*.

dono qualche assistenza alla loro Chiesa di origine. *Da parte dei Latini*, questa generosità può assumere la forma di accoglienza nei loro edifici delle comunità siro-malabaresi che non hanno ancora provveduto ai propri. Deve inoltre continuare la cooperazione tra tutte le Chiese *sui iuris*, come ritiri e seminari per il clero, i convegni sulla Bibbia, la celebrazione delle feste comuni, gli sforzi ecumenici. Con la crescita di amicizie spirituali e di reciproca assistenza, ogni tensione o apprensione dovrebbe essere rapidamente superata. Questa estensione degli spazi pastorali della Chiesa Siro-malabarese non sia in alcun modo percepita come una crescita di spazi di potere e di dominio, ma come una chiamata a vivere una comunione più profonda, che non può mai essere intesa come uniformità». ³⁸ Si può soltanto sperare che tale invito di Papa Francesco venga accolto da tutti.

2.2.3. Uguaglianza nella Chiesa

Una terza sfida che deve affrontare la Chiesa in India è la questione della uguaglianza dei fedeli nella Chiesa. Essa, infatti, vive nel suo interno la stessa difficoltà che la società indiana vive nei confronti dei *dalit* e delle donne.

Denunciando l'ingiusto sistema di divisione delle caste e le discriminazioni varie nella società indiana, Giovanni Paolo II aveva chiamato i fedeli dell'India a superare tali forme di negazione della dignità umana: «Ignoranza e pregiudizio devono essere sostituiti da tolleranza e comprensione. Indifferenza e lotta di classi devono tramutarsi in fratellanza e servizio impegnato. Le discriminazioni basate sulla razza, sul colore, sul credo, sul sesso o sull'origine etnica devono essere rifiutate come del tutto incompatibili con la dignità umana». ³⁹ Aveva messo in guardia specialmente i sacerdoti davanti alle problematiche di discriminazione in India: «Purtroppo, anche coloro che sono stati ordinati per il ministero, talvolta possono cadere vittima di tendenze culturali o sociali dannose, che minano la loro credibilità e ostacolano gravemente la loro missione. Come uomini di fede, i sacerdoti non devono consentire alla tentazione del potere o del guadagno materiale di distoglierli dalla loro vocazione, né possono permettere che le differenze etniche o di casta li distruggano dal loro compito fondamentale di diffondere il Vangelo». ⁴⁰

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ GIOVANNI PAOLO II, Discorso *Give thanks to the Lord* ai vescovi dell'India in visita *ad limina apostolorum*, 17 novembre 2003, in «AAS» 96 (2004) 173.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 174

La Conferenza episcopale indiana (CBCI) ha accolto questa sfida di affrontare la cultura di discriminazione nella società indiana e ha emanato dei documenti con varie indicazioni pratiche per superare tali problemi sia nella società indiana sia nella Chiesa.

a. *Questione dalit*

Affrontando l'importante questione dei *dalit*, la CBCI ha promulgato *Policy of Dalit Empowerment in the Catholic Church in India. An Ethical Imperative to Build Inclusive Communities*, nel 2016,⁴¹ ben sapendo che 12 su 19 milioni dei cristiani in India sono *dalit* (n. 24). Dopo una lettura storica e biblica del fenomeno, i vescovi hanno offerto le strategie per il futuro, un piano d'azione per la CBCI e delle raccomandazioni. Tra le strategie per il futuro (nn. 80-95), sono elencate le seguenti: proporre una risposta radicata nei valori evangelici e guidata dai principi della Costituzione indiana (nn. 82-84); assicurare i diritti uguali dei cristiani *dalit* e dei musulmani *dalit* (n. 85); rafforzare il potenziamento educativo ed economico (nn. 86-87); Sviluppare la *leadership* dei laici per l'azione politica (n. 88); rafforzare le strategie di attuazione e i meccanismi di monitoraggio (n. 89); promuovere i meccanismi di responsabilità e trasparenza (n. 90); costruire piattaforme di solidarietà per rafforzare il bene comune (nn. 91-92); creare rete (network) con persone di buona volontà e forgiare alleanze dei marginalizzati (nn. 93-95).

Viene proposto inoltre un piano d'azione per la CBCI (n. 96): abolire ogni discriminazione, considerandola un peccato grave; creare una Commissione CBCI per *Scheduled Castes & Backward Castes* con sacerdoti *dalit*; fare un censimento sui cristiani e sul loro stato socio-economico basato sulla loro casta, usare risorse *online* per *dalit*; presentare alcune borse di studio; e seguire i processi giudiziari e gli appelli nella Corte Suprema sui *dalit*. Tra le raccomandazioni (nn. 97-98), vengono proposte le seguenti: elaborare piani d'azione a breve e lungo termine; abolire tutte le pratiche della discriminazione; promuovere e curare le vocazioni dei *dalit* al sacerdozio e alla vita religiosa; aumentare la trasparenza nella *governance*; dare spazio alle donne, ai bambini e ai giovani *dalit*; rafforzare i movimenti del popolo; e incoraggiare l'educazione e l'imprenditorialità dei *dalit*. In questo modo si spera almeno di affrontare con coraggio il problema di discriminazione dei *dalit* nella società e nella Chiesa.

⁴¹ Cf. CATHOLIC BISHOPS' CONFERENCE OF INDIA, *Policy of Dalit Empowerment in the Catholic Church in India. An Ethical Imperative to Build Inclusive Communities*, 8 December 2016, in <http://cbci.in/DownloadMat/dalit-policy.pdf> (consultato il 21 settembre 2017).

b. *Questione donne*

Sulla questione delle donne nella società e nella Chiesa, la Commissione per le donne della CBCI ha preparato il seguente documento nel 2009: *Empowerment of Women in the Church and Society. Gender Policy of the Catholic Church of India*.⁴² Nel documento, sono state individuate le seguenti “aree di attuazione: politiche e strategie” per la promozione dei diritti delle donne nella società civile e politica: donne e famiglia; donne ed educazione; donne e salute; e donne e partecipazione sociale, attraverso la promozione della partecipazione femminile alla vita pubblica e nelle strutture politiche statali, la loro indipendenza economica, il loro contributo per la pace e per la concordia religiosa e per l’ambiente.

Ha inoltre richiesto di prestare un’attenzione speciale verso alcune problematiche prevalenti nella società indiana: diritti delle bambine; donne *dalit* e quelle tribali; violenza contro le donne (specie in media, nei posti di lavoro e nei luoghi pubblici); donne in circostanze difficili (violenza domestica specialmente verso le mogli, incesto, dote o *dowry* e lavoratrici domestiche); traffico e abuso sessuale delle donne. Per valorizzare il contributo delle donne nella Chiesa, ha suggerito la loro partecipazione negli organi amministrativi della CBCI, la loro presenza nel servizio sociale diocesano, la loro rappresentazione e partecipazione nelle strutture ecclesiali, e l’attenzione alla formazione delle donne consacrate e dei seminaristi.

Si spera che questi sforzi della Chiesa indiana aiutino a realizzare l’esortazione di Papa Francesco sulla presenza femminile: «È dunque un benefico processo quello della crescente presenza delle donne nella vita sociale, economica e politica a livello locale, nazionale e internazionale, nonché in quella ecclesiale. Le donne hanno pieno diritto di inserirsi attivamente in tutti gli ambiti, e il loro diritto va affermato e protetto anche attraverso strumenti legali laddove si rivelino necessari».⁴³

2.2.4. Inculturazione e dialogo

Un’altra sfida della Chiesa consiste senz’altro nella sua capacità di affrontare l’inculturazione e il dialogo sia interreligioso sia ecumenico.

⁴² Cf. COMMISSION FOR WOMEN – CATHOLIC BISHOPS’ CONFERENCE OF INDIA, *Empowerment of Women in the Church and Society. Gender Policy of the Catholic Church of India*, 8 December 2009, in http://cbci.in/DownloadMat/Gender_Policy.pdf (consultato il 21 settembre 2017).

⁴³ FRANCESCO, Discorso *Vi accolgo con gioia* ai partecipanti alla plenaria del pontificio consiglio per il dialogo interreligioso, 9 giugno 2017, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/june/documents/papa-francesco_20170609_pontconsiglio-dialogo-interreligioso.html (consultato il 05 settembre 2017).

a. *Inculturazione*

Quanto sono vere queste parole anche nel contesto indiano: «Immense regioni del mondo, soprattutto in Asia, continente di antiche culture, sono profondamente segnate da religioni e saggezze non cristiane, come l'Induismo, il Buddismo, il Taoismo, lo Shintoismo, il Confucianesimo, che meritano attenta considerazione. *Il messaggio di Cristo vi suscita poche risposte. Forse perché qui il Cristianesimo è, troppo spesso, percepito come una religione straniera, non abbastanza inserita, assimilata e vissuta nelle culture locali?*». ⁴⁴ Già Giovanni Paolo II invitava i cristiani in India all'inculturazione della fede: «Spetta ai cristiani d'oggi, innanzitutto a quelli dell'India, il compito di estrarre da questo ricco patrimonio gli elementi compatibili con la loro fede così che ne derivi un arricchimento del pensiero cristiano» (*Fides et Ratio* 72). ⁴⁵ Non si dovrebbe dimenticare di cogliere i semi della fede già presenti nella società indiana: «Numerose realtà morali e spirituali, addirittura mistiche, quali la santità, la rinuncia, la castità, la virtù, l'amore universale, l'amore per la pace, la preghiera e la contemplazione, la felicità in Dio, la compassione, vissute in tali culture, costituiscono altrettante aperture verso la fede nel Dio di Gesù Cristo». ⁴⁶

Occorrerebbe anche "inculturare" ulteriormente il diritto, processo già in atto nel contesto indiano attraverso i vari modi di "adattamento del diritto canonico" (come si è visto *precedentemente* in questo contributo). Ciò deve avvenire continuamente nel contesto ecclesiale nazionale e regionale, accogliendo l'invito di Papa Francesco: «Inoltre, in ogni paese o regione si possono *cercare soluzioni più inculturate*, attente alle tradizioni e alle sfide locali. Infatti, le culture sono molto diverse tra loro e ogni principio generale . . . ha bisogno di *essere inculturato*, se vuole essere osservato e applicato» (*Amoris Laetitia* 3). ⁴⁷ La Chiesa in India, dunque, deve avere il coraggio di confrontarsi con la propria radice, storia e cultura per proporre la fede cristiana e le connesse normative con il "linguaggio" indiano. ⁴⁸

⁴⁴ PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA CULTURA, *Per una Pastorale della cultura*, 23 maggio 1999, n. 20, in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 18, 2002, p. 621. Non si può che accettare questo giudizio della Recchi: «Non si può nascondere il fatto che la Chiesa è rimasta a lungo preoccupata dell'unità, interpretata soprattutto come uniformità di lingua, di stile, di gesti, di strutture e di disciplina. Ciò è durato secoli e durante tutto questo tempo essa non si è resa conto che aveva dato al Cristo soltanto un volto, quello europeo». S. RECCHI, *Diritto canonico e culture*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 11 (1998) 436.

⁴⁵ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Fides et Ratio* circa i rapporti tra fede e ragione, 14 settembre 1998, n. 72, in «AAS» 91 (1999) 61.

⁴⁶ PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA CULTURA, *Per una Pastorale della cultura*, 23 maggio 1999, 20.

⁴⁷ FRANCESCO, Esortazione Apostolica Post-sinodale *Amoris laetitia* sull'amore nella famiglia, 19 marzo 2016, n.3, in «AAS» 108 (2016) 312.

⁴⁸ «Il compito del diritto umano universale e quello particolare è perciò quello di garantire,

b. *Dialogo inter-religioso ed ecumenico*

Giovanni Paolo II «esorta(va) i fedeli ad avviare, con prudenza e carità, il dialogo e la collaborazione con i membri delle altre religioni»: ⁴⁹ «La Chiesa cattolica in India ha promosso in modo costante la dignità di ogni persona umana e il corrispondente diritto di tutti i popoli alla libertà religiosa. Il suo incoraggiamento a tollerare e rispettare le altre religioni è dimostrato dai numerosi programmi di scambio interreligioso che avete sviluppato a livello sia nazionale sia locale. Vi incoraggio a proseguire questi dialoghi franchi e utili con gli appartenenti alle altre religioni. Tali discussioni ci aiuteranno a coltivare questa ricerca reciproca della verità, dell'armonia e della pace». ⁵⁰ È molto incoraggiante vedere tante manifestazioni di incontro e di dialogo inter-religioso che avvengono ogni giorno in India, non solo promosse dalla Chiesa cattolica.

Si dovrebbe incoraggiare anche il dialogo ecumenico, soprattutto da parte delle Chiese cattoliche orientali *sui iuris* presenti in India (CCEO cann. 902-908): «Spetta alle Chiese orientali cattoliche il compito speciale di promuovere l'unità fra tutte le Chiese orientali anzitutto con la preghiera, con l'esempio della vita, con la religiosa fedeltà verso le antiche tradizioni delle Chiese orientali, con una migliore conoscenza vicendevole, con la collaborazione e la fraterna stima delle cose e dei cuori» (CCEO can. 903). Infatti, tale dialogo deve avvenire a livello teologico, «evitando i pericoli di un falso irenismo, dell'indifferentismo e dello zelo eccessivo» (CCEO can. 905). Si deve assicurare anche un dialogo spirituale (CCEO can. 907) e un dialogo sociale, cooperando con altri cristiani

di volta in volta, nel corso della storia, sia l'unità che la pluralità dell'unica Chiesa di Cristo realizzando nel modo umanamente migliore il principio ecclesiologico dell'*in quibus* e dell'*ex quibus*. Ciò esige da una parte che il diritto canonico universale umano-positivo deve poter essere applicabile nelle singole Chiese particolari senza forzature, evitando di confondere l'unità con l'uniformità; dall'altro che il diritto canonico particolare umano, per uno scorretto processo di inculturazione, non deve risultare eterogeneo al diritto delle altre Chiese particolari». E. CORECCO, *Ius universale – ius particolare*, in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Città del Vaticano 1994, pp. 565-566. Cf. F. ELUVATHINGAL, *Inculturation and Church: A Canonical Overview*, in P. PULIKKAN – P.M. COLLINS (Eds.), *The Church and Culture in India. Inculturation: Theory and Praxis*, Delhi 2010, pp. 39-55. Cf. G. BONI, *Il Codex Iuris Canonici e le culture*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica», settembre 2009, pp.1-157.

⁴⁹ Benedetto XVI ha indicato delle regole d'oro per il dialogo interreligioso: «Per l'essenza del dialogo interreligioso, oggi in genere si considerano fondamentali due regole: 1. Il dialogo non ha di mira la conversione, bensì la comprensione. In questo si distingue dall'evangelizzazione, dalla missione. 2. Conformemente a ciò, in questo dialogo ambedue le parti restano consapevolmente nella loro identità, che, nel dialogo, non mettono in questione né per sé né per gli altri». BENEDETTO XVI, Discorso *Con grande gioia* presentazione degli auguri natalizi della curia romana, 21 dicembre 2012, in «AAS» 105 (2013) 52.

⁵⁰ GIOVANNI PAOLO II, Discorso *Give thanks to the Lord* ai vescovi dell'India in visita *ad limina apostolorum*, 17 novembre 2003, in «AAS» 96 (2004) 175.

in varie iniziative, «come per esempio le opere di carità, di giustizia sociale, la difesa della dignità della persona umana e dei suoi diritti fondamentali, la promozione della pace, le date commemorative della patria, le feste nazionali» (CCEO can. 908). Infatti, l'India è il luogo per eccellenza per il dialogo inter-religioso – essendo la culla delle religioni –, e per il dialogo ecumenico – vivendo da secoli con varie Chiese nel suo seno.

3. CONCLUSIONE

La breve lettura storica delle realtà culturali indiane sia legislative sia ecclesiali e la presentazione delle sfide attuali – nella società civile e nella Chiesa – emergenti soprattutto dall'incontro tra la cultura canonica e la cultura giuridica indiana rivelano il volto luminoso della Chiesa cattolica in India, ove la fede cristiana è stata accolta, adottata, inculturata e celebrata, arricchendo a sua volta la cultura indiana.

Anche se le sfide da affrontare sia nella società sia nella Chiesa non sono semplici e facili, tuttavia la fede vissuta dai fedeli cristiani ci invita a guardare l'India con gioia e speranza, come illustrano chiaramente queste incoraggianti parole di Benedetto XVI ai vescovi dell'India: «Le più significative risorse concrete delle Chiese che guidate non sono gli edifici, le scuole, gli orfanotrofi, i conventi o le canoniche, ma *gli uomini, le donne e i bambini della Chiesa in India che fanno vivere la fede, che rendono testimonianza della presenza amorevole di Dio attraverso vite di santità*. Come parte di un patrimonio ricco e antico, *l'India vanta una presenza cristiana antica e ragguardevole, che ha contribuito alla società indiana e ha recato beneficio alla vostra cultura in innumerevoli modi*, arricchendo la vita di tantissimi cittadini, non solo cattolici. L'enorme benedizione della fede in Dio e nel suo Figlio, Gesù Cristo, di cui i membri della Chiesa recano testimonianza nel vostro Paese, li motiva ad agire in modo altruistico, gentile, amorevole e caritatevole (cf. 2Cor 5, 14). Ancor più importante è che *la Chiesa in India proclama la sua fede e il suo amore alla società in generale, li realizza attraverso l'interesse per tutte le persone, in ogni aspetto della loro vita spirituale e materiale*. Che essi siano ricchi o poveri, anziani o giovani, maschi o femmine, di antica tradizione cristiana o accolti nella fede di recente, *la Chiesa non può non vedere nella fede dei suoi membri, individualmente e collettivamente, un grande segno di speranza per l'India e per il suo futuro*».⁵¹

⁵¹ BENEDETTO XVI, Discorso *Vi porgo* ai vescovi della Conferenza Episcopale dell'India in visita *ad limina apostolorum*, 19 settembre 2011, in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110919_bishops-india.html (consultato il 20 settembre 2017). Il corsivo è mio.

CULTURE CANONIQUE ET CULTURES JURIDIQUES EN AFRIQUE

*Jean Paul Betengne**

RÉSUMÉ : Introduction. – 1. Le pluralisme juridique en Afrique. 1.1. Les cultures juridiques en présence. 1.2. La dialectique entre la culture canonique et les autres cultures juridiques. – 2. La diffusion de la culture canonique en Afrique. 2.1. Des obstacles à surmonter. 2.2. Des avancées remarquables. – 3. La question d'un droit canonique africain. 3.1. La problématique. 3.2. Pour une plus grande implication de l'Afrique dans la construction de la culture canonique. – Conclusion.

INTRODUCTION

Si l'on considère la culture juridique comme l'ensemble des techniques, des théories, des mœurs et de l'esprit qui caractérisent l'expression du droit au quotidien, celui-ci est nécessairement marqué à la fois par la culture de son milieu de naissance et par celle de l'environnement où il est effectivement vécu. Il n'est donc pas rare de rencontrer une variété de cultures juridiques à l'intérieur d'un même espace social, suivant la diversité des personnes qui y vivent. Ceci est plus remarquable encore en Afrique du fait de la diversité des sources inspiratrices du droit qui est certainement l'une des caractéristiques de l'univers juridique de l'Afrique contemporaine¹. Lorsque le premier Code de droit canonique est promulgué en 1917, l'Eglise est récemment implantée en Afrique et la quasi-totalité du continent est aux prises avec le fait colonial qui tend à mettre en place des formes de communautés politiques sur la base des modèles juridiques des métropoles. Ces communautés devenant progressivement autonomes pour constituer des Etats indépendants à partir des années 1960, vont elles aussi développer des cultures juridiques souvent hybrides, mêlant les droits traditionnels et le droit moderne. On ne saurait donc parler de la culture canonique en Afrique et de ses liens avec les autres cultures

* Université Catholique d'Afrique Centrale / Institut Catholique de Yaoundé.

¹ J-P. MAGNANT, *Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine*, « Droit et cultures : Jus et Code civil », 48 (2004) 167-192.

juridiques, sans souligner d'abord le pluralisme juridique qui y a cours. C'est dans ce contexte spécifique que la culture canonique se diffuse progressivement, suscitant aussi un désir de voir émerger un droit canonique africain.

1. LE PLURALISME JURIDIQUE EN AFRIQUE

1.1. *Les cultures juridiques en présence*

Le pluralisme juridique se caractérise par « la soumission simultanée d'un individu à une multiplicité d'ordonnements juridiques »². En Afrique, coexistent diverses cultures juridiques, certaines sont dites traditionnelles ou coutumières, tandis que d'autres, héritées de la colonisation, sont dites modernes. À côté de ces deux grands blocs, le droit canonique se déploie essentiellement dans la communauté ecclésiale.

a) Les cultures juridiques fondées sur la coutume

L'expansion de la culture du droit écrit tend à phagocyter l'autre principale source du droit qu'est la coutume. Celle-ci souffre en effet de son apparente inconsistance, faute de n'être pas fixée sur des supports fiables et facilement consultables. La coutume au sens large s'entend de tout usage ou pratique de la vie d'une communauté qui présente un caractère habituel et qui, de ce fait, tend à se poser en règle. Vue sous l'angle du droit, la coutume peut se définir comme une règle de conduite dont la nécessité, le caractère obligatoire et les effets juridiques sont reconnus et admis par les sujets de droits concernés, sans le secours d'un texte normatif qui l'impose³. On peut donc distinguer deux situations apparemment similaires, mais bien distinctes : d'un côté, des normes coutumières qui ont une véritable valeur juridique ; de l'autre, des usages et pratiques qui, sans avoir une portée juridique intrinsèque, influencent cependant les choix des agents sociaux au quotidien⁴. Contrairement à l'Europe et à l'Amérique du nord, l'Afrique est l'un des espaces où la coutume non-codifiée constitue encore une importante source du droit des communautés

² J. VANDERLINDEN, *Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique*, in « Revue de la Recherche juridique. Droit prospectif », 2 (1993) 582.

³ Une coutume peut néanmoins être accueillie par un texte formel, mais ce n'est jamais ce dernier qui lui donne naissance, mais seulement plus de force, de consistance, ou de champ.

⁴ Cf. Ch.-G. DOTSÈ ALOSSE, *La norme du droit en Afrique entre la tradition et la modernité*, in « Germivoire », 2 (2015) 46.

ethniques ou claniques, bien souvent en parallèle du droit de la communauté nationale ou droit étatique.

Ceci dit, la coutume dont il s'agit ici est différente de la coutume canonique qui renvoie à une norme non écrite observée par une communauté de fidèles capables de recevoir une loi et consciente de son appartenance à la sphère ecclésiale⁵. En Afrique en effet, lorsqu'on parle de coutume, c'est bien souvent à la coutume traditionnelle que l'on fait référence, c'est-à-dire à ces « valeurs ancestrales que les générations se doivent de perpétuer, sous peines de sanctions implicites »⁶. Cette coutume traditionnelle encadre tous les aspects de la vie des individus, structurant leurs comportements, leurs systèmes de pensée et leurs façons de croire. À côté de cette coutume traditionnelle, le droit étatique et le droit canonique ne peuvent qu'apparaître étrangers.

b) Les cultures juridiques d'inspiration islamique

La présence islamique en Afrique est tellement ancienne que de nombreux usages inspirés de l'Islam sont devenues des pratiques coutumières chez bien des peuples d'Afrique. Lorsqu'en effet arrivent les premiers missionnaires chrétiens sur le continent, la conquête islamique de la partie au-dessus de l'équateur y a déjà plusieurs siècles⁷. L'Islam y a laissé des marques qui affectent les comportements juridiques de ses adeptes. En effet, les musulmans africains ont des pratiques et des comportements qui les unissent entre eux et au monde islamique. « Ils ont un même livre, un même système de croyances, des pratiques communes [...] et donc un système qui les sépare des non-croyants, délimite une identité propre »⁸. Au contact des autres communautés, les populations musulmanes s'efforcent de valoriser leurs particularismes, en se référant au Coran, et en s'opposant parfois aux formes de juridicité européennes assimilées au christianisme. Là où le dialogue islamo-chrétien ou entre la culture islamique et d'autres cultures est difficile, des tensions peuvent apparaître.

⁵ Le c. 23 dispose que « Seule a force de loi la coutume qui, introduite par une communauté de fidèles, aura été approuvée par le législateur ».

⁶ Ch.-G. DOTSÈ ALOSSE, *La norme du droit en Afrique...*, p. 46.

⁷ Cf. M. PIAULT, *Afrique Noire (Culture et société) - Religions*, in « Encyclopædia Universalis » [en ligne], consulté le 31 août 2017. URL: <http://www.universalis.fr/encyclopedie/afrique-noire-culture-et-societe-religions/> L'auteur souligne que « La pénétration s'est faite lentement dès la fin du VIII^e siècle, mais c'est surtout à partir du XI^e siècle que l'Islam a commencé à jouer un rôle dans l'histoire des sociétés et des formations politiques africaines ».

⁸ Ch. COULON, *Le réseau islamique*, in « Politiques africaines », 9 (1983) 68.

c) La culture juridique des systèmes étatiques

Dans les pays africains, le droit écrit est la source première du droit des Etats⁹. Introduit pour l'essentiel par les puissances coloniales, le droit écrit est devenu le mode ordinaire de faire le droit. Dès les premiers contacts avec les communautés locales, l'administration coloniale s'est attelée à reproduire, avec parfois quelques adaptations, le système juridique déjà éprouvé en métropole. On peut ainsi constater que les droits étatiques africains sont souvent des copies des droits des ex-colonisateurs. Les droits des pays africains se répartissent ainsi selon les deux grandes familles de droit connues en Europe, avec d'un côté le système romano-civiliste transmis par les colonisations française, belge, espagnole et portugaise, et de l'autre, le système de la *Common law* disséminé dans les anciennes colonies anglaises. Ces systèmes ont la particularité de placer le pouvoir étatique (législatif, judiciaire ou exécutif), au centre de tout processus de création des normes juridiques.

L'arsenal juridique des Etats africains accueille parfois les droits dits traditionnels, notamment dans le domaine judiciaire, tentant avec plus ou moins de réussite, de concilier les pratiques juridiques coutumières et les exigences de la modernité¹⁰. Mais, la « diversité des coutumes fragilise le droit qui en résulte et le rend par conséquent difficilement applicable par les tribunaux »¹¹.

1.2. *La dialectique entre la culture canonique et les autres cultures juridiques*

La culture canonique peut s'entendre comme la conscience juridique commune des fidèles qui ont connaissance de l'existence de normes spécifiques pour l'Eglise. Elle s'est élaborée progressivement dès le début du Christianisme

⁹ Ceci est vrai, même pour les anciennes colonies anglaises où la jurisprudence du colonisateur, fixé sur des supports écrits, est retenue comme référence.

¹⁰ Au Cameroun par exemple, l'organisation judiciaire admet l'application de la coutume tant par les instances coutumières présidées par des chefs traditionnels, que par certains tribunaux modernes présidés par un juge étatique. En pratique, ce système judiciaire reproduit le dualisme juridique né de la double colonisation française et anglaise. Dans la partie francophone, et conformément au Décret n° 69-DF-544 du 19 décembre 1969 fixant l'organisation judiciaire et la procédure devant les juridictions traditionnelles du Cameroun oriental (francophone), les chefs coutumiers président les tribunaux coutumiers dont ils ont la charge, tandis que les magistrats appliquent la coutume dans les Tribunaux de Premier Degré. La partie anglophone du Cameroun quant à elle connaît deux juridictions traditionnelles à savoir les *Alkali Courts* qui connaissent des litiges entre indigènes musulmans, et les *Customary Courts* compétents pour les litiges entre indigènes non musulmans.

¹¹ V. E. BOKALLI, *La coutume, source de droit au Cameroun*, « Revue générale de droit », Volume 28, n° 1 (1997) 39.

et continue à se développer avec divers enrichissements au gré des contacts avec les communautés humaines¹². En Afrique, peu d'observateurs ont connaissance de l'existence d'un droit propre à l'Eglise, ou du moins ont-ils du mal à imaginer dans l'Eglise un système juridique bien élaboré, avec ses lois et son code. D'autres considèrent le droit de l'Eglise comme une excroissance de la théologie, qui ne serait donc pas un vrai droit. Dans ce contexte, la culture canonique peut-elle trouver un écho en dehors de l'Eglise ?

Un problème majeur que doivent affronter les sociétés qui connaissent le pluralisme juridique est celui de voir ces cultures se côtoyer sans se mélanger les unes aux autres. Elles forment alors des strates distinctes dont les agents se servent au gré de leurs intérêts, sans chercher nécessairement à les concilier. Pire, en Afrique, la pratique canonique des premiers missionnaires a parfois eu tendance à disqualifier d'emblée les coutumes¹³, poussant alors les fidèles qui y étaient attachés, à regarder avec suspicion le droit canonique considéré comme relevant d'une culture étrangère. Mais bien souvent aussi, la culture canonique oriente les choix des fidèles qui préfèrent suivre les préceptes de l'Eglise plutôt que les recommandations de leur droit coutumier.

Avec la culture juridique islamique, la question se pose en termes de dialogue. Certes, l'Islam n'a pas un visage uniforme, et la question se pose souvent de savoir avec qui dialoguer. Il faut donc toujours faire un effort de discernement, chercher à bien connaître ceux qui prétendent parler au nom de l'Islam, et cheminer avec ceux qui sont disposés au dialogue.

Quant à la coexistence entre la culture canonique et les systèmes juridiques étatiques, elle se déroule dans une relative ignorance mutuelle, fondée non pas sur une séparation étanche, mais davantage sur une distinction des finalités. De fait, la plupart des Etats n'ignorent pas que la culture canonique imprègne la vie d'une partie des citoyens qui sont en même temps croyants, même s'ils ne s'y intéressent pas directement. Avec les efforts actuellement déployés par le Saint-Siège pour la signature d'Accords de droit international avec les Etats africains sur le statut juridique de l'Eglise dans les différents pays, on verra peut-

¹² Cf. J. GAUDEMET, *Culture juridique. I. Culture juridique catholique*, in « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », 2^e édition, Paris, LGDJ, (1993), pp. 150-152.

¹³ Cf. Card. MALULA, *Ceuvres complètes. Textes concernant l'inculturation et les Abbés*, Rassemblées par L. DE SAINT MOULIN, Vol. 3, Facultés Catholiques de Kinshasa, 1997, p. 27. A l'occasion d'une conférence donnée à Bruxelles le 28 mai 1958, le cardinal congolais soulignait de manière globale que, « les missionnaires ont fait un grand effort d'adaptation en étudiant et en parlant les langues indigènes. Malgré tout cela, aux yeux des africains, ils sont restés et restent des étrangers. Rien d'étonnant. Ainsi certaines coutumes n'ont pas été comprises à fond et ont encouru le « holà » des Occidentaux. L'âme noire n'a pas été touchée [...] là où il fallait la compénétration, il n'y a eu que la superposition ; au lieu de l'incarnation, on a la juxtaposition ».

être s'éveiller la curiosité des juristes étatiques pour la culture canonique, au moins dans le but de saisir la portée de certaines dispositions conventionnelles. En effet, de telles conventions évoquent explicitement les « normes du droit canonique en vigueur » comme cadre de référence pour leur compréhension et application¹⁴. On peut alors affirmer qu'à travers les conventions signées avec le Saint-Siège, les systèmes juridiques étatiques reconnaissent le droit canonique et s'engagent à le *protéger*, en certaines circonstances. Ce pourrait être le cas par exemple lorsqu'une affaire purement ecclésiale et relevant exclusivement de l'autorité ecclésiastique, est portée devant les tribunaux étatiques. Le juge étatique dans ce cas devrait se référer à la législation canonique, et déclarer son incompétence, sauf à vérifier, s'il y a lieu, que le droit de l'Eglise a bien été appliqué.

2. LA DIFFUSION DE LA CULTURE CANONIQUE EN AFRIQUE

La diffusion de la culture canonique en Afrique se fait progressivement, mais elle doit encore faire face à certains obstacles.

2.1. Des obstacles à surmonter

a) L'antijuridisme

Dans bien des milieux ecclésiaux en Afrique, le droit canonique doit encore se justifier. Le regard suspicieux qui pèse sur lui n'est certes pas propre à l'Afrique et ne date pas d'aujourd'hui¹⁵. A défaut de contester le droit tel qu'il existe, on se contente souvent de l'ignorer, de faire sans.

Le rapport au droit canonique de nombre de fidèles n'est pas sans équivoque. Evoqué pour revendiquer certaines postures, ce droit est plus souvent accusé¹⁶. Certains n'hésitent pas à le réduire à un instrument dont dispose la hiérarchie ecclésiale pour étouffer l'épanouissement des fidèles. Une autre

¹⁴ Cf. Préambule des Accords entre le Saint-Siège et certains Etats d'Afrique : Gabon (12 décembre 1997), Guinée Equatoriale (13 octobre 2012), Cameroun (13 janvier 2013), Tchad (6 novembre 2013), RDC (20 mai 2016), Congo-Brazzaville (3 février 2017), etc.

¹⁵ Cf. L. DE NAUROIS, *Le juridisme et le droit*, in « Nouvelle Revue Théologique », t. 110, (1968) 1064-1082; H. WAGNON, *Le droit canonique dans l'Eglise d'aujourd'hui*, in « Revue théologique de Louvain », 1^{ère} Année, fasc. 2, (1970) 121-143; P. EYT, *L'antijuridisme et sa portée dans la vie récente de l'Eglise*, in « L'Année Canonique » 27 (1983) 17-24.

¹⁶ Cf. P. EYT, *L'antijuridisme et sa portée ...*, pp. 17-18.

critique consiste à dire que le droit de l'Église serait sourd et aveugle à la réalité. Il ferait très peu cas des situations difficiles que vivent des fidèles. Pour certains encore, le droit canonique exigerait de ceux-ci une morale de héros que, justement, peu d'hommes et de femmes peuvent assumer.

Comme ailleurs, l'antijuridisme dont on perçoit des signes dans les Église d'Afrique, peut se parer de bonnes intentions. Ainsi par exemple, sous prétexte de promouvoir une culture de la fraternité pour une Église-communion¹⁷, on en vient à mettre de côté le droit. Parfois encore, on prétend être plus efficace en passant outre les exigences canoniques de contrôle dont le but est justement de diminuer le risque d'arbitraire et d'erreur. Dans un tel contexte, la culture canonique pénètre difficilement les mentalités, surtout lorsque sont en même temps constatés des abus de droit au sein même de l'Église.

b) Des abus de droit et d'autorité

Comme pour donner raison aux critiques, il n'est pas rare de rencontrer des abus de droit et d'autorité du côté de la hiérarchie à qui il revient pourtant de promouvoir le droit de l'Église. Là où ces mauvaises pratiques ont cours, il se pose manifestement un problème de gouvernance ecclésiale. On ne mesure pas assez l'étendue des dommages causés au sein de la communauté des fidèles et aux yeux du monde par de telles attitudes : ce sont de nombreux fidèles qui dédaignent l'enseignement de l'Église, des hommes et des femmes qui relativisent la pertinence du message évangélique.

Dans certaines communautés ecclésiales en Afrique, des institutions et organismes prévus par le Code de droit canonique sont ignorés, alors que leur finalité est de promouvoir un meilleur service pastoral et un gouvernement adéquat. On considère parfois comme peu rentable, l'investissement en moyens nécessaires au bon fonctionnement des institutions prévues pour assurer l'accompagnement des fidèles. Parfois, des organismes existent, des rencontres se tiennent, mais elles sont sans âmes dans la mesure où ne leurs sont pas dévolues les tâches normalement prévues par la législation canonique. Cette dernière situation concerne en particulier les organismes dits de participation

¹⁷ Cf. CONGREGATION POUR LA DOCTRINE DE LA FOI, *Lettre aux évêques de l'Église catholique sur certains aspects de l'Église comprise comme communion*, 28 mai 1992. La Congrégation met en garde contre des conceptions erronées de la notion d'Église-communion en précisant que « le concept de *communio* doit être en mesure d'exprimer aussi, d'une part, la nature sacramentelle de l'Église tandis que "*nous vivons en exil loin du Seigneur*", et d'autre part l'unité particulière qui fait des fidèles les membres d'un même Corps, le Corps mystique du Christ, communauté organiquement structurée ».

dont le but principal est d'aider l'autorité à prendre les meilleures décisions possibles. Or, lorsqu'on prend l'habitude de décider en ignorant ces organismes ou en les informant au lieu de les consulter pour en obtenir un avis ou un consentement, on crée des frustrations et on s'expose au risque de l'erreur.

2.2. *Des avancées remarquables*

Au gré des péripéties, la culture canonique fait son chemin en Afrique, notamment pour son utilité reconnue dans les pratiques pastorales, et avec l'engagement des centres académiques.

a) L'utilité pastorale du droit canonique

Par nature, le droit canonique est appelé à faciliter l'action pastorale, celle-ci entendue comme l'activité permanente au moyen de laquelle l'Eglise accompagne les fidèles dans leur vie, à travers des enseignements, des conseils, des exhortations, mais aussi des exigences et si nécessaires des sanctions. En Afrique, le recours explicite au droit canonique est de plus en plus manifeste sur le terrain pastoral¹⁸. Ceci est dû non seulement à une meilleure connaissance de ce droit et donc aussi à une plus grande imprégnation de la culture canonique, mais aussi à la prise de conscience que le droit canonique constitue un instrument efficace pour trouver des réponses efficaces aux questions pratiques qui peuvent se poser¹⁹.

Il faut relever ici l'engagement de certains évêques qui ont eu le souci de promouvoir une culture canonique dans les Eglises particulières d'Afrique. Ils ont travaillé à l'enracinement du droit canonique en contexte culturel africain, recourant parfois à une terminologie adaptée au milieu, sans sacrifier l'essentiel²⁰. D'autres ont eu des initiatives plus audacieuses encore. En se référant aux enseignements du Concile Vatican II qui encourageaient la participation

¹⁸ J. B. SALLA, *Regard d'un théologien sur la pertinence du droit canonique dans les pratiques pastorales des Eglises particulières d'Afrique centrale*, « L'Année canonique », 50 (2008) 31-39.

¹⁹ Il en est ainsi par exemple de la contractualisation de plus en plus remarquée des rapports entre les Diocèses et les congrégations religieuses. Pendant longtemps en effet, de nombreux Ordinaires du lieu ne percevaient pas l'importance de signer des conventions avec les communautés religieuses en service dans les Eglises particulières. Aujourd'hui, ce sont plutôt les diocèses qui en demandent.

²⁰ C'est ainsi par exemple que Mgr Jean Zoa, ancien archevêque de Yaoundé avait érigé des paroisses « sociologiques » qui tiennent lieu de paroisses personnelles. Dans le même sens, il a mis en place des « Centres eucharistiques » pour réaliser l'idée de la « quasi-paroisse ».

active des laïcs aux activités apostoliques, ils se sont attachés à traduire ces perspectives conciliaires en acte²¹.

Par ailleurs, le protagonisme grandissant des fidèles laïcs désireux de prendre leur place dans l'Église conduit les pasteurs à mieux situer leur agir par rapport aux exigences canoniques. On voit aussi des efforts qui sont progressivement faits pour former les pasteurs et mettre à leur disposition des formulaires canoniques, la mise en place d'institutions et structures de participation des fidèles, la création de tribunaux ecclésiastiques, etc. Ces efforts sont d'autant plus intéressants que les pasteurs qui s'impliquent ont la possibilité de questionner le droit canonique en recherchant des solutions à leurs préoccupations de terrain. Et il revient à la science canonique d'y prêter attention. Ce faisant, la culture canonique pourra davantage s'enraciner au sein des communautés de fidèles, tout en s'enrichissant des apports de ces dernières.

b) L'apport des institutions d'enseignement du droit canonique

La lenteur de la diffusion de la culture canonique dans les Églises d'Afrique peut aussi se justifier par la rareté des spécialistes de cette discipline. Pendant longtemps en effet, ceux qui souhaitaient étudier le droit canonique, devaient nécessairement séjourner en Occident. Ce problème trouve progressivement une solution avec l'érection en Afrique de cadres de formation. On dénombre aujourd'hui quatre institutions académiques officiellement habilitées à dispenser des enseignements de droit canonique²². Ces institutions font l'effort d'enseigner le droit canonique avec une constante référence aux réalités locales,

²¹ Cf. Card. MALULA, *Œuvres complètes...*, p. 75. Dès les années 1970, ce prélat s'est attaché à donner une solide formation aux laïcs de son diocèse, avec pour projet de confier des paroisses à ceux d'entre eux qui auraient les qualités requises (les *Bakambi*). Nous connaissons aussi l'heureux destin de cette initiative qui a été universellement recueillie au canon 517 §2 du CIC/83, même si pour son auteur « son but n'était pas de pallier, en premier lieu au manque de personnel sacerdotal, mais de porter ainsi aux yeux de tous, le témoignage que la responsabilité des laïcs dans notre Église n'était pas une expression purement théorique » (*Id.* 76).

Dans le même sens, Mgr Jean Zoa, archevêque de Yaoundé, ayant pris part au 2^e Synode du Vatican, s'attellera à promouvoir « l'esprit synodale » dans sa circonscription, cf. Ch. Zoa, *La synodalité dans l'archidiocèse de Yaoundé (1965-2001)*, Thèse de doctorat en Droit canonique, Institut Catholique de Paris, Paris, (2006). On peut imaginer que le même engouement a fleuri ailleurs en Afrique.

²² La Faculté de droit canonique de l'Université Catholique du Congo à Kinshasa (RDC), le Département de Droit canonique de l'Université Catholique d'Afrique Centrale-Institut Catholique de Yaoundé (Cameroun), l'Institut Supérieur de Droit Canonique de l'Université Catholique d'Afrique de l'Ouest-Unité Universitaire d'Abidjan (Côte d'Ivoire), l'*Institut of Canon Law* de la *Catholic University of Eastern Africa* à Nairobi (Kenya).

dans le but de rendre les apprenants aptes à appliquer le droit canonique avec compétence tout en puisant dans leurs richesses culturelles de leurs milieux. En se situant dans une telle perspective, les enseignants ont aussi l'opportunité de contribuer au développement de la culture canonique en travaillant à l'adéquation entre droit canonique et cultures africaines²³.

3. LA QUESTION D'UN DROIT CANONIQUE AFRICAIN

La problématique d'un droit canonique africain est évoquée ici comme élément pouvant favoriser une plus grande adhésion des fidèles d'Afrique à la culture canonique.

3.1. La problématique

Le droit canonique a pour ambition de favoriser l'œuvre d'évangélisation. Il peut néanmoins arriver que dans sa présentation formelle, ce droit véhicule des réalités culturelles qui ne font pas sens dans telle ou telle région²⁴. Le risque est en effet grand que l'enseignement des vérités de la foi reçu par l'intermédiaire d'une culture se confonde avec la diffusion de ladite culture²⁵. Autant que possible, la discipline canonique doit donc se faire attentive aux réalités et préoccupations du milieu. Le but étant de faire que les normes canoniques s'insèrent dans l'agir quotidien des fidèles de telle sorte qu'elles en deviennent progressivement des éléments culturels. Le canon 787 recommande ainsi aux missionnaires d'instaurer « *un dialogue sincère avec ceux qui ne croient pas au Christ, afin que d'une manière adaptée au génie et à la culture de ces derniers, leur soient ouvertes des voies qui puissent les amener à connaître le message évangélique* ».

²³ Cf. P. VALDRINI, *Le travail du canoniste dans les facultés de droit canonique*, in « Revue de droit canonique », 47/1 (1997) 113-114.

²⁴ Cf. Ph. ANTOINE, *Le mariage. Droit canonique et coutumes africaines*, Paris 1992, p. 601-603.

²⁵ Cette question revient sans cesse et préoccupe l'autorité pontificale depuis les premiers temps de la mission vers les nouveaux mondes. Ainsi cette instruction de 1659 de la Congrégation pour la propagation de la Foi, adressée aux missionnaires : « Ne mettez aucun zèle, n'avancez aucun argument pour convaincre ces peuples de changer leurs rites, coutumes et leurs mœurs, à moins qu'elles ne soient évidemment contraires à la religion et à la morale. Quoi de plus absurde que de transporter chez les Chinois la France, l'Espagne, l'Italie ou quelques autres pays d'Europe ? N'introduisez pas chez eux nos pays, mais la foi, cette foi qui ne repousse ni ne blesse les rites ni les usages d'aucun peuple, pourvu qu'ils ne soient pas détestables, mais bien au contraire veut qu'on les garde et les protège ».

C'est dans ce contexte que l'idée séduisante d'un droit canonique africain, avec un Code propre, tente un certain nombre de canonistes et théologiens africains, et même d'ailleurs²⁶. Cette perspective est-elle pertinente ?

L'inculturation des normes canoniques est une nécessité que Vatican II a encouragé : « *L'Eglise voyageuse portera, dans ses sacrements et dans ses institutions, qui appartiennent à l'ère présente, le reflet de ce monde qui passe* »²⁷. Il s'agirait de promulguer des normes juridiques qui, prenant en compte le génie des communautés, favorisent une meilleure insertion de ces dernières dans la vie ecclésiale tout en les aidant à mener une vie authentiquement chrétienne. Dès lors, sans avoir nécessairement besoin d'un Code à part entière, les canonistes d'Afrique doivent travailler non seulement à promouvoir la culture du droit dans leurs milieux, mais aussi à relever les éventuelles limites de la législation actuelle pour proposer des alternatives pertinentes qui feraient davantage sens dans le contexte spécifique de l'Afrique. Cette démarche doit commencer avec l'exploitation des pistes d'inculturation ouvertes par le Code lui-même. Celui-ci offre en effet de nombreuses opportunités pour l'expression d'un droit particulier²⁸. C'est seulement lorsque les Eglises particulières d'Afrique auront suffisamment développé leur droit particulier qu'apparaîtra ou non la nécessité d'un Code spécifique pour ces Eglises.

²⁶ Cf. A. BITJOKA, *Marriage et structure sociale ou que signifie la réception d'un code au Cameroun ?*, in « *Praxis juridique et Religion* », 3 (1986) 109-115 ; G.G. BUSUGUTSALA, *Vers un droit canonique africain ?*, in « *Praxis juridique et Religion* », 4 (1987) 46-62 ; I. NDONGALA MADUKU, *Pour des Eglises régionales en Afrique*, Paris 1999 ; C. YATALA NSOMWE NTAMBWE, *Le droit ecclésial et la canonisation du droit coutumier en Afrique subsaharienne*, in « *Revue des sciences religieuses* », 84/2 (2010) 245-262. Ajoutons que cette question dépasse largement le cadre de l'Eglise et se pose, en d'autres termes certes, mais de manière générale, aux peuples d'Afrique. Examinant le problème dans le cadre du droit séculier des Etats africains, un auteur le résume ainsi : « Plus de quarante années après les indépendances politiques, le législateur africain se trouve toujours confronté à une triple option : ou bien, par réaction contre le droit importé, retourner aux structures juridiques pré-coloniales ; ou bien, par souci de simplicité, se contenter de maintenir les institutions et normes laissées par le colon en les adaptant aux nouvelles réalités politiques, mais avec le risque de créer une dépendance dans la formulation du droit et de rendre très fragiles les bases de la légitimité du droit ; ou bien encore, par souci d'indépendance et de modernité, aménager de nouvelles structures juridiques originales en tenant compte des réalités locales, tout en prenant le risque d'être incompris voir contesté », J.D. BOUKONGOU, *Dire le droit en Afrique francophone. Normes, cultures et société*, « *Cahier de l'UCAC* », n° 7 (2002) 205.

²⁷ CONCILE VATICAN II, *Constitution Lumen gentium*, n° 48.

²⁸ Le Synode des évêques de 1967 avait énoncé des principes directeurs qui devaient orienter le travail des rédacteurs du nouveau Code de droit canonique. Il convient de rappeler le 5^e d'entre eux qui invitait à mettre en œuvre le principe de subsidiarité, en des termes explicites : « en s'appuyant donc sur ce principe, le nouveau Code confiera aux droits particuliers ou au pouvoir exécutif le soin de tout ce qui n'est pas nécessaire à l'unité de la discipline de l'Eglise universelle, de manière à pouvoir convenablement à une saine décentralisation... ».

3.2. *Pour une plus grande implication de l'Afrique dans la construction de la culture canonique*

Le droit canonique est un droit vivant et en perpétuelle construction. Les Eglises Afrique ne devraient pas négliger de prendre leur part dans ce processus. Elles peuvent innover en expérimentant des pratiques pastorales adaptées à leurs milieux, tant que ces pratiques ne contredisent pas l'Évangile et la Tradition.

a) Travailler à la promulgation des normes complémentaires au Code de 1983

Pour l'élaboration du nouveau Code de droit canonique, le Synode des évêques en 1967 avait édicté des principes-directeurs pour servir de guide à la Commission *ad hoc*. Le cinquième de ces principes soulignait l'importance de promouvoir un droit particulier dans le but de pourvoir convenablement aux intérêts spécifiques des institutions, « en évitant tout danger de désagrégation ou de constitution d'Eglises nationales »²⁹.

Le Code effectivement promulgué prévoit en divers domaines que les législations particulières apportent des compléments, en lien avec les réalités de leurs milieux. Il est regrettable de constater que très peu d'Eglises d'Afrique ont travaillé à l'élaboration de normes complémentaires au Code de droit canonique promulgué il y a plus de deux décennies³⁰. Et pourtant, ce ne sont pas les domaines d'intervention qui manquent. Ce travail pourrait être considéré comme probatoire pour les Eglises d'Afrique dans leur volonté de s'approprier davantage la culture canonique et de lui apporter les inflexions voulues.

b) Travailler à l'articulation entre droit canonique et systèmes coutumiers africains

En observant les cultures juridiques ayant cours en Afrique, celles des systèmes juridiques coutumiers apparaissent comme les plus susceptibles de

²⁹ Cf. Préface *Code de Droit canonique*, édition bilingue et annotée, sous la responsabilité de l'Institut Martín de Azpilcueta, op. cit.

³⁰ A ce jour, et à notre connaissance, seules les Conférences épiscopales africaines suivantes ont déjà promulgué des normes complémentaires, parfois pour quelques canons seulement : Conférence épiscopale régionale du Nord de l'Afrique (Algérie, Libye, Maroc, et Tunisie) ; Conférence épiscopale du Bénin ; Conférence épiscopale du Rwanda ; Conférence épiscopale interterritoriale de la Gambie, du Liberia et de la Sierra Leone ; Conférence des Evêques catholiques du Nigeria ; Conférence des Evêques catholiques d'Afrique du Sud ; Conférence épiscopale nationale du Cameroun.

faire concurrence à la culture canonique, dans la mesure où les africains se sentent davantage liés aux traditions des parents. Ils hésitent parfois entre la fidélité à l'héritage des ancêtres et l'accueil intégral des exigences ecclésiales. D'où la question de l'adéquation entre droit canonique et systèmes coutumiers africains qui constitue, peut-être, l'un des principaux enjeux de l'avenir de la culture canonique en Afrique, dans la grande diversité des cultures africaines³¹. Ce travail de rapprochement peut aider les fidèles africains à vivre authentiquement leur foi chrétienne sans se renier. A titre d'illustration, évoquons deux domaines, le mariage et l'exercice du pouvoir ecclésiastique.

Le mariage canonique en Afrique

La littérature canonique en Afrique ou sur l'Afrique abonde d'écrits sur le mariage, et c'est sur ce terrain que les africains interrogent le plus la capacité du droit canonique à tenir compte des cultures locales. C'est ainsi qu'un auteur a pu évoquer « *l'inadéquation de notre législation matrimoniale pour les peuples d'Afrique noire. Le monolithisme et la cohérence juridique de notre système canonique, inattaquable en droit, se révèlent pastoralement désastreux quand on les transporte sans plus en Afrique. A cause d'un droit matrimonial qui n'a aucune racine culturelle locale, les millions d'Africains baptisés dans l'Eglise catholique ne se marient religieusement que chichement et souvent fort tardivement, poussés, en général, par le seul désir de la réconciliation pénitentielle et eucharistique.* » Ces propos formulés en 1978, c'est-à-dire bien avant la promulgation du Code actuel³², résonnent encore chez nombre d'africains qui se demandent si le modèle de mariage proposé par la législation canonique devrait être la seule référence. Le même auteur s'est clairement posé la question de savoir si et à quelles conditions les africains peuvent espérer une autre législation matrimoniale³³.

Comment faire pour que le mariage canonique en Afrique soit vécu dans une harmonie des traditions culturelles et des exigences évangéliques ? Certains souhaiteraient que les pratiques matrimoniales de leur terroir soient purement et simplement « canonisées ». Mais ainsi formulée, la proposition apparaît simpliste dans la mesure où elle présuppose que tout est bon dans ces pratiques. Il faudrait être plus précis.

³¹ Cf. S. ROBERTS, *Culture juridique africaine*, in « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », 2^e édition, Paris 1993, p. 142.

³² M. LEGRAIN, *Questions autour du mariage. Permanences et mutations*, Strasbourg 1983, pp. 122-123. Il faut préciser que cet ouvrage est en fait une compilation d'articles précédemment publiés bien avant 1983 dans diverses revues.

³³ IDEM, *Les africains peuvent-ils espérer une autre législation matrimoniale ?* « L'Année canonique », 23 (1978) 251-262.

On peut par exemple questionner la grande rigidité du Code de droit canonique en matière d'empêchements dirimants, notamment la disposition du canon 1075 § 2 qui réserve à la seule autorité suprême le droit d'établir de nouveaux empêchements ou d'étendre le champ de ceux qui existent. En effet, parmi les empêchements dont traite le Code, celui de la consanguinité prête à caution chez certains africains, car il n'invalide le mariage qu'au quatrième degré. De fait, si certains peuples d'Afrique admettent le mariage entre proches parents, une bonne partie a une conception très extensive de la notion de parenté de telle sorte qu'on considère comme frères et sœurs, et donc ne pouvant se marier entre elles, des personnes situées à des degrés de consanguinité très éloignés. Et s'il arrivait que des personnes dans ce cas prétendent se marier, leur projet légitime et valide canoniquement, rencontrerait une opposition catégorique du point de vue traditionnel. Etant donné que l'objectif essentiel des empêchements de parenté est « de protéger la dignité de la famille, afin que les relations d'intimité qui existent naturellement au sein de la vie familiale ne dépassent pas leurs limites naturelle – ne soient pas dénaturées »³⁴, ne pourrait-on admettre que les Conférences épiscopales puissent légiférer pour tenir compte des circonstances locales et assurer ainsi une meilleure harmonie entre culture canonique et culture coutumière³⁵ ?

De son côté, la culture canonique pourrait aider les africains à dépasser certaines pratiques déshumanisantes, comme l'exigence excessive de la dot. Dans bien des contrées en Afrique en effet, la dot « survit aujourd'hui mais sous un visage qui horrifierait les ancêtres »³⁶ à cause de la cupidité de certains parents. Ici, l'apport de la culture canonique qui considère le mariage avant tout comme un projet d'amour ordonné au bien des conjoints, devrait aider les fidèles à donner un sens moins matérialiste à l'institution dotale en Afrique. Cette question préoccupe déjà les Eglises d'Afrique qui constatent que de nombreux jeunes ne peuvent se marier faute de pouvoir verser la dot

³⁴ J. HERVADA, *Commentaires des canon 1055-1062*, « Code de Droit canonique » . . . , p. 951.

³⁵ Une proposition dans ce sens avait été faite par certains membres de la Commission de révision du Code qui suggéraient que compétence soit attribuée aux Conférences épiscopales de légiférer pour établir des empêchements particuliers. Mais cette option a été expressément exclue par la Plénière des cardinaux en mai 1977, cf. « Communications » 10 (1978) 126-127. Tout en comprenant la nécessité d'éviter des disparités disciplinaires inopportunes, nous pensons qu'on pourrait ouvrir cette possibilité en l'encadrant comme l'a fait le canon 792 du CCEO – parallèle du canon 1075 §2 du CIC/83 – qui dispose que : « Des empêchements dirimants ne seront établis par le droit particulier d'une Eglise de droit propre si ce n'est pour un motif très grave, après échange d'avis avec les Evêques éparchiaux des autres Eglises de droit propre intéressées et après consultation du Siège Apostolique; nulle autorité inférieure ne peut établir de nouveaux empêchements dirimants ».

³⁶ Cf. M. LEGRAIN, *Questions autour du mariage . . .*, cit, p. 131.

coutumière. Il serait donc souhaitable que les différents épiscopats d'Afrique travaillent pour parvenir à des législations particulières règlementant la dot³⁷. De même, une législation particulière encadrant les fiançailles avec des étapes liturgiques adéquates, pourrait aider à valoriser le processus progressif du mariage traditionnel auquel tiennent tant d'africains³⁸.

En ce qui concerne le caractère indissoluble du mariage, en s'appuyant sur les cultures coutumières l'Eglise pourrait mieux en faire comprendre le sens car, parce que mal perçu actuellement, il éloigne certains baptisés du mariage canonique. Or, dans la plupart des traditions africaines, le mariage conclu se perpétue même au-delà de la mort des conjoints³⁹. C'est dire que l'indissolubilité n'est pas une notion étrangère aux africains.

On pourrait encore relever la problématique de la forme canonique du mariage, notamment dans son lien avec la liturgie, qui pourrait être adaptée aux circonstances locales, sur la base d'études anthropologiques approfondies⁴⁰. En effet, on confond volontiers la forme canonique non seulement avec le cadre liturgique qui la contient, mais aussi avec l'apparat dont sont parfois entourées les cérémonies matrimoniales à l'Eglise, au point où certains éprouvent de la peur à se « présenter » à l'Eglise, repoussant alors sans cesse la célébration du mariage religieux.

L'exercice du pouvoir ecclésiastique en Afrique

En excluant un pouvoir de type démocratique en son sein, l'Eglise n'a pas entendu pour autant exposer ses dirigeants aux risques d'abus et de dérives auxquels l'exercice personnel et isolé du pouvoir peut conduire. Mieux, le droit de l'Eglise promeut un modèle qui favorise la participation de tous, selon le

³⁷ Ce travail pourrait d'ailleurs trouver des soutiens auprès des législations étatiques africaines dont certaines ont déjà pris des mesures pour limiter les abus des pratiques traditionnelles de la dot : *En Côte d'Ivoire*, bien que tolérée en pratique, la dot a été interdite par l'article 20 de la loi n° 64-381 du 7 octobre 1964. *Au Cameroun*, l'article 70 de l'Ordonnance du 29 juin 1981 dispose que la dot ne constitue pas une condition de validité du mariage. Et le nouveau Code pénal promulgué en 2016 sanctionne l'exigence abusive de la dot. *Au Mali*, l'article 3 du Code du mariage et de la tutelle fixe un montant maximum de dot à ne pas dépasser, et le mari peut en exiger la restitution en cas de divorce prononcé aux torts de l'épouse.

³⁸ Cf. Ph. ANTOINE, *Le mariage. Droit canonique et coutumes africaines*...

³⁹ C'est en cela, par exemple, que s'expliquait la pratique du lévirat dans diverses coutumes africaines.

⁴⁰ Cf. L. MPONGO, *Pour une anthropologie chrétienne du mariage au Congo : Vers un rituel chrétien du mariage conforme au génie des Ntomb'e Njale*, Dissertation en vue de l'obtention du grade de Docteur en théologie avec spécialisation en liturgie, Kinshasa 1968 ; A. ESSOMBA FOUA, *le mariage chrétien au Cameroun. Une réalité anthropologique, civile et sacramentelle*, Paris 2010 ; J. M. V. BALEGAMIRE A. KOKO, *Mariage africain et mariage chrétien*, Paris 2003.

statut des uns et des autres. Le Synode des évêques de 1967, en indiquant les principes directeurs pour le nouveau droit de l'Église, avait souligné la nécessité de faire en sorte que « l'exercice du pouvoir apparaisse plus clairement comme un service... ». Et de fait, le pouvoir dans l'Église est service et son exercice appelle la participation d'autres personnes et organismes dont le rôle est d'aider son titulaire légitime à l'orienter dans le sens du bien commun. C'est l'expression en acte de l'Église-Communauté⁴¹.

Il y a donc des manières particulières d'exercer le pouvoir ecclésiastique⁴² qui, il faut le regretter, sont souvent ignorées par certaines autorités ecclésiastiques en Afrique. Ces dernières n'hésitant pas à instrumentaliser des caricatures du pouvoir traditionnel pour justifier un pouvoir trop personnel. Or, même en Afrique, le chef traditionnel doit souvent composer avec un entourage fait de notables et de conseillers, certes agissant dans l'ombre⁴³.

CONCLUSION

Le pluralisme juridique en Afrique est une réalité prégnante, avec une grande diversité de cultures juridiques, aussi bien coutumières, étatiques/modernes, que religieuses. C'est dans cet environnement que le droit canonique est appelé à être implémenté. Ainsi, des efforts sont faits pour imprégner les pratiques et les institutions ecclésiastiques de l'esprit du droit canonique, un droit au service de la communauté des fidèles et destiné à les ouvrir à la joie de l'Évangile vécu. Malheureusement aussi, il arrive que la culture canonique diffusée se heurte aux réalités d'un environnement différent de son lieu d'élaboration. D'où l'intérêt pour l'Afrique de travailler à enrichir cette culture du droit de l'Église par des apports pertinents et conformes aux exigences évangéliques. Ces dernières constituent en effet la référence de toute proposition

⁴¹ Cf. Document de la Commission mixte internationale Catholique-Orthodoxe, *Conséquences ecclésiologiques et canoniques de la nature sacramentelle de l'Église*, in « La documentation catholique », n° 2392, (16 décembre 2007), p. 1120 : « l'autorité liée à la grâce reçue dans l'ordination, n'est pas le bien privé de ceux qui la reçoivent, ni quelque chose qui leur est déléguée par la communauté ; au contraire, c'est un don de l'Esprit saint destiné au service (diakonia) de la communauté et qui ne s'exerce jamais en dehors d'elle. Son exercice comprend la participation de toute la communauté ».

⁴² Cf. CONGREGATION POUR LES EVEQUES, *Apostolorum successores. Directoire pour le ministère pastoral des Evêques*, Libreria Editrice Vaticana, 2004.

⁴³ Dans son roman *L'aventure ambiguë*, Cheik Hamidou Kane, écrivain sénégalais, fait dire à l'un de ses personnages : « le chef ne délibère pas en plein jour, et la nuit, le peuple ne doit pas voir son visage ». Ces mots traduisent l'idée que tout en étant personnel dans son exercice, le pouvoir traditionnel n'ignore pas la décisive participation de collaborateurs dont il n'est pas besoin de montrer les visages au grand jour.

canonique. Les chrétiens d'Afrique sont aussi invités à faire évoluer certaines coutumes et pratiques ancestrales et vivre pleinement leur foi sans se mutiler, ni se dépouiller des valeurs dont regorgent leurs traditions. Et pour cela, il faut poursuivre les efforts déjà entrepris.

CODIFICACIÓN CIVIL HISPANOAMERICANA Y CODIFICACIÓN CANÓNICA: INFLUENCIAS PASADAS Y PROBLEMAS DE PRESENTE

*Carlos Salinas Araneda**

SUMARIO: 1. Influjo del derecho canónico en algunos códigos civiles de América Latina a través del Código Civil de la República de Chile: siglo XIX. 1.1. El Código Civil de la República de Chile y los códigos civiles latinoamericano. 1.2. Influjo del derecho canónico en el Código Civil de Chile y, por su intermedio, en códigos civiles del continente. – 2. El aporte de los derechos civiles al derecho canónico desde Hispanoamérica: la codificación canónica de 1917. 2.1. La codificación del derecho canónico de 1917. 2.2. Diversidad de códigos. 2.3. Código Fundamental. 2.4. Persona jurídica. 2.5. Una propuesta común con los metropolitanos españoles: los esponsales. 2.6. Una propuesta procesal desde España. – 3. Algunos problemas actuales en las relaciones del derecho canónico con el derecho de los Estados. 3.1. ¿Retorno del recurso de fuerza? 3.2. Secreto profesional de abogados, médicos y confesores. 3.3. Incapacidad de herencia y legado del último confesor. – A modo de conclusión.

Las relaciones del derecho canónico con los derechos seculares se han dado en las naciones de Hispanoamérica desde los inicios mismos de su independencia, continuando con una tradición desarrollada ampliamente durante el período indiano, cuando dependían políticamente de la corona española. Estas relaciones no han cesado con el paso del tiempo, si bien se han ido acallando y, lo que es más problemático, ofrecen en la actualidad situaciones que son fuente de tensiones entre el ordenamiento de la Iglesia y los derechos de las naciones del continente. En ocasiones, son problemas y tensiones más bien locales, pero en otras, se repiten en el espacio continental. A efectos de ofrecer una visión general de estas mutuas relaciones, estructuraré esta presentación en tres momentos diferentes, sucesivos en el tiempo: i) el influjo del derecho canónico en los códigos civiles de América Latina a través del Código Civil de la República de Chile que va a influir en varios de ellos, lo que ocurre cuando

* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

Esta comunicación ha sido preparada en el marco del proyecto de investigación del Fondo de Desarrollo Científico y Tecnológico (Fondecyt, Chile) 1160298 del que el autor es investigador responsable. Dirección del autor: carlos.salinas@pucv.cl.

las diversas naciones preparaban sus propios códigos que las separarían del derecho heredado de la monarquía española; ii) el influjo del derecho de los Estados latinoamericanos en el derecho canónico al tiempo de la codificación canónica de 1917, lo que ocurre cuando la Iglesia inició su propio proceso codificador, en el que el derecho de los Estados hispanoamericanos, alcanzada su madurez, no estuvo ausente; iii) algunos problemas actuales en las relaciones del derecho canónico con el derecho de los Estados en Hispanoamérica.

I. INFLUJO DEL DERECHO CANÓNICO EN ALGUNOS CÓDIGOS CIVILES DE AMÉRICA LATINA A TRAVÉS DEL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE: SIGLO XIX

1.1. *El Código Civil de la República de Chile y los códigos civiles latinoamericano*

El 14 de diciembre de 1855 fue aprobado el Código Civil de la República de Chile en cuya confección había ocupado un lugar importante al jurista venezolano André Bello¹. La fecha de su promulgación y la calidad del mismo hicieron que pronto empezara a ser un referente para los países del continente que, pretendiendo codificar sus leyes civiles, aún no lo habían conseguido. De esta manera, muy pronto, el código chileno empezó a influir en otros códigos civiles latinoamericanos que se fueron promulgando después de él². La recepción del código chileno por sus homólogos americanos se produjo de diversas maneras.

En algunos casos el código chileno fue recepcionado en su integridad, lo que sucedió con Colombia, Ecuador, El Salvador y Honduras, países que aún lo conservan. Lo recibieron también íntegramente Nicaragua, Panamá y Venezuela, en los que fue posteriormente sustituido. Uruguay codificó su derecho civil después de Chile y, si bien no recogió el código chileno, fue influido por él³. Que el Código Civil chileno fuera recibido íntegramente al menos por cuatro países y que influyera en otros no es de extrañar si tomamos en consideración que las fuentes más importantes tenidas a la vista por Bello para su redacción fueron las que recogían el derecho de la monarquía española, entre las que las

¹ A. GUZMÁN, *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago 1982, 2 vols.

² A. GUZMÁN, *La codificación civil en Iberoamérica siglos XIX-XXI*, Lima², 2017.

³ Codificaron su derecho con posterioridad, pero sin mayores influencias chilenas, Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguay –influido por el código argentino– y el segundo código de Venezuela –influido, a su vez, por el Código Civil italiano–. Siguen la tradición del *Code Civil* francés, Bolivia, Haití y República Dominicana. Y antes de la codificación chilena, se había promulgado el Código Civil del Perú (1852).

Siete Partidas de Alfonso X el Sabio ocuparon un lugar preeminente; es decir, se había utilizado el mismo derecho que había regido en toda América Latina desde su descubrimiento y conquista hasta su independencia, derecho que había seguido rigiendo después del movimiento independentista en materias de derecho privado hasta que fue sustituido, precisamente, por los códigos civiles.

1.2. *Influjo del derecho canónico en el Código Civil de Chile y, por su intermedio, en códigos civiles del continente*

Ahora bien, el influjo del derecho canónico en el Código Civil de Chile se deja sentir en un número no menor de su articulado⁴ y, por esta vía, el influjo del derecho canónico se proyectó en aquellos códigos latinoamericanos que recibieron su influencia⁵. No ha de llamar la atención esta influencia canónica en el código chileno, lo que se explica por causas externas e internas. Entre las primeras, hay que tener presente que la confección del Código Civil de Chile se produjo en una época histórica que, permitiéndome la licencia, se puede todavía considerar de “cristiandad”. De hecho, la Constitución Política vigente por esos años desde 1833, establecía que la religión católica, apostólica y romana era la religión oficial del Estado (art. 5).

Entre las segundas, acabo de señalar que entre las fuentes principales utilizadas por Bello para la redacción de su código estuvieron las fuentes heredadas de la monarquía hispana, las cuales habían sido elaboradas al amparo del *ius commune*, cuyos componentes más importantes eran el derecho romano justiniano y el derecho canónico. En no pocas ocasiones fue a través de estos textos castellanos, que, a su tiempo, habían recibido el influjo del derecho canónico, que el derecho canónico penetró en el código chileno.

1.2.1. *Influjo implícito*

Se trata de aquellas normas del Código Civil que, sin decir que su contenido está tomado del derecho canónico, establecen las mismas conductas que, para iguales situaciones, contempla el derecho de la Iglesia, del que las han recogido. Sólo a manera de ejemplo, ello sucede con i) la incapacidad de tutela o curaduría

⁴ C. SALINAS, *El influjo del derecho canónico en el Código Civil de la República de Chile*, Valparaíso 2006.

⁵ C. SALINAS, *El influjo del derecho canónico en algunos códigos civiles de América Latina a través del Código Civil de la República de Chile*, en *Homenaje a Alberto de la Hera*, a cura di J. SOBERANES – R. MARTÍNEZ DE CODES, México 2008, pp. 745-782.

de quienes pertenecen al fuero eclesiástico y ii) la fianza de obispos, religiosos y ordenados *in sacris*. Respecto de las primeras, el artículo 498 del código chileno recogía la disciplina que entonces estaba vigente en la Iglesia⁶ para los eclesiásticos tanto seculares como regulares, quienes se encontraban exentos de ejercer la tutela, por tratarse de un cargo cuyas funciones los apartarían de las propias de su estado. En los mismos términos contemplados en el Código Civil de Chile la norma pasó al Código Civil de Ecuador (art. 487 n° 1), al Código Civil de El Salvador (art. 513 n° 1), al Código Civil de la República de Nicaragua (art. 499 n° 1)⁷.

En lo que se refiere a la fianza de obispos, religiosos y ordenados *in sacris*⁸ disponía el artículo 2342 del código chileno, «no pueden obligarse como fiadores: 1° Los obispos; 2° Los religiosos; 3° Los ordenados *in sacris*, a no ser por sus iglesias, o por otros clérigos, o por personas desvalidas», prohibición que estaba en las Decretales⁹, de donde había pasado a las Partidas¹⁰ a través de la cual pasó al código chileno. Como en el ejemplo anterior, la norma pasó con la misma redacción al Código Civil de la República del Ecuador (art. 2324 nn. 1-3), al Código Civil de la República de Nicaragua (art. 2342 nn. 1-3), al Código Civil de la República del Salvador en Centroamérica (art. 2246 nn. 1-3), normas todas estas actualmente derogadas.

1.2.2. Influjo explícito: la remisión

De mayor interés es el influjo explícito ejercido por el derecho canónico en el Código Civil chileno y, a través de él, en otros códigos latinoamericanos, el que puede sistematizarse siguiendo la técnica de la remisión, la que admite dos modalidades: la remisión material o recepticia y la remisión formal o no recepticia.

i) remisión material o recepticia: se produce esta remisión cuando el Código Civil convierte en norma del Estado una norma del derecho de la Iglesia, por lo que la razón de obligar de la norma en cuestión en el ordenamiento jurídico

⁶ C. 16 q. 1 c. 40.

⁷ Ninguna de estas normas civiles está vigente.

⁸ C. SALINAS, *Del influjo canónico en las Partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile*, in «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos» 26 (2004) 491-528, esp. pp. 517-528.

⁹ X. 3, 22, 1. Cfr. F. WERNZ – P. VIDAL, *Ius canonicum*, Romae 1923, vol. II, p. 151; sobre el influjo de las Decretales en las Partidas en materia matrimonial, J. MALDONADO, *Sobre la relación entre el derecho de las Decretales y el de las Partidas en materia matrimonial*, in «Anuario de Historia del Derecho Español» 15 (1944) 589-643.

¹⁰ P. 1, 6, 45; 5, 12, 2.

civil no es la disposición de la Iglesia, sino el mandato del Estado; lo que proporciona la ley canónica es sólo el contenido de ese mandato, que viene a ser “civilizado” por la ley estatal. Por razones de espacio me limito sólo a un ejemplo: impedimentos matrimoniales. Según el primitivo artículo 103 inc. 2º del código chileno, «La ley civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia y conceder dispensa de ellos». En los mismos términos establecidos por la norma chilena, esta disposición pasó al Código Civil de Ecuador (art. 100 inc. 2º), al Código Civil de El Salvador (art. 105 inc. 2º) y al Código Civil de Nicaragua (art. 104 inc. 2º); estas normas, como en los ejemplos anteriores, no se encuentran vigentes.

Con todo, el influjo canónico también se dejó sentir en las leyes que regularon el matrimonio civil, si bien ya no se trata de una remisión, pues los impedimentos que en ella se establecieron no fueron sino los impedimentos canónicos leídos en clave laica. Pero, aun en estos casos, queda todavía algún resabio de ellos en sede civil como ocurre con el Código Civil de Venezuela (1982), en cuyo artículo 50 «no se permite ni es válido el matrimonio [...] de un ministro de cualquier culto a quien le sea prohibido el matrimonio por su respectiva religión». La referencia que hace la ley civil a los ordenamientos religiosos es genérica, pero no cabe duda que, conforme a ella los impedimentos canónicos de orden y de voto de castidad se proyectan al ordenamiento civil y obligan en dicho fuero, pero no por ser canónicos, sino porque, teniendo origen canónico, han sido “civilizados” por la ley civil.

El influjo del derecho canónico en el matrimonio civil no se limitó sólo al momento histórico de legislar por primera vez sobre él, sino que ha seguido estando presente en los momentos posteriores en que dicha legislación se ha ido modificando. Es lo que pasó, por ejemplo, en Chile cuando en 2004 se dio a la tarea de actualizar la original ley de matrimonio civil¹¹ que databa de 1884, ocasión en la que nuevamente se miró al derecho de la Iglesia para “civilizar” algunos de los nuevos capítulos de nulidad que, con base psicológica, se habían desarrollado en la jurisprudencia y doctrina canónicas y habían sido legislados en el Código de Derecho Canónico de 1983, influjo que quedó consignado expresamente en las actas parlamentarias, lo que ha sucedido en otros países del continente¹².

¹¹ Ley 19.947 publicada en el Diario Oficial de 17 mayo 2004.

¹² En Argentina, v. gr., el art. 403g del Código Civil y Comercial de la Nación, utilizando una expresión más genérica, establece que «son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio: g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial».

ii) *remisión formal o no recepticia*: nos encontramos ahora ante supuestos en los que el Código Civil se remite a la norma canónica sin llegar a incorporarla al ordenamiento jurídico chileno, sino que se limita a dar eficacia, en el fuero civil, a los actos válidamente realizados bajo el amparo de ella en el fuero canónico. En esta situación el Código Civil no convierte en estatal a la norma canónica, no la “civiliza”, sino que ésta sigue siendo canónica –por eso no es recepticia–, pero el código reconoce en la esfera del ordenamiento jurídico chileno los efectos de un acto celebrado al amparo de la norma canónica. Ello ocurre, por ejemplo, en el domicilio de obispos, curas y otros eclesiásticos: establece el artículo 66 del código chileno en actual vigencia que «Los obispos, curas y otros eclesiásticos obligados a una residencia determinada, tienen su domicilio en ella», norma que pasó al Código Civil del Ecuador (art. 62), al código de El Salvador (art. 68) y al de Nicaragua (art. 68), países en los que fue derogada.

1.2.3. El derecho canónico como presupuesto para la interpretación de la norma civil

La conexión entre el Código Civil y el derecho canónico se regula, como acabamos de ver, por el mecanismo de la remisión. Pero «lo más frecuente es que el derecho del Estado regula determinadas materias del derecho de las confesiones, no para recibir en el ámbito estatal sus soluciones que, en tantas ocasiones, son por su propia naturaleza, ajenas a los fines que el legislador estatal persigue; sino, simplemente, el ordenamiento estatal se refiere a conceptos, institutos y actos de los ordenamientos de las confesiones, para atribuirles dentro de su ámbito unos determinados efectos jurídicos»¹³. En estos casos no se trata de que las disposiciones canónicas adquieran eficacia normativa en el derecho de los Estados, sino que el Código Civil, suponiendo la existencia del derecho canónico, le atribuye unos efectos nuevos de índole jurídico estatal. En otras palabras, la norma canónica queda constituida en instrumento de inteligibilidad del respectivo artículo de los códigos civiles.

Los casos en que esto sucede en el Código Civil de Chile no son escasos y, por lo mismo, no son escasos en los códigos latinoamericanos que han recibido o se han inspirado en él. Dejando de lado los conceptos que aparecen en artículos ya derogados, algunos conceptos canónicos utilizados por artículos del Código Civil de Chile que están vigentes, y que siguen igualmente vigentes en los países que se vieron influidos por el código chileno, son: parroquia, obispos,

¹³ P. LOMBARDÍA, *Fuentes del derecho eclesiástico español*, in *Derecho eclesiástico del Estado español*, a cura di J. GONZÁLEZ et alii, Pamplona 1980, p. 206.

curas, partida de bautismo, comunidades religiosas, cosas pertenecientes al culto divino, cofradías, eclesiástico confesor, orden, convento, capellán, alma del testador, obras de piedad religiosa como sufragios, aniversarios, capellanías, casas de ejercicio espirituales, fiestas eclesiásticas y otros semejantes, ordinario eclesiástico, eclesiástico secular. La simple lectura de esta lista de conceptos –la lista es más nutrida– muestra el nivel de influjo que, en este aspecto, ha tenido y sigue teniendo el derecho canónico en los códigos civiles de América Latina. La lista se hace aún mayor si nuestra mirada, a nivel continental, se extiende a los códigos que regulan otras ramas del derecho y a la legislación ordinaria, materia que sólo me limito a mencionar. El uso de conceptos canónicos en el Código de Bello, sin embargo, está significando algunos problemas, pues, por mencionar sólo un ejemplo, los “confesores”, figura propia de la Iglesia católica no presente en otras confesiones, se están encontrando en una condición jurídicamente disminuida respecto de los ministros de otras confesiones religiosas como lo mostraré en la tercera parte de esta exposición.

II. EL APORTE DE LOS DERECHOS CIVILES AL DERECHO CANÓNICO DESDE HISPANOAMÉRICA: LA CODIFICACIÓN CANÓNICA DE 1917

Hasta el momento he detenido mi atención en el aporte hecho por el derecho canónico al derecho de los Estados en América Latina, en lo que a derecho privado se refiere. Lo he hecho de la mano del Código Civil de Chile y de la recepción que de él se hizo en el siglo XIX por varios países del continente. Cabe ahora preguntarse si podemos hacer una mirada inversa, esto es, si es posible que desde América Latina se haya producido un influjo del derecho de los Estados hacia el derecho canónico. La respuesta a este interrogante es afirmativa y ello va a ocurrir a principios del siglo XX cuando, por decisión de san Pío X, la Iglesia emprendió la tarea de sustituir el viejo *Corpus Iuris Canonici* por un moderno *Codex Iuris Canonici* al modo de los códigos estatales. Esta referencia me parece particularmente pertinente habida consideración a que este año la Iglesia celebra el primer centenario del Código de Derecho Canónico de 1917.

2.1. La codificación del derecho canónico de 1917

Sólo para situarnos en el tema recordaré que los trabajos oficiales de codificación, se iniciaron el 19 de marzo de 1904 mediante el *motu proprio*

*Arduum sane munus*¹⁴ en el que, junto con disponer la constitución de una comisión pontificia que tendría a su cargo la dirección de esta tarea, el Pontífice manifestaba su deseo que todo el episcopado, conformándose a las reglas que serían dadas en tiempo oportuno, colaboraran y concurrieran a esta obra tan importante. Esta consulta al episcopado mundial se articuló en dos momentos: el primero –que es el que ahora me interesa– producida al inicio de las labores de codificación, fue llevada a la práctica mediante la circular *Pergratum mihi*, de la Secretaría de Estado, de fecha 25 de marzo de 1904¹⁵, enviada a todos los metropolitanos de la Iglesia latina, en la que se disponía que los arzobispos, después de haber oído a sus sufragáneos y otros ordinarios que debían estar presente en el concilio provincial, debían hacer llegar a la Santa Sede, dentro de los cuatro meses siguientes, en pocas palabras, las principales modificaciones y correcciones que debían hacerse al derecho canónico en vigor. Esta primera consulta dio origen a los *postulata episcoporum*, que empezaron a llegar a Roma provenientes de diversas partes del mundo.

De las propuestas arribadas a Roma desde Hispanoamérica –incluyo también a los obispos españoles– algunas tenían claramente su origen en normas estatales vigentes a la sazón, que fueron las que inspiraron a los prelados para solicitar reformas al derecho canónico vigente, tomando, así, en consideración, algunas experiencias que presentaba el derecho de los Estados. De esta manera, en este segundo momento fue el derecho de los Estados el que inspiró propuestas de reforma al derecho de la Iglesia, las que, en algunos casos, alimentaron el nuevo derecho canónico que se preparaba. A modo de ejemplo me limito a algunas de ellas.

2.2. *Diversidad de códigos*

La primera sugerencia que formulaban los prelados chilenos iba en una dirección diversa a la propuesta por la Santa Sede, pues proponía que, en vez de un solo texto en el que se recogiere unificadamente el derecho universal de la Iglesia, hubiere diversos códigos en los que se recogieren parcialmente aspectos diversos del ordenamiento canónico. Según los obispos, el primero de ellos debía ser el fundamento de los demás y referirse al régimen general de la Iglesia; los otros debían referirse a materias peculiares, a saber, administrativa, penal, judicial, litúrgica. La utilidad de estos diversos códigos peculiares estaba, según los prelados, en que se tendrían incluidas en un solo cuerpo todas las

¹⁴ «Acta Sanctae Sedis» 36 (1903-1904) 549-551.

¹⁵ «Acta Sanctae Sedis» 36 (1903-1904) 603-604.

disposiciones que atañeren a una sola cosa, o que por su naturaleza pudieren sufrir reiterados y numerosos cambios, o bien porque estaban al servicio principalmente de algunas clases de personas.

Parece que no resulta difícil ver proyectada en esta proposición la experiencia que los obispos tenían de las fuentes del derecho chileno –y lo mismo vale para los demás países hispanoamericanos– que, desde los inicios de su vida independiente, habían dejado de lado el modelo fijador de las recopilaciones para discurrir primero por la vía de las Constituciones y después por la de la codificación. En todos ellos, además del código fundamental que estaba representado por la Constitución política, se dedicaba un código para cada una de las ramas más importantes del derecho de la época. Esta propuesta, la única en este sentido arribada desde Hispanoamérica, fue conocida por las comisiones encargadas de la codificación canónica, pero no tuvo mayor eco.

2.3. *Código Fundamental*

La propuesta de *Código Fundamental*, que era el nombre que los obispos chilenos otorgaban al primero de los códigos propuestos, debía iniciarse con un libro en el que se contuviera todo lo correspondiente a la constitución de la Iglesia, a las leyes y a la jurisdicción. La propuesta episcopal se limitaba a hacer esta enunciación general del contenido del mismo sin ahondar mayormente en esta materia¹⁶. La razón estaba en que el presidente de la Comisión nombrada en Chile para asesorar al arzobispo de Santiago, el obispo Rafael Fernández Concha, redactaría por su cuenta el contenido de este primer libro el que fue igualmente enviado a Roma, bajo su autoría, si bien separadamente del informe oficial. Precisamente, el proyecto del obispo de Epifanía se refería, en el mismo orden, a la constitución de la Iglesia, las leyes y la jurisdicción¹⁷.

La idea de un código “fundamental” o “constitutivo” en la Iglesia no era, sin embargo, del todo original, pues algunos canonistas alemanes del siglo XIX habían propuesto que hubiera en la Iglesia una ley a imitación de las Constituciones de los Estados, por lo que la propuesta chilena no eran novedosas en términos absolutos. Pero la idea estaba llamada a tener mayor suceso, pues en una alocución de 20 de noviembre de 1965, el Papa Pablo VI (1963-1978)

¹⁶ *Informatio episcopatus chilensis de rebus in jure canonico reformandis juxta motum proprium Smi. Dni. nostri Pii Papae X, de Ecclessiae legibus in unum redigendis*, in Archivio Segreto Vaticano, Commissione cod. Diritto Canonico, 96.

¹⁷ C. SALINAS, *Un manuscrito inédito del obispos chileno Rafael Fernández Concha: un proyecto parcial de Código de Derecho Canónico presentado con ocasión de la codificación canónica de 1917*, in «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos» 29 (2007) 481-514.

planteó la posibilidad de que, además de los códigos canónicos latino y oriental, se promulgara también un código fundamental, cuyo contenido fuera “el derecho constitutivo de la Iglesia”. Esta propuesta, aunque gozó del apoyo de prestigiosos canonistas de distintas escuelas y orientaciones¹⁸, fue finalmente archivada, si bien parte de sus contenidos se utilizaron en el Código de Derecho Canónico de 1983¹⁹.

2.4. *Persona jurídica*

La regulación proporcionada por el Código Civil de Chile a las personas jurídicas fue una excepción entre los códigos civiles decimonónicos. No es de extrañar, entonces, que los obispos chilenos, que ya habían conocido las bondades de tal regulación, se inspiraran en ellas para sugerir la conveniencia de que el código canónico que se proyectaba contuviera normas sobre ellas.

En su respuesta a la Santa Sede, los obispos chilenos consideraban que era completamente conveniente que el código canónico sancionara los principios y las reglas referidas a la “personalidad jurídica eclesiástica”, entre las que debían abordarse los siguientes aspectos: i) definir la personalidad eclesiástica y sus efectos; ii) enumerar los institutos, corporaciones y sociedades que debían gozar de personalidad por derecho; iii) indicar la autoridad que tenía la facultad de conceder personalidad jurídica a los institutos, a las corporaciones o sociedades que no gocen de la misma por derecho; iv) determinar cuáles debían ser los derechos de estas personas, qué facultades, qué cargos serían los propios y peculiares de estas personas y de sus representantes y, en general, el régimen de éstas; v) indicar el modo por el cual estas personas se extinguirían y lo que debía hacerse cuando sus constituciones nada dispusieron acerca de los bienes al producirse su extinción.

Para reforzar esta propuesta, los obispos consideraron que no era superfluo transcribir algunos de los artículos del Código Civil de Chile en los que se regulan aspectos de los que ellos sugerían, artículos que, puesto que el informe está escrito en latín, van traducidos en la misma lengua: fueron los artículos 545²⁰, 546, 549, 551 y 561. Fueron los obispos chilenos los únicos prelados

¹⁸ P. LOMBARDÍA, *Lecciones de derecho canónico*, Tecnos, Madrid 1984, p. 74.

¹⁹ Por todos, D. CENALMOR, *La ley fundamental de la Iglesia. Historia y análisis de un proyecto legislativo*, Pamplona 1991, con bibliografía.

²⁰ Sólo a modo de ejemplo transcribo la siguiente traducción: Código Civil de Chile, art. 545: «[inc. 1.º] *Vocatur persona juridica persona quaedam fictitia, quae sit capax jura exercendi et obligationes civiles contrahendi, quaeque aliam personam sive in iudicio sive extra iudicium in locum suum sufficere possit.* [inc. 2.º] *Personarum iudicarum duae sunt species: sodalitia et fundationes, quae Beneficentiae Publicae*

latinoamericanos en hacer propuestas en torno a las personas jurídicas. Pero es claro que, si bien los codificadores romanos habían incluido el tema de las personas jurídicas en el índice del futuro código²¹, la referencia era sólo al modo en que ellas se constituían, por lo que la propuesta de los obispos chilenos aparece mucho más completa. El código finalmente promulgado en 1917 dedicó alguna mayor atención a las por él llamadas “personas morales” que la sugerida en el índice de 1904, ocupándose de ellas entre los cánones 99 y 102. Los escasos cánones dedicados a las personas jurídicas no pudieron recoger todo lo que los obispos chilenos sugerían, inspirados en la mayor atención que a estas personas dedica el Código Civil de Chile, pero algunas de sus inquietudes quedaron recogidas.

2.5. *Una propuesta común con los metropolitanos españoles: los esponsales*

Desde América Latina sugería el informe del arzobispo chileno Mariano Casanova que, a fin de que se tuvieren como nulos los esponsales que no se habían contraído por escritura pública, habría que decretar y declarar esta escritura para que nunca y de ningún modo pudiera ser sustituida por aquellos escritos que, en Chile, se llamaban informaciones matrimoniales o por aquellos por los cuales se pedía una dispensa de impedimentos matrimoniales. Desde Toledo, el cardenal Ciriaco María Sancha y Hervás, patriarca de las Indias Occidentales, enviaba los *postulata* de los metropolitanos españoles²², en los que se podía leer que era preciso dejar establecido que los esponsales no tuvieren ningún valor, a no ser que hubieren sido investidos con todas las solemnidades como en España, pero, incluso, investidos con ellas, debían perder su valor si no se renovaren anualmente; y, además, el impedimento de pública honestidad originado de los esponsales debía eliminarse. Algo similar escribía el arzobispo de Burgos²³, quien, más lacónicamente pedía que quedaren invalidados los esponsales que hubiesen sido contraídos sin escritura pública ante notario y testigos.

Los cánones exigían que los esponsales se manifestaren con palabras u otros signos equivalentes, pero no había prescrita canónicamente ninguna formalidad

nomen habent [...]». No se incluyó el inc. 3º: «Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter».

²¹ El original en Archivo Segreto Vaticano, Commissione cod. Diritto Canonico, 3. Reproducido en J. LLOBELL – E. DE LEÓN – J. NAVARRETE, *Il libro “De processibus” nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, Milano 1999, pp. 341-351.

²² Archivo Segreto Vaticano, Commissione cod. Diritto Canonico, 84.

²³ Archivo Segreto Vaticano, Commissione cod. Diritto Canonico, 84.

especial para la validez de los mismos. La ley civil, en cambio, tanto la heredada de la monarquía española²⁴ como la ley patria chilena²⁵, había establecido la exigencia de la escritura pública. El Concilio Plenario Latinoamericano, por su parte, había abordado el tema expresamente, al punto que había parecido a los padres conciliares solicitar al Papa León XIII la extensión a América Latina de la declaración que, para España, había dado la S. Congregación del Concilio el 31 de enero de 1880²⁶ según la cual los esponsales eran inválidos, si no se contraían mediante escritura pública. Esta petición conciliar había sido benigneamente acogida por el Romano Pontífice quien había concedido la extensión solicitada²⁷. Me parece que ha sido esta norma vigente en España, recogida por el Concilio Plenario, la que ha inspirado inmediatamente a los obispos chilenos, si bien, ella venía a materializar una práctica que había estado vigente en Chile durante largos años por disponerlo así la ley civil y que ahora estaba vigente en el fuero canónico por la extensión hecha por León XIII.

El Código de Derecho Canónico, dispuso que la promesa de matrimonio, tanto la unilateral como la bilateral o esponsales, era nula en ambos fueros «si no se hace por medio de escritura firmada por las partes y además por el párroco u ordinario del lugar, o al menos por dos testigos» (can. 1017 § 1). Esto es, dispuso una formalidad expresa para la validez de los esponsales, con lo cual se hacía eco de las peticiones hechas en este sentido.

2.6. Una propuesta procesal desde España

La respuesta enviada desde España a la invitación formulada por Roma fue firmada por ocho de los nueve metropolitanos españoles –el arzobispado de Valencia estaba vacante– y en ella hay una propuesta, incluida entre las referidas a la materia procesal, que puede ser reconducida al derecho que regulaba tal materia en el ámbito del Estado: el recurso de queja, si bien, en este caso, el derecho del Estado no es citado expresamente aunque, al parecer, hacen uso de él. Es lo que sucede cuando sugieren a Roma «*introducendus atque regulandus recursus Ordinarius querelae, pro casibus, in quibus appellatio denegata fuerit, et similibus*». El recurso de queja, tal cual estaba regulado en la

²⁴ Nueva Recopilación 10, 2, 18.

²⁵ Art. 19 ley de 9 septiembre 1820, pragmática de matrimonios, en «Boletín de Leyes» 1846, pp. 158-167. C. SALINAS, *Algunas consideraciones sobre el matrimonio en la legislación civil de Chile antes del Código Civil (1810-1857)*, in *Libro homenaje in memoriam Carlos Díaz Rementería*, a cura de G. PINARD, A. MERCHÁN, Huelva 1998, pp. 644-653.

²⁶ «ASS» 13 (1880) 185-192.

²⁷ *Concilio plenario latinoamericano*, 593 n. 1.

ley de enjuiciamiento civil de España (art. 398), procedía cuando, habiéndose introducido el recurso de apelación contra autos o providencia dictadas por los jueces de tribunales de primera instancia, se hubiese denegado su admisión, en cuyo caso podía el afectado interponer recurso de queja ante la audiencia que correspondiese. A la luz de esta norma estatal, no es aventurado pensar que es ella la que tenían en mente los prelados españoles cuando pedían que se introdujere y regulare el recurso “ordinario” de queja en la situación señalada.

III. ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES EN LAS RELACIONES DEL DERECHO CANÓNICO CON EL DERECHO DE LOS ESTADOS

La relación entre el derecho canónico y el derecho de los Estados –expresión en la que sintetizo el derecho secular– fue intensa en otras épocas, con evidente provecho para ambos. El creciente alejamiento de ambos derechos como consecuencia, entre otras, del avance del secularismo en las sociedades occidentales o de la aparición de nuevas formas de religiosidad, fenómeno particularmente notorio en América Latina, ha ido suscitando problemas, originando contemporáneamente tensiones entre ambos ordenamientos. He aquí algunos ejemplos.

3.1. *¿Retorno del recurso de fuerza?*

El recurso de fuerza fue un abuso desarrollado por la monarquía hispana en sus relaciones con la Iglesia en el marco del régimen de patronato que las reguló durante el período indiano y tuvo su origen en la existencia paralela de tribunales reales y tribunales eclesiásticos, independientes unos de otros. Mediante este recurso, quien se sentía agraviado con una sentencia de un tribunal eclesiástico podía acudir ante un tribunal real reclamando que la sentencia le “hacía fuerza”; los tribunales reales podían declarar, entonces, que dicha resolución “hacía fuerza” al recurrente y ordenaba al tribunal eclesiástico que la reformara. Puesto que el tribunal real no tenía jurisdicción sobre el tribunal eclesiástico, no podía enmendar por sí mismo la sentencia eclesiástica, por lo que se limitaba a ordenar que fuera el mismo tribunal eclesiástico el que la enmendara.

Estamos en Colombia ya entrado el siglo XXI. Una religiosa de 65 años de edad, y después de 42 años de vida religiosa, pidió el retiro de la institución «por los malos tratos de la superiora de entonces» lo que fue aceptado por el

monasterio al que pertenecía quien le dio una suma de dinero por concepto de “ayuda del monasterio”. A los pocos días de su retiro solicitó el reintegro a la comunidad religiosa, informando que no suscribiría la dispensa de votos perpetuos «al ver que la situación en la calle no era la más favorable». Al mes de su salida, las autoridades de la comunidad religiosa solicitaron a la Santa Sede la dispensa de votos perpetuos de la demandante, obteniendo por respuesta que, en vista de la edad de la interesada, se estimaba más conveniente concederle dos años de exclaustación como oportunidad para que reflexionare sobre su situación, quien, durante su exclaustación, quedaba bajo su dependencia y cuidado. Pasados los dos años, la protagonista, según la sentencia civil que resolvió esta materia, pidió el reintegro al monasterio, a lo que la superiora le respondió que no podía aceptar su vuelta porque había que esperar «los resultados de la Santa Sede». Ante dicha respuesta la religiosa exclaustada efectuó peticiones escritas y telefónicas a la comunidad religiosa pretendiendo el reintegro al monasterio o un monto de dinero que compensara el servicio prestado durante 42 años. Posteriormente el consejo del monasterio decidió amonestarla por faltar a los «votos de obediencia y pobreza», con la advertencia de que si no explicaba, se arrepentía o corregía la conducta asumida iba a ser expulsada de la institución, procedimiento que el monasterio inició poco después, pero que se suspendió por la interposición, por parte de la religiosa exclaustada, de una acción de tutela ante los tribunales civiles.

La primera sala de revisión de la Corte Constitucional de Colombia²⁸ acogió la acción de tutela, ordenó el reintegro de la accionante al monasterio, «garantizando toda la asistencia y cuidado necesario para llevar una vida digna atendiendo a su condición de adulto mayor», y se previno a la abadesa y a toda la comunidad «para que se abstengan de realizar actos de discriminación que atenten contra la integridad física, psíquica y moral de la accionante». No es ésta la ocasión para analizar el extenso fallo, pero el argumento central esgrimido por el tribunal para justificar su intervención fue que la tarea del juez constitucional es «verificar que, en la gestión de dicha controversia, no se comprometan los derechos a la vida digna, al mínimo vital, al debido proceso y otros derechos fundamentales que, si bien pueden llegar a ser limitados en virtud de las restricciones derivadas de los votos de castidad, pobreza y obediencia, asumidas de manera voluntaria, de modo alguno pueden llegar a sacrificar su núcleo esencial, pues ello se traduciría en una negación de la dignidad humana de los religiosos».

²⁸ Sentencia T-658/13, de 23 de septiembre de 2013.

La simple lectura de lo resuelto muestra hasta qué punto pueden los tribunales estatales entrometerse en la vida religiosa con el argumento de la protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona, conceptos ambos de primera importancia, pero cuya interpretación queda entregada por completo a los jueces civiles. El viejo recurso de fuerza fue un abuso, pero cometido por quienes vivían en un ambiente de general respeto por lo religioso, respeto compartido por los mismos jueces, muchas veces ellos mismos creyentes devotos. Ahora, el ambiente en que se están desarrollando estos nuevos recursos no sólo es diverso, sino, incluso, son conocidos y resueltos por jueces reacios –si no contrarios– a toda expresión religiosa.

3.2. *Secreto profesional de abogados, médicos y confesores*

Una tensión con consecuencias no menores, es la que ocurre en sede procesal penal, con el secreto profesional de abogados, médicos y confesores en varios países latinoamericanos, la que ilustro con el nuevo Código Procesal Penal de Chile (2000). El artículo 303 del vigente Código Procesal Penal dispone, en relación con la facultad que tienen los testigos de abstenerse de declarar por razones de secreto, que «tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función, como el abogado, médico o confesor, tuvieran el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto». Se trata, en principio, de una norma que protege el secreto de confesión tan celosamente custodiado por el derecho de la Iglesia, pero digo que, en principio, porque el inciso segundo de este artículo prescribe que «las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado». El tema resultaba delicado porque «el testigo que se negare sin justa causa a declarar», será sancionado con la pena de reclusión de 541 días a 5 años²⁹. Está por verse cuál será la opinión de los tribunales penales al interpretar la “justa causa” mencionada por la norma.

Es cierto que es posible que el penitente releve del secreto al confesor, pero no es suficiente la sola voluntad del penitente, sino que, la defensa de la santidad del sacramento supone también la voluntad del sacerdote quien puede insistir en el secreto a pesar de ser relevado del mismo; a menos que

²⁹ Código Procesal Penal [Chile] art. 299 «[inc. 2°] El testigo que se negare sin justa causa a declarar, será sancionado con las penas que establece el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil». Código de Procedimiento Civil [Chile] art. 240: «[inc. 2°] El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo».

el penitente le comunique lo mismo fuera del ámbito sacramental. Pero de no ocurrir así, la sola voluntad del penitente es insuficiente y el confesor deberá guardar secreto de lo oído en confesión y quedar expuesto a las sanciones respectivas, pues el «sigilo sacramental jamás y por ningún motivo debe ser violado por el ministro de este sacramento, incluso con el riesgo de perder su propia vida»³⁰.

Se trata de una situación que diferencia a los ministros de culto católicos y no católicos, pues la confesión es un sacramento que sólo existe en la Iglesia católica y, por lo mismo, obliga sólo a aquéllos. Una consideración respetuosa de la legítima diversidad religiosa debería hacerse eco de estas diferencias, considerando que hay “justa causa” en el caso del confesor que se niega a declarar a pesar de ser relevado del secreto. Una norma similar a la chilena existe en Bolivia³¹, Uruguay³², Brasil³³, Nicaragua³⁴, República Dominicana³⁵ y Argentina³⁶. Hay, empero, algunas legislaciones –las menos, a decir verdad– que son respetuosas de los ministros de culto en esta materia, como sucede con Perú³⁷ y Costa Rica³⁸, junto a los cuales se puede mencionar el Código Federal de Procedimientos Penales de México (art. 243 bis) y el Código Procesal Penal de

³⁰ F. LOZA, *Comentario al canon 983*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, a cura di A. MARZO, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, Pamplona, 1983, vol. III, p. 818.

³¹ Código de Procedimiento Penal de Bolivia, art. 197.

³² Código del Proceso Penal de Uruguay, art. 220. Este artículo agrega que el deber de abstención subsistirá aún en los supuestos de pérdida de cesación de la calidad, entre otras, de «eclesiástico y ministro de la Iglesia católica o de otro culto tolerado por el Estado», cuando los hechos hubieron llegado a su conocimiento en mérito a las respectivas circunstancias.

³³ Código de Proceso Penal de Brasil, art. 207.

³⁴ Código Procesal Penal de Nicaragua, art. 198.

³⁵ Código Procesal Penal de la República Dominicana, art. 197.

³⁶ Código Procesal Penal de la Nación, art. 174. Según el Código Penal de la Nación Argentina está obligado a guardar secreto el que tiene noticia «por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte» de manera que si lo divulga «sin justa causa» queda sujeto a multas y, en su caso, a inhabilitación especial por seis meses a tres años (art. 156). Una sentencia reciente de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Criminal y Correccional, de 10 de abril de 2017, no aceptó la declaración de nulidad de lo obrado en un proceso penal que se había iniciado por la denuncia de una madre por delito de abuso sexual contra una hija menor de edad, hecho que había conocido por habérselo comentado un obispo, cuya religión no se expresa en la sentencia, pero que era mormón, que había conocido el hecho por confesión del autor del delito. Según la sentencia, “la circunstancia de que la denunciante tomara conocimiento del hecho delictivo mediante la violación del secreto de confesión efectuada por el obispo, sin perjuicio de las consecuencias de orden religioso que pudiera acarrear, no tiene incidencia sobre la validez de lo actuado, toda vez que dicha revelación no sólo importó dar a conocer a la madre de la víctima el hecho delictivo pasado sino, principalmente, alertarla acerca del riesgo inminente de futuros ataques sexuales, dada la situación de convivencia de la damnificada menor de edad con el agresor”.

³⁷ Código Procesal Penal de Perú, art. 165, 2.

³⁸ Código Procesal Penal Costa Rica, art. 206.

Honduras (art. 228). Nada dicen acerca del hecho de que el confidente releve del secreto a quien lo recibió los códigos de Ecuador³⁹, Paraguay⁴⁰, El Salvador⁴¹ y Colombia⁴². Con una fórmula muy amplia, el Código Procesal Penal de Guatemala dispone que no está obligado a declarar «quien conozca el hecho por datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencialidad legalmente prescrita» (art. 212 n° 3).

3.3. *Incapacidad de herencia y legado del último confesor*

He hecho referencia a que el derecho canónico actúa como presupuesto de integración de algunas normas civiles y, al mismo tiempo, como elemento de interpretación e inteligibilidad de la norma civil: ello ocurre con la figura del “confesor”. Hay alguna ocasión, empero, que esto ha traído aparejada una situación de desigualdad en el trato jurídico que se proporciona al confesor que, por ser tal, queda en condición desmejorada respecto de los ministros de otras confesiones religiosas en las que la figura del “confesor” no existe. Ello ocurre con la incapacidad establecida en el Código Civil de Chile para que el “confesor” de un causante en su última enfermedad o habitualmente durante los dos años anteriores al testamento pueda ser beneficiado con herencia o legado (art. 965 inc. 1°)⁴³.

Esta incapacidad es posible encontrarla en otros códigos latinoamericanos. En algunos de ellos la formulación es semejante a la del código chileno, usando la expresión “confesor” con lo que la incapacidad queda reducida a los confesores católicos, produciéndose, en consecuencia, la misma discriminación que en Chile, lo que ocurre en Colombia⁴⁴, Nicaragua⁴⁵ y Panamá⁴⁶. En otros, si bien se ha mantenido la hipótesis del “confesor” durante la última enfermedad, se ha extendido la incapacidad a «los ministros y las instituciones religiosas de otros cultos que hubieren prestado asistencia espiritual al difunto», como ocurre en

³⁹ Código de Procedimiento Penal de Ecuador, art. 126.

⁴⁰ Código Procesal Penal de la República del Paraguay, art. 206.

⁴¹ Código Procesal Penal de la República de El Salvador, art. 205.

⁴² Código de Procedimiento Penal de Colombia, art. 385.

⁴³ Según el inciso 2° de este artículo, «esta incapacidad no comprenderá a la iglesia parroquial del testador, ni recaerá sobre la porción de bienes que el dicho eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiese testamento».

⁴⁴ Código Civil Colombiano, art. 1022.

⁴⁵ Código Civil de la República de Nicaragua, art. 985 n° 3.

⁴⁶ Código Civil de Panamá, art. 637.

Ecuador⁴⁷. La incapacidad del último confesor o asistente espiritual se presenta bastante extendida en las legislaciones latinoamericanas, pero la discriminación del confesor respecto de los ministros de otras confesiones subsiste en Chile, Colombia, Nicaragua y Panamá.

A MODO DE CONCLUSIÓN

América Latina ha sido, y todavía lo es, un continente cristiano. Su incorporación a la Corona de Castilla hizo que ésta asumiera la tarea de evangelizar a los pueblos originarios que había en él, tarea que, con las luces y sombras propias de cualquier empresa humana, fue ejecutada con éxito, dando lugar a lo que se ha llamado un Estado misional. Esta fe no sólo fue asumida individual y comunitariamente por sus habitantes, sino que impregnó las estructuras sociales, las que se convirtieron, así, en auxiliares que ayudaron a vivir esa fe, junto con las instancias propiamente eclesiales. El derecho no fue ajeno a estas realidades, razón por la que, el derecho de la Iglesia, sin perjuicio de su vigencia intraeclesial, fue un interlocutor válido del derecho secular, lo que se vio favorecido por la difusión en tierras americanas del derecho común, cuyos dos grandes contenidos universales, el derecho romano de Justiniano y el derecho canónico, fueron los únicos enseñados en las universidades indianas.

Producida la independendencia, el Estado "misional" dio paso al Estado "confesional" y parte no menor del derecho que había regido en Indias en los siglos anteriores, especialmente en materias de derecho privado, siguió rigiendo la vida de los habitantes de las naciones recientemente independizadas. Esto significó que el influjo que el derecho de la Iglesia había ejercido en el derecho secular siguió produciéndose, ahora, en el nuevo derecho generado por las jóvenes repúblicas. El caso del Código Civil de la República de Chile es ilustrativo de esto, no sólo en el ámbito de su propia nación, sino también en el de los países que recibieron su influencia. Era el derecho de la Iglesia el que ayudaba a configurar el derecho de los Estados.

Transcurrido el primer siglo de vida independiente, las naciones hispanoamericanas contaban con un derecho propio, que, por lo general, poco o nada tenía que envidiar a los derechos europeos. Había llegado a su madurez y estaba ahora en condiciones de ayudar él a la configuración del derecho de la Iglesia, cuando ella decidió asumir un modo de fijación del derecho que

⁴⁷ Código Civil de Ecuador, art. 1007 inc. 4º; Código Civil de El Salvador, art. 966, el que extiende la incapacidad «al médico de cabecera del testador», lo mismo que en Honduras (art. 943); Código Civil de Venezuela, art. 841; Código Civil Federal de México, art. 1325.

estaba vigente desde hacía décadas en América Latina: la codificación. Es lo que permitió a algunos episcopados del continente inspirarse en las soluciones dadas por el derecho secular, para sugerir las actualizaciones que requería el derecho universal de la Iglesia.

El paso de los años ha hecho que el diálogo que durante siglos existió entre ambos derechos, el del Estado y el de la Iglesia, haya ido progresivamente silenciándose, con evidente detrimento para ambos, pero no se ha suprimido del todo. Este progresivo silencio ha traído como consecuencia que hayan ido aflorando nuevos espacios de tensiones entre ambos derechos, tensiones mayores o menores según el mayor o menor avance del secularismo contemporáneo que afecta a las naciones latinoamericanas. Se abre aquí un campo de acción promisorio para las universidades de la Iglesia, pues la formación de juristas con sólidos conocimientos jurídicos de uno y otro derecho es el que hará que ese diálogo que en el pasado generó un derecho de calidad, vuelva a ser fructífero. El desafío no es menor, pero, por eso mismo, es entusiasmante, pues se inscribe en la «valiente revolución cultural» a la que nos ha convocado recientemente el Papa Francisco.

CULTURA CANONISTICA E SISTEMA GIURIDICO INTERNAZIONALE

Vincenzo Buonomo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Adattamento e incorporazione del diritto internazionale nel diritto interno. a) Principi generali e consuetudine internazionale. b) Trattati.

I. INTRODUZIONE

Al momento della sua prima codificazione nel 1917, la relazione del diritto canonico con l'ordinamento internazionale può essere inquadrata nella più generale teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici e quindi letta come rapporto fra due ordinamenti che, costituiti ed operanti in piena autonomia, presentavano necessari collegamenti¹. Relazioni, dunque, poste in assenza di un effettivo condizionamento o apporto reciproco che andasse oltre la tecnica giuridica, in particolare quanto alla normativa – squisitamente consuetudinaria in quell'inizio del secolo XX – relativa ai trattati o alla funzione diplomatica. Criterio di collegamento erano le relazioni giuridiche e cioè il realizzarsi di atti e fatti che interessavano congiuntamente, e a volte simultaneamente, i due ordinamenti. In effetti, da sempre l'ordinamento canonico è destinatario di norme internazionali generali o ha stabilito rapporti con gli ordinamenti statali attraverso trattati (è il caso dei concordati) e questo era un dato più che evidente al momento della codificazione del 1917 come dimostra il riferimento ai trattati conclusi dalla Sede Apostolica contenuti nel can. 3 – in genere commentato esclusivamente con il ricorso al tradizionale principio di buona fede, *pacta sunt servanda* – o quello ai Nunzi e Internunzi del can. 267.

A questa lettura va aggiunta la posizione della canonistica in genere, e dello *ius publicum ecclesiasticum externum* nello specifico, che considerava la

* Pontificia Università Lateranense.

¹ Basta qui richiamare il riferimento alla teoria generale del diritto internazionale privato circa i criteri di relazione e collegamento tra ordinamenti giuridici. Si veda in proposito MOSCONI, F., CAMPIGLIO, C., *Diritto internazionale privato e processuale, Vol. I, Parte generale e obbligazioni*, Milano 2013⁶ e la bibliografia contenuta nel capitolo terzo (pp. 163-232).

Chiesa, al pari degli Stati, come una *societas iuridice perfecta*². Un'immagine volta ad esprimere non solo un'autonomia dei fini e della funzione autoritativa rispetto a poteri ad essa esterni, ma anche una fisionomia istituzionale propria – oggi il linguaggio internazionalistico parla volentieri di auto-organizzazione – strutturata sulla base di un insieme ordinato ed originario di regole giuridiche prodotte al suo interno. Uno sguardo alle relazioni internazionali mostra immediatamente che con questa fisionomia la Chiesa cattolica ha agito da sempre nella Comunità delle Nazioni, assumendo la connotazione di “potenza” (*puissance*) – secondo un'espressione tipica che il diritto internazionale applica ai suoi soggetti per definirne la capacità sovrana – distinta nelle finalità dalle altre istituzioni (prima solo gli Stati e poi anche le Organizzazioni intergovernative) che nella dinamica dell'ordinamento internazionale manifestano i caratteri della soggettività.

L'ordinamento canonico, letto dalla prospettiva del diritto internazionale, si presentava essenzialmente come sistema dualistico, o piuttosto pluralista³, pur avendo le sue radici nella tradizione romanistica o di *civil law*, in genere con propensioni alla visione monista pur se oggi molto limitate anche da una prassi interpretativa di rango costituzionale. Questo portava a ritenere che la dimensione normativa prodotta nel contesto internazionale, pur utilizzata dall'Autorità centrale della Chiesa cattolica, apparteneva ad una dimensione *ad extra* piuttosto che interna alla Comunità ecclesiale ed in particolare al suo ordinamento giuridico. In altri termini si seguiva una netta separazione secondo cui «[e]ach system is supreme in its own field; neither has hegemony over the others»⁴. Inoltre, il riferimento all'Autorità centrale consente di individuare che, allora come oggi, l'articolata relazione tra i due ordinamenti trova diretta manifestazione nell'attività della Santa Sede che l'ordinamento canonico definisce come la suprema autorità nella Chiesa, e il diritto internazionale annovera tra i suoi soggetti⁵. Quello tra Chiesa e Santa Sede, del resto, è un legame

² Cf. tra gli altri, uno dei classici trattati: OTTAVIANI, A., *Institutiones iuris publici ecclesiastici* 1, Città del Vaticano 1958⁴, p. 357 ss. Tra gli studi più recenti su questa prospettiva VALDRINI, P., *Comunità, persone, governo*, Città del Vaticano 2013; DALLA TORRE, G., *La città sul monte: contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, Roma 2007³.

³ Cf. in tal senso CRAWFORD, J., *Hasard, ordre et changement: le cours de droit international*, Leiden/Boston 2015, p. 186.

⁴ CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of International Law*, Oxford 2012⁸, p. 110.

⁵ Cf. in tal senso la posizione di ARANGIO-RUIZ, G. (JR), *Note sulla personalità internazionale della Santa Sede*, in BARBERINI, G. (a cura di), *La politica internazionale della Santa Sede 1965-1990*, Napoli 1992, pp. 24-38. Nello stesso volume interessanti le annotazioni critiche rivolte da BADIALI, G., *In tema di personalità internazionale della Santa Sede*, *ibid.*, pp. 119-122. Un'applicazione del concetto di *puissance* alla Santa Sede che si manifesta nella sua attività internazionale è articolata da DE LA BRIÈRE, Y.- M. L., *La condition juridique de la Cité du Vatican*, in «Recueil des Cours» 33 (1930),

con effetti prodotti e producibili non solo nella vita ecclesiale, ma anche nel particolare contesto del diritto internazionale, vista la rilevanza di atti e fatti posti in essere dall'ufficio del Romano Pontefice nell'esercitare la funzione di autorità centrale della comunità ecclesiale. Evitando una diretta trattazione della presenza internazionale della Santa Sede – che resta un tema oggetto di molteplici indagini e studi, come altrettanto numerose sono le posizioni presenti in dottrina, spesso tra loro contrapposte, anche se tutte formalmente valide⁶ – basta qui precisare che chi agisce a livello internazionale sotto il nome di Santa Sede è sempre il Romano Pontefice⁷, non altri organi o strutture che cooperano con il Suo ufficio (la Curia Romana). Questo nonostante la prassi evidenzia che in tempi recenti la presenza internazionale della Santa Sede, in particolare nei contesti intergovernativi, tende a *specializzarsi*: infatti, sempre più a tale azione concorrono i differenti Dicasteri e istituzioni della Curia Romana in ragione della loro competenza⁸. Non si tratta, però, di una variabile della presenza

p. 160 ss.; BARBERINI, G., *Le Saint-Siège et la notion de puissance en droit international*, in «Année Canonique» 42 (2000), pp. 37-50.

⁶ A riguardo esiste un'ampia bibliografia. Si vedano ad esempio: BARBERINI, G., *Le Saint-Siège sujet souverain de droit international*, Paris 2004; MALUWA, T., *The Holy See and the Concept of the International Legal Personality: Some Reflections*, in «Comparative and International Law Journal of Southern-Africa» 19 (1986), pp. 1-26; FERLITO, S., *L'attività internazionale della Santa Sede*, Milano 1988, in particolare il Capitolo I; RUDA SANTOLARIA, J. J., *Los sujetos de derecho internacional: el caso de la Iglesia Católica y del Estado de la Ciudad del Vaticano*, Lima 1995; ARANGIO RUIZ, G. (JR), *On the Nature of the International Personality of the Holy See*, in *Revue Belge de Droit International* 29 (1996), pp. 354-369; BUONOMO, V. *The Holy See in the Contemporary International Community: A Juridical Approach According to the International Law and Practice*, in «Civitas et Justitia», II (2004), pp. 7-40. Piuttosto in una prospettiva storica e generale, con riferimento alla Santa Sede, alla Chiesa Cattolica e allo Stato Vaticano si veda GRATSCH, E. J., *The Holy See and the United Nations 1945-1995*, New York 1997; ARAUJO, R. J., *The International Personality and Sovereignty of the Holy See*, in «Catholic University Law Review» 50 (2001), pp. 291-360; CARRÈRE D'ENCAUSSE, H.- LEVILLAIN, P. (dir), *Nations et Saint-Siège au XX siècle*, Paris 2003; HAULE, R. R., *Der Heilige Stuhl/Vatikanstaat im Völkerrecht*, Lohmar-Köln 2006.

⁷ È questa la posizione classica sia della canonistica (cf. per tutti WERNZ, F. J., *Ius Decretalium* 2/2, Romae 1906, p. 336 ss.) sia degli internazionalisti che hanno affrontato la questione avendo presente il diritto interno della Santa Sede (cf. per tutti la sistematica di DE LA BRIÈRE, Y.- M. L., *op. cit.*, pp. 113-165).

⁸ Diversamente la questione va posta per la Segreteria di Stato che storicamente si configura come l'organismo curiale che direttamente «coadiuva da vicino il Sommo Pontefice nell'esercizio della sua suprema missione» (*Pastor Bonus*, art. 39), ad iniziare dall'attività internazionale. In tal senso operano ambedue le Sezioni che la costituiscono: la Prima Sezione con compiti direttamente inerenti allo *ius legationis* – attivo e passivo – del Romano Pontefice (cf. *ibid.*, art.41 §1: "Alla Prima Sezione spetta (...) di regolare la funzione dei Rappresentanti della Santa Sede e la loro attività, specialmente per quanto concerne le Chiese locali; spetta ad essa di espletare tutto ciò che riguarda i Rappresentati degli Stati presso la Santa Sede"); la Seconda Sezione per quegli ambiti che direttamente riguardano le relazioni internazionali della Santa Sede (cf. *ibid.*, artt. 45-46). Si veda su questi aspetti BUONOMO, V., *La Segreteria di Stato. Competenze nella funzione diplomatica*, in BONNET, P. –

internazionale della Santa Sede, intesa in *sensu ampio*, bensì di un elemento rilevante esclusivamente agli effetti interni e ininfluenza per l'ordinamento internazionale⁹.

Il riferimento esclusivo all'ufficio del Sommo Pontefice è dato da ragioni di ordine giuridico – canonico e, di conseguenza, internazionale – e non solo da motivi di carattere storico¹⁰. È sufficiente richiamare la capacità di porre in essere atti con rilevanza internazionale a cui corrispondono effetti localizzabili esclusivamente sull'ufficio del Romano Pontefice – la Santa Sede in senso stretto – in forza della Sua autorità che è “suprema, piena, immediata e universale” nell'ordinamento della Chiesa (CIC, can. 331). Secondo il diritto internazionale questo significa che, come conseguenza di un illecito, non si può applicare il principio della responsabilità internazionale agli organi della Curia Romana (diversamente da quanto può avvenire nel caso degli Stati, in relazione allo *Stato-apparato*), o quello della responsabilità collettiva riferita allo *Stato-comunità* (con la possibilità di azioni e contromisure che colpiscono anche i singoli individui che dimorano in uno Stato). La questione è chiaramente diversa per la responsabilità internazionale in materia penale, di cui possono essere oggetto anche *individui-organo* in caso di repressione di illeciti che hanno rilevanza internazionale. Un aspetto quest'ultimo valido anche per la Santa Sede, e quindi per il diritto canonico, non solo per il profilo formale di previsioni applicabili anche alla Curia Romana. È quanto, ad esempio, mostra il riferimento ai *crimina iuris gentium* operato di recente con l'introduzione della responsabilità penale per tali crimini¹¹; o alla responsabilità penale di

GULLO, C. (a cura di), *La Curia Romana secondo la Costituzione Apostolica “Pastor Bonus”*, Città del Vaticano 1990, pp. 177-188.

⁹ Qualcosa di analogo avviene del resto per gli Stati, la cui funzione internazionale, propria del potere esecutivo, non è più esercitata esclusivamente dal Ministero degli Affari Esteri, ma vede il concorso di singoli Dicasteri *ratione materiae*, fermo restando che la qualificazione di organi statali deputati alle funzioni internazionali rimane circoscritta: Capo di Stato, Capo di Governo, Ministro degli esteri, Agente diplomatico, Capo delle forze armate in caso di conflitto, secondo una normativa consolidata.

¹⁰ Tali motivi, pur importanti, non possono limitare la presenza internazionale della Santa Sede al suo legame storico con gli Stati cristiani sorti dal dissolvimento della *Respublica Christiana* medioevale, ovvero al riconoscimento della personalità internazionale della Sede Apostolica da parte degli Stati cattolici. I. Brownlie sostiene: “probably the personality of political and religious institution of this type [the Holy See] can only be relative to those states prepared to enter into relations with them on International plane” (cf. CROWFORD, J. (ed), *Brownlie's Principles of International Law, op. cit.*, pp. 124-125). Tesi tra l'altro confutata dai rapporti internazionali – diplomatici o pattizi – stabiliti dalla Santa Sede anche con Stati non cristiani, e in via più generale dal principio di *a*-confessionalità che caratterizza la Comunità internazionale contemporanea.

¹¹ Richiamati dalla «Legge N. VIII: Norme complementari in materia penale dello Stato della Città del Vaticano, 11.7.2013», in <http://www.vaticanstate.va/content/dam/vaticanstate/documenti/>

individui-organo che operano nell'ambito della Santa Sede in relazione a condotte sanzionate dall'ordinamento internazionale, prevista da specifiche disposizioni introdotte dal Legislatore canonico.

Un sistema di rapporti così strutturato non è stato immune dal modificarsi del diritto internazionale, con l'affermarsi del *modello ONU* che ha sostituito il *modello westphaliano*. Esempio evidente sono la codificazione del diritto internazionale, operata mediante trattati plurilaterali; l'ampliarsi di un sistema di soluzione pacifica (giudiziale ed extra-giudiziale) delle controversie; l'istituzione di Organizzazioni intergovernative. L'ordinamento canonico da parte sua ha gradualmente assunto una diversa percezione e considerazione del diritto internazionale, e questo come effetto dello sviluppo della dottrina della Chiesa e in particolare della dinamica Chiesa-Mondo disegnata dalla *Gaudium et Spes*. È esemplificativo il modificarsi dei contenuti dei regimi pattizi con l'inserimento negli accordi concordatari di ambiti nuovi rispetto alle tradizionali materie, come il riferimento ai diritti fondamentali della persona, iniziando da quelli in materia di educazione (e non più limitati al riferimento allo *status* "delle scuole cattoliche").

Queste ultime considerazioni evidenziano che la questione non è solo di ordine politico, ma interessa l'ordinamento canonico e quindi non riguarda esclusivamente l'azione della Santa Sede. È quanto dimostra la partecipazione ai processi di codificazione della normativa internazionale, come pure l'impegno nell'attività diplomatica multilaterale che porta conseguenze di ordine giuridico-normativo. In proposito può essere paradigmatica l'adesione, il 19 aprile 1945, della Santa Sede all'UNIDROIT motivata in ragione del fatto che quello canonico è un ordinamento al pari degli altri e quindi può con essi confrontarsi, relazionarsi e, non ultimo, partecipare all'attività di elaborazione del cosiddetto "diritto uniforme" mediante lo strumento delle convenzioni plurilaterali.

Inoltre, ha assunto sempre maggior rilevanza il collegarsi del diritto canonico con l'ordinamento di altri soggetti di diritto internazionale, concorrendo attraverso l'azione della Santa Sede ad elaborare norme (è il caso di norme emanante da Organizzazioni intergovernative alle quali l'ordinamento canonico rinvia o che immette al suo interno). Evidentemente si tratta di un'azione che non prescinde dal perseguire il fine ultimo che del diritto canonico è proprio e più ampiamente delle motivazioni e finalità di tipo religioso della Chiesa cattolica.

leggi-e-decreti/Normative-Penali-e-Amministrative/Legge%20n.%20VIII%20%20Norme%20 complementari%20in%20materia%20penale.pdf (consultato 03.06.2017).

Le considerazioni sin qui svolte consentono di porre una prima serie di interrogativi alla luce dei mutamenti avvenuti ed in atto nella relazione tra diritto canonico e internazionale. Dal punto di vista *interno*: il concetto di *societas iuridice perfecta* può ancora definire un'attività sovrana con finalità di tipo spirituale a cui sono soggette persone unite dal vincolo del battesimo (*christifideles*) ed istituzioni/strutture proprie della comunità ecclesiale? Quanto alla dimensione *esterna*: quale rilevanza ha per il diritto internazionale l'attività di un ordinamento giuridico primario ed originario come quello canonico che opera nell'ordinamento internazionale come ordinamento di un soggetto ed è portatore di finalità di tipo essenzialmente religioso?

Tralasciando ogni altra considerazione, il riferimento alla prassi internazionale non fa emergere atti giuridici o elementi di ordine dottrinale¹² capaci di mettere in discussione che la dimensione spirituale e quella societaria, tra loro inscindibili, possono strutturarsi mediante uno specifico ordinamento giuridico, originario ed autonomo nel fondamento, nell'articolazione e nel modo di procedere¹³.

Quanto all'elemento religioso, che *l'incipit* dei trattati non contenga più l'invocazione alla "Santissima Trinità" dimostra che il diritto internazionale moderno e contemporaneo si configura come *a-confessionale*, ma non *a-religioso*. Anzi, l'elemento religioso è presente e operante almeno in due prospettive sostanziali: quale ispiratore del livello normativo, come mostra la radice religiosa di diversi tra i *principi generali e cogenti* – come non ricordare quelli del diritto internazionale umanitario? – ma anche tra le *obbligazioni erga omnes* che contraddistinguono l'odierna normativa internazionale, pur con non pochi problemi circa la loro obbligatorietà definita "di tutti verso tutti", ma senza previsioni di diretta responsabilità; e quale ambito da tutelare, in particolare per prevenire la violazione del principio di uguaglianza, non più confuso con la sola discriminazione, ma riferito all'*identità religiosa* o basata sulla religione di persone e comunità.

Un quadro così peculiare e composito impone un preciso percorso logico e metodologico per comprendere come la cultura canonistica si sia relazionata con il diritto internazionale. Anzitutto, si andrà a rilevare i modi in cui i due ordinamenti si relazionano, l'autorità e i poteri esercitati dalla Santa Sede e

¹² Ci si riferisce alla dottrina come fonte del diritto internazionale (come indica l'art. 38 dello *Statuto* della Corte Internazionale di Giustizia) e non alle posizioni di ordine politico-filosofico-ideologico volte a mettere in discussione la capacità dell'ordinamento canonico (e per esso la Santa Sede) di relazionarsi con quello internazionale.

¹³ Cf. ARANGIO RUIZ, G. (JR), *On the Nature of the International Personality of the Holy See*, art. cit., p. 357 ss.

pertanto la rilevanza che l'ordinamento internazionale riserva alla sua sovranità. Poi la recezione e l'applicazione delle norme internazionali da parte dell'ordinamento giuridico della Santa Sede e il suo apporto alla maturazione del diritto internazionale contemporaneo. Infine, si cercherà di individuare gli assetti normativi recepiti dal diritto canonico nel collegarsi al diritto internazionale di fonte multilaterale attraverso la presenza della Santa Sede in quel contesto di elaborazione normativa consensuale o, come più facilmente la si chiama, di "diplomazia normativa"¹⁴.

A concorrere in questo esame saranno i criteri propri del diritto internazionale e una costante valutazione di quanto effettivamente scaturisce dalla presenza della Santa Sede per la vita della Comunità internazionale. In ambedue i casi rilevando attraverso la prassi i principi o gli istituti giuridici corrispondenti¹⁵. Si tratta di una scelta di metodo che trae fondamento da due presupposti, che sono essenziali per il giurista.

In primo luogo il decentramento delle funzioni, che è carattere strutturale dell'ordinamento internazionale diversamente da quelli interni. È quanto sintetizzano i caratteri dell'indipendenza (*superiorem non recognoscentes*) e della sovranità (*par in parem non habet iurisdictionem*) che sono propri dei soggetti di diritto internazionale. A tale decentramento fa da riscontro l'effetto di principi generali e di norme consuetudinarie, affiancati dalla produzione di regole mediante trattati multilaterali che restano al momento la forma più utilizzata dai processi di produzione del diritto internazionale sia per la loro funzione immediata, sia quali ispiratori di condotte che vanno ad acquisire valore di norma consuetudinaria o di principi generali. Parimenti va menzionata la produzione normativa affidata a procedimenti comunemente detti di *soft law*, instaurati dall'attività multilaterale (Organizzazioni e Conferenze), ma che in ragione della diversità di forma e procedura assunta, si configurano ormai come una "diplomazia normativa". Più ampiamente la diplomazia normativa si è imposta nelle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale, affiancando ai modi classici di formazione delle norme di quest'ultimo – quelli cioè legati alle fonti tradizionali delle consuetudini, dei principi generali o dei trattati – altri modi di produzione. Anzi siamo probabilmente di fronte ad uno dei fenomeni che meglio disegnano il contemporaneo diritto internazionale. Non si tratta di sostituzione delle fonti classiche quanto piuttosto di una loro evoluzione

¹⁴ Cf. DUPUY, P.M. – KERBART, Y., *Droit international public*, Paris 2016, p. 406 ss.

¹⁵ In proposito va precisato che la questione riguarda non solo le fonti tradizionali del diritto internazionale, ma anche la cosiddetta *soft law*, anzitutto quella emanata da Organizzazioni intergovernative, organismi o Conferenze (per esempio: dichiarazioni, piani d'azione, raccomandazioni e risoluzioni generali).

che ha messo in discussione le procedure ordinariamente esistenti e attivate, evidenziando non pochi problemi dal punto di vista della coerenza normativa, divenuta graduale, o dell'effetto, di fatto differito nel tempo necessario all'acquisizione di valore normativo per risoluzioni, dichiarazioni, codici di condotta. . . Tutti atti adottati tramite un *consensus* che ne accerta il collegamento ad una *opinio juris*, ma che necessitano di prolungate e diversificate modalità di accertamento della forza vincolante o della implementazione da parte degli ordinamenti interni. Diplomazia normativa che, oltre alle riunioni periodiche, ha ormai standardizzato o istituzionalizzato procedure (è il caso dei *Treaty Bodies*), in particolare la codificazione internazionale le cui incidenze sulla vita della "Comunità internazionale nel suo insieme" sono fatti evidenti. L'espressione "Comunità internazionale nel suo insieme", infatti, è il sostrato sociale in cui si inserisce la produzione normativa diversa da quella tradizionale, piuttosto impegnata ad assecondare la condotta degli Stati o a prendere atto della loro volontà. Questo a dimostrazione che le fonti di produzione hanno subito un forte decentramento o meglio si direbbe una parcellizzazione nelle forme più diverse e più o meno istituzionalizzate. Un processo di evoluzione complesso e ben strutturato nelle sue procedure e finalità, che ha visto la Santa Sede coinvolta e presente sempre con l'obiettivo di concorrere a tale processo. Evidentemente conscia di doverne assorbire poi gli effetti nel proprio ordinamento, al pari degli altri soggetti di diritto internazionale. La codificazione internazionale è indissociabile dallo sviluppo progressivo del diritto internazionale, come ebbe a dire la Commissione di Diritto Internazionale nel 1956¹⁶, con un'evoluzione anche sostanziale della portata di principi consuetudinari ritenuti immutabili: è il caso del diritto diplomatico con l'inizio della codificazione nel 1950 che portò alla Convenzione di Vienna del 1961. E poi le convenzioni multilaterali non di codificazione ma piuttosto di regolazione di settori nuovi – è il caso degli armamenti o delle telecomunicazioni – di cui la Santa Sede è divenuta parte dopo aver contribuito alla loro elaborazione. Tutto questo ha prodotto certamente effetti anche per l'ordinamento canonico e non solo attraverso trattati multilaterali: si pensi al caso delle dichiarazioni di principio che anche la Santa Sede riconosce come creatrici di diritto. Un caso è quello della *Dichiarazione sui diritti del fanciullo*, adottata dall'ONU nel 1959, utilizzata dalla Santa Sede come norma interpretativa dell'omonima Convenzione del 1989, quanto alla definizione di fanciullo dal concepimento: «Il fanciullo a causa della sua immaturità fisica e intellettuale ha bisogno di una particolare protezione e di cure speciali compresa una adeguata protezione giuridica, sia prima che dopo la nascita»¹⁷.

¹⁶ NATIONS UNIES – COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire* 1956, vol. II, § 26.

¹⁷ Preambolo, al. n. 3 e Principio Quarto.

In secondo luogo la natura propria della Santa Sede sia nel suo ordine interno che nella sua partecipazione alla dinamica politica e alle situazioni giuridiche internazionali, a cui si aggiungono – per sole ragioni di completezza e certamente non sostanziali – accenni alla condizione giuridica assunta a partire dal 1929 nell'esercitare anche piena e assoluta sovranità sull'estensione territoriale costituita dallo Stato della Città del Vaticano. Realtà, quest'ultima, istituita proprio mediante norme internazionali che dalla sola radice pattizia – il *Trattato Lateranense* concluso dalla Santa Sede con l'Italia – hanno esteso la loro efficacia all'intero ordinamento della Comunità internazionale, assumendo rilevanza oggettiva per i suoi membri. Un aspetto di fatto separato dall'ordinamento canonico – anche se di quello vaticano, l'ordinamento canonico è la fonte principale¹⁸ – e piuttosto riguardante il governo civile di uno Stato, ma che come si vedrà la volontà del Legislatore canonico ha in alcuni casi connesso nell'emanare provvedimenti direttamente ispirati alla normativa internazionale. Si tratta in particolare del:

- a) *Motu Proprio per la prevenzione ed il contrasto delle attività illegali in campo finanziario e monetario*, emanato da Benedetto XVI il 30 dicembre 2011, che riconoscendo gli sforzi della Comunità internazionale di dotarsi “di principi e strumenti giuridici che permettano di prevenire e contrastare il fenomeno del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo (...) approva questo impegno ed intende far proprie queste regole nell'utilizzo delle risorse materiali che servono allo svolgimento della propria missione”¹⁹;
- b) *Motu Proprio per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio, del finanziamento del terrorismo e della proliferazione delle armi di distruzione di massa*, emanato da Francesco l'8 agosto 2013, che rinnova “l'impegno della Santa Sede nell'adottare i principi e adoperare gli strumenti giuridici sviluppati dalla Comunità internazionale, adeguando ulteriormente l'assetto istituzionale al fine della prevenzione e del contrasto del riciclaggio, del finanziamento del terrorismo e della proliferazione delle armi di distruzione di massa”²⁰;
- c) *Motu Proprio emanato da Francesco l'11 luglio 2013 sulla giurisdizione degli organi giudiziari vaticani in materia penale*, che è estesa agli organi e al perso-

¹⁸ Sia l'attuale che la precedente *Legge sulle fonti del diritto* hanno questa impostazione con la differenza che la legge vigente, del 2008, fa riferimento non solo al Codice, ma all'ordinamento canonico nella sua interezza.

¹⁹ Cf. BENEDICTUS PP. XVI, «Litterae Apostolicae Motu Proprio datae “Per la prevenzione ed il contrasto delle attività illegali in campo finanziario e monetario”, 30.12.2010», in «AAS» 103 (2011), p. 7.

²⁰ Cf. FRANCESCO PP., «Lettera Apostolica in forma di “Motu Proprio” per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio del finanziamento del terrorismo e della proliferazione di armi di distruzione di massa, 8.8.2013», in «L'Osservatore Romano» 153/182 (9 agosto 2013), p. 1.

nale della Curia Romana e ai responsabili degli enti dipendenti dalla Santa Sede, ritenendo “(. . .) *necessario che la comunità internazionale adotti idonei strumenti giuridici i quali permettano di prevenire e contrastare la criminalità, favorendo la cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*”²¹;

- d) Motu Proprio con il quale è approvato il nuovo Statuto dell’Autorità di Informazione Finanziaria (AIF), emanato da Francesco il 15 novembre 2013²², che conferma la collocazione dell’Autorità come “organo connesso” alla Curia romana.

Queste disposizioni, oltre al loro obiettivo specifico, immediatamente aprono un nuovo spazio di riflessione per il giurista circa i modi che il diritto internazionale e il diritto canonico hanno di relazionarsi, in questo caso nello specifico della materia patrimoniale e dei reati ad essa collegati²³. Infatti, se in alcuni casi tali atti sono effetto della adesione della Santa Sede a Convenzioni multilaterali, in altri sono la premessa per poter accedere ai medesimi.

Nella relazione tra i due ordinamenti, è evidente che ambedue i richiamati presupposti permettono di cogliere un atteggiamento volto al realismo e che comporta di analizzare il procedimento nomogenetico per quello che è e non per quello che si vorrebbe che fosse.

II. ADATTAMENTO E INCORPORAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE NEL DIRITTO INTERNO

Acquisito che l’ordinamento canonico e quello internazionale interagiscono e si collegano, anche attraverso l’opera della Santa Sede, occorre ora addentrarsi

²¹ Cf. FRANCISCUS PP., «Litterae Apostolicae Motu proprio datae de iudicialium instrumentorum iurisdictione civitatis Vaticanae super re poenali, 11.7.2013», in «AAS» 105 (2013), p. 651.

²² Cf. FRANCESCO PP., «Lettera Apostolica in forma di “Motu Proprio”. Nuovo statuto per l’Autorità di informazione finanziaria, 15.11.2013», in «L’Osservatore Romano» 153/265 (17-18 novembre 2013), p. 7.

²³ Peraltro già con il *Motu Proprio* del 30 dicembre 2011, il Legislatore procedeva a due fondamentali inserimenti nell’ordinamento canonico: il principio della responsabilità penale amministrativa degli enti, con effetti anche per gli organi della Curia Romana, operando così un cambiamento strutturale rispetto alla concezione fondata sulla radice romanistica del principio *societas delinquere non potest* (cambiamento confermato anche dal *Motu Proprio* emanato da Francesco l’11 agosto 2013 in relazione alla «Legge N. VIII: Norme complementari in materia penale. . .»); l’inserimento tra gli organi della Curia Romana di un’apposita struttura, l’Autorità di Informazione Finanziaria (AIF) per la prevenzione e il contrasto del riciclaggio dei proventi di attività criminose e del finanziamento del terrorismo «conferendo ad essa la personalità giuridica canonica pubblica (cf. BENEDICTUS PP. XVI, «Litt. Ap. M. Pr. “Per la prevenzione ed il contrasto delle attività illegali in campo finanziario e monetario” . . .» cit. n. 1, p. 7).

sulle modalità di attuazione di tali relazioni e sulle tecniche ordinariamente utilizzate. Si tratta peraltro di situazioni ben note nelle relazioni intercorrenti tra gli ordinamenti interni e quello internazionale e che consentono alla norma internazionale di poter agire o produrre effetti senza mettere in discussione il carattere della originarietà, come pure dell'autonomia dei due ordinamenti, salvaguardando anzitutto la coerenza e la non contraddizione.

In questa analisi l'attenzione va posta ai sistemi e alle procedure di adattamento del diritto internazionale al diritto interno, e alle procedure di incorporazione, considerando le clausole di apertura ed espressamente le forme di rinvio previste dall'ordinamento della Santa Sede per immettere al suo interno una norma di diritto internazionale. Nell'individuare i criteri operanti in questa relazione l'indagine va orientata verso due obiettivi principali: *a)* la valutazione del tipo di posizione che la norma internazionale assume nel diritto interno; *b)* la considerazione dell'effettiva recezione e quindi l'applicabilità nel diritto interno della norma internazionale di qualsiasi natura o fonte (generale, pattizio, consuetudinario, frutto dell'attività normativa di Organizzazioni intergovernative). Metodologicamente, anche in ragione della limitata attenzione posta sul tema dalla dottrina, si avranno come punti di riferimento gli elementi propri della teoria generale del diritto relativi alla recezione del diritto internazionale nel diritto interno; i principi che regolano il rapporto tra ordinamenti giuridici (il cosiddetto diritto internazionale privato), che nel caso specifico si desume dalla cosiddetta *teoria della canonizzazione* delle leggi civili e cioè dall'azione del Legislatore canonico che assume le norme di altri ordinamenti a contenuto delle norme canoniche²⁴. Trattandosi nel caso specifico di una funzione suppletiva dell'ordinamento canonico, l'operatività del rinvio o della canonizzazione porterebbe a parlare piuttosto di un diritto di derivazione internazionale, piuttosto che di un diritto internazionale reso operativo nell'ordinamento canonico.

In questo procedere appaiono immediatamente necessari alcuni rilievi preliminari. Anzitutto le differenze che intercorrono tra le diverse tipologie di norme internazionali: la generalità delle norme consuetudinarie o la loro flessibilità di interpretazione e di applicazione non è equiparabile alla tipologia di un trattato che invece trova un certo riferimento ad istituti di diritto interno come il contratto, come pure diversi sono gli atti normativi adottati da Organizzazioni intergovernative, alcuni dei quali hanno immediata applicabilità senza alcun ricorso ai tradizionali schemi dell'adattamento. Inoltre, non vanno

²⁴ Il legislatore della Chiesa che «fa riferimento alle norme civili per accogliere nel suo ordinamento norme in tutto o in parte identiche ad altre esistenti in ordinamenti civili; in altre parole il contenuto di queste è assunto a contenuto delle norme canoniche» (CIPROTTI, P., *Le «leggi civili» nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, in «Apollinaris» LVII (1984), p. 287).

tralasciate le normative derivanti da procedimenti di controllo o di *accountability* strutturati da convenzioni multilaterali e che incidono negli ordinamenti interni dei soggetti contraenti.

Poi, non sfugge la constatazione che negli ordinamenti statali il rapporto tra diritto interno e internazionale definito negli ordinari procedimenti di adattamento risulta più facilmente evidente. A ciò contribuiscono non solo la struttura e la finalità propria di quegli ordinamenti – ben differenti dal canonico –, ma anche l'esistenza di un'esplicita regolazione della materia, in genere collocata a livello costituzionale e comprensiva di speciali norme sulla produzione giuridica che interessano direttamente la recezione delle norme internazionali. Inoltre, nel caso specifico della Santa Sede, vanno considerati i già richiamati limiti specifici posti dal suo ordinamento giuridico all'introduzione di norme derivanti da altri ordinamenti, con l'esplicita menzione del limite posto dal diritto divino – naturale e positivo, secondo i caratteri propri – e dal diritto canonico stesso. La presenza e l'effetto di tali limitazioni, infatti, si estendono anche alla normativa internazionale, come si ricava dal riferimento alla più generale finalità della Chiesa e del suo ordinamento giuridico e quindi dai fondamentali presupposti di quest'ultimo²⁵. Lo conferma l'attenzione del legislatore canonico, quando afferma nel can. 22 del CIC o nel can. 1504 del CCEO che le norme *civili* «alle quali il diritto della Chiesa rimanda, vengano osservate nel diritto canonico con i medesimi effetti, in quanto non siano contrarie al diritto divino e se il diritto canonico non dispone altrimenti». Tale disposizione, inserita nel contesto della normativa sulle leggi ecclesiastiche, assume la portata di un principio generale, in piena coerenza con le regole generali in materia di diritto internazionale privato secondo cui la norma straniera assunta da un ordinamento produce i propri effetti secondo i contenuti e l'interpretazione corrente data nell'ordinamento di origine. Inoltre, aspetto non solo formale, è l'uso del termine *diritto civile* che nel can. 1504 del CCEO sostituisce quello più circostanziato di *leggi civili* del can. 22 del CIC²⁶. Pertanto, si tratta di una regola certamente non limitabile a configurare come ordinamento di partenza quello statale, ma tutte quelle norme prodotte in altri ordinamenti giuridici, non parte dello *ius Ecclesiae* e che vengono con questo in contatto o sono da questo adattate, richiamate ovvero fatte oggetto di rinvio. Resta il fatto che per il diritto internazionale tale assetto del diritto interno resta solo un fatto da

²⁵ Cf. in tale prospettiva le chiare ed esaurienti osservazioni di CIPROTTI, P., *Contributo alla canonizzazione delle leggi civili*, Roma 1941 e dello stesso A. *Le «leggi civili» nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, art. cit., pp. 282-293.

²⁶ E questo anche secondo un'accezione tradizionalmente osservata da parte della canonistica dell'espressione *ius civile*.

interpretare e circoscrivere e non costituisce regola di diritto: esempio è l'art. 27 della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* del 1969, che ritiene irrilevante la posizione del diritto interno come motivo di inadempimento di una Parte degli obblighi derivanti da un trattato.

In terzo luogo, il fatto che *de jure* la Santa Sede nell'assumere obblighi internazionali è solita precisare se agisce come organo supremo di governo Chiesa o come sovrano dello Stato della Città del Vaticano e in alcuni casi per ambedue le entità. Una prassi consolidatasi nell'ordinamento internazionale a partire dal 1929 che, mentre resta chiara sul piano bilaterale, nell'ultimo periodo stenta a trovare immediato riscontro in relazione ai trattati multilaterali per una mancata distinzione tra le obbligazioni assunte dalla Santa Sede che hanno ricaduta esclusivamente territoriale – dunque sullo Stato Vaticano – e quelle che riguardano invece l'ordinamento canonico²⁷.

Infine, un altro rilievo generale in materia di adattamento riguarda la mancanza di un'organica trattazione dei rapporti tra l'ordinamento internazionale e quello interno della Santa Sede. Infatti, se si esclude l'aspetto relativo al diritto concordatario che risulta ampiamente condotto e precisato²⁸, come pure – almeno in via di principio o in generale – quanto sulla materia riguarda lo Stato Vaticano, restano solo parziali i riferimenti dottrinali relativi più direttamente alla recezione o all'eventuale adattamento delle norme internazionali²⁹.

Quanto ai limiti circa la recezione del diritto internazionale, però, va tenuto conto che il richiamo al diritto divino non fa dell'ordinamento canonico una realtà atipica rispetto agli altri ordinamenti interni, ma conferma l'esistenza

²⁷ Un esempio è dato dalle *Osservazioni finali* del Comitato dei Diritti del Fanciullo delle Nazioni Unite a conclusione dell'esame del "Secondo Rapporto Periodico" della Santa Sede sull'implementazione della *Convenzione sui Diritti del Fanciullo* e dei suoi *Protocolli aggiuntivi*: «The Committee is aware of the dual nature of the Holy See's ratification of the Convention as the Government of the Vatican City State, and also as a sovereign subject of international law having an original, non-derived legal personality independent of any territorial authority or jurisdiction. While being fully conscious that bishops and major superiors of religious institutes do not act as representatives or delegates of the Roman Pontiff, the Committee nevertheless notes that subordinates in Catholic religious orders are bound by obedience to the Pope in accordance with Canons 331 and 590. The Committee therefore reminds the Holy See that by ratifying the Convention, it has committed itself to implementing the Convention not only on the territory of the Vatican City State but also as the supreme power of the Catholic Church through individuals and institutions placed under its authority» (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Concluding Observations on the Second Periodic Report of the Holy See*, Doc. CRC/C/VAT/CO/2, 5 February 2014) [*corsivo aggiunto*].

²⁸ MARTÍN DE AGAR, J.M., *Raccolta di Concordati: 1950-1999*, Città del Vaticano 2000, *Introduzione*.

²⁹ Tali sono ad esempio il riferimento al principio della *buona fede* o del *pacta sunt servanda* che già i commentatori del CIC 1917 riportano nell'analisi del can. 3, di pari tenore rispetto all'analogo canone del CIC vigente. Su questo aspetto si veda FERLITO, S., *L'attività internazionale della Santa Sede*, Milano 1988, p. 94 ss.

al suo interno di un *dominio riservato* (domestic jurisdiction) e cioè di quella sfera dell'ordinamento di ogni soggetto di diritto internazionale nella quale è precluso qualsiasi intervento da parte di ordinamenti esterni, ad iniziare da quello internazionale³⁰. Questo nello specifico riguarda la natura della Chiesa, la sua autorganizzazione e alcuni ambiti del proprio ordinamento giuridico, ma certamente pone qualche riflessione riguardo, ad esempio, alla superiorità dei trattati rispetto alle norme canoniche codicili.

Volendo cogliere in modo esauriente la questione del procedimento di adattamento è necessario riferirsi all'ordinamento internazionale nella sua globalità, distinguendo nelle presenti considerazioni tra le relazioni intercorrenti fra il diritto interno della Santa Sede e: i principi generali del diritto e le consuetudini internazionali, i trattati e – analizzata in modo specifico – la normativa prodotta da Organizzazioni intergovernative, anche nella forma della *soft-law*.

a) *Principi generali e consuetudine internazionale*

Quanto ai *principi generali del diritto*, l'ordinamento internazionale ha ormai pienamente compiuta la distinzione tra quelli “generalmente riconosciuti” – contemplati nel diritto applicabile dalla Corte Internazionale di Giustizia³¹ – e quelli che del diritto internazionale costituiscono la struttura portante il cui valore tra le fonti del diritto internazionale si è consolidato nella prassi dell'ultimo periodo³². In genere si tratta di norme non scritte a cui corrisponde una generale condivisione e recezione da parte della Comunità internazionale nel suo complesso, anche se tendenze più recenti nei meccanismi della produzione giuridica e nella prassi internazionale hanno localizzato i principi generali in quelle regole base della convivenza internazionale che ogni soggetto è chiamato in buona fede a rispettare o ad adempiere gli obblighi da essi derivanti³³. La loro funzione rientra nella tutela dell'ordine pubblico internazionale – in

³⁰ Non è possibile addentrarsi in questo ambito complesso e interessante ad un tempo. Basta qui ricordare che si è di fronte ad un principio generale dell'ordinamento internazionale ormai radicato nella condotta dei soggetti e, peraltro, “codificato” dalla *Carta delle Nazioni Unite* (cf. art. 2 § 7).

³¹ *Statuto della Corte Internazionale di Giustizia*, art. 38, 1, c.

³² Questo spiega anche l'atteggiamento di parte della dottrina che a tali principi assegna un ruolo meno definito rispetto alle altre fonti dell'ordinamento.

³³ In questo modo superando quella tradizionale interpretazione che sulla base del dispositivo dell'art. 38c) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia («principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili») li riteneva circoscritti esclusivamente a principi comuni ai diversi ordinamenti statuali.

modo specifico per garantire la pacifica convivenza internazionale, la stabilità delle situazioni e la legalità internazionale – o ha particolare attinenza con la protezione della persona, dei popoli e dei loro diritti fondamentali comprese le conseguenti previsioni di responsabilità e punibilità a fronte delle cosiddette *gross violation* o *grave breaches*. L'esistenza, ma soprattutto l'effettiva coscienza, l'applicabilità e il conseguente rispetto di questi principi generali è confermata non solo dal loro inserimento o richiamo in altre fonti e ancor più dalla loro codificazione operata da normative di tipo pattizio³⁴, ma anche dalla loro funzione dissuasiva o deterrente e dall'uso fattone dalla giurisprudenza in relazione ai *crimini internazionali* (genocidio, crimini di guerra e contro l'umanità, aggressione, discriminazione razziale, tortura). Un processo che ha visto consolidarsi la tendenza a riconoscere l'inderogabilità di questi principi (*jus cogens*) da parte di altre fonti internazionali, con particolare riferimento alle norme di origine convenzionale³⁵.

Nell'ordinamento della Santa Sede è evidente il generale, ma esplicito, rinvio ai "principi generali del diritto" in caso di *lacuna legis* (CIC, can. 19), con la sola esclusione della materia penale e nel rispetto di quell'*aequitas canonica*³⁶ che resta un ambito specifico di quel *dominio riservato* in cui prevale la funzione del diritto canonico di regolare fini anzitutto spirituali. Inoltre, può essere rilevata non solo la convergenza di molti di questi principi con i criteri ispiratori della missione della Chiesa cattolica e del suo ordinamento giuridico, ma anche il concorso dato dalla Santa Sede nel riconoscerne la portata e l'effetto nei rapporti internazionali, come pure l'apporto durante l'*iter* di elaborazione di alcune norme internazionali codificate che specificamente sono connesse o riferite a principi generali, come nel caso della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*³⁷.

³⁴ L'esempio tipico è rappresentato dai principi contenuti nell'art. 2 della Carta delle Nazioni Unite, ripresi dalla *Dichiarazione sui principi generali concernenti le relazioni amichevoli fra gli Stati*, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 1970 e, anche su un piano geo-politico più ristretto, dai *Dieci Principi dell'Atto Finale di Helsinki* (1975).

³⁵ Si tratta del principio espresso dagli articoli 53 e 64 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati relativamente alla nullità dei trattati conclusi in violazione di norme imperative o di *jus cogens*.

³⁶ Cf. can. 19 del CIC, che esclude l'applicare di principi generali in materia penale. Diversa è la corrispondente disposizione del CCEO il cui can. 1501 nel prevedere la *lacuna legis*, fa riferimento ai «*generalia principia iuris canonici cum aequitate servata*».

³⁷ La Convenzione introduce il riferimento allo *jus cogens* come limite alla conclusione di trattati: «È nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale. Ai fini della presente convenzione, per norma imperativa di diritto internazionale generale si intende una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere» (art. 54).

Infine, la stessa accettazione delle disposizioni in merito contenute in diverse convenzioni multilaterali ratificate dalla Santa Sede mostra come essa recepisca nel proprio ordinamento contenuti e portata di questi principi generali³⁸, come nel caso specifico del principio del *pacta sunt servanda* (CIC, can. 3; CCEO can. 4) o dei principi in materia di diritto diplomatico (CIC, cann. 362 e 365)³⁹.

Quanto alle *consuetudini internazionali*, va osservato in forza della presenza della Santa Sede nella Comunità internazionale che l'ordinamento canonico è destinatario di consuetudini internazionali, che vanno rispettate secondo il tradizionale principio *consuetudo est servanda*. Ciò appare evidente dalla prassi relativa all'osservanza delle consuetudini in materia di conclusione di accordi, di esercizio del diritto di legazione, come pure di quelle relative ai "rapporti di buon vicinato" e quindi inerenti non solo la sovranità esercitata sullo Stato Vaticano. Sarebbero invece da escludere – secondo quanto sostenuto da una parte della dottrina internazionalista – quelle consuetudini di cui la Santa Sede non può essere destinataria, poiché rilevano ad attività che essa non può esercitare in forza della sua natura e condizione come nel caso delle consuetudini in materia di diritto bellico⁴⁰. Anche in questo caso, però, la prassi a riguardo evidenzia l'inconsistenza di tale limitazione, considerando, ad esempio, che la Santa Sede ha posto nel proprio ordinamento le consuetudini generali del diritto bellico tradizionale codificate dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 sul diritto internazionale umanitario e dai connessi Protocolli del 1977, divenendone parte contraente⁴¹. E questo ancora prima di incorporarle con rinvio recettizio nell'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano⁴².

³⁸ Il riferimento non è solo alla ratifica della menzionata *Convenzione sul diritto dei trattati* che si è visto specificamente toccare questo ambito con riferimento a principi come *pacta sunt servanda*, ma anche ad esempio alla ratifica delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 sul diritto internazionale umanitario (1949), della Convenzione sulle relazioni diplomatiche (1961) o della Convenzione sullo status dei rifugiati (1951).

³⁹ L'espressione "norme internazionali" contenuta nelle citate norme canoniche, nel contesto del diritto diplomatico comprende necessariamente i principi generali che sono propri di tale regolazione.

⁴⁰ Cf. in questo senso MORELLI, G., *Nozioni di diritto internazionale*, Padova 1967⁷, p. 149, quanto alle consuetudini in materia di diritto bellico; MONACO, R., *Manuale di diritto internazionale*, Torino 1971², che indica «guerra, neutralità, mutazioni territoriali ed atti giuridici relativi» come ambiti dell'ordinamento internazionale che non presentano interesse e capacità di azione della Santa Sede (p. 279). Di diversa opinione ARANGIO RUIZ J., G., *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Bologna 1972, in particolare p. 85 ss.

⁴¹ Rispettivamente dal 22 febbraio 1951 per le Convenzioni e dal 12 novembre 1985 per i Protocolli. L'interesse a tale ambito non può essere solo limitato alla natura umanitaria che dell'azione di Santa Sede e Chiesa cattolica è propria, poiché vi è la parallela adesione alle Convenzioni dell'Aja del 1954 sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, con i connessi aspetti relativi alla sovranità territoriale della Santa Sede (cf. l'ampia documentazione in GALLINA, E., *Il Vaticano è di tutti*, op. cit.).

⁴² Cf. *Legge N. VIII: Norme complementari in materia penale*, artt. 16 e 17.

Delle consuetudini internazionali è possibile ritrovare traccia nella legislazione canonica, nella forma di semplice rinvio, come nel caso del can. 3 CIC e can. 4 CCEO che fanno riferimento al *pacta sunt servanda*; o di esplicito rinvio ricettizio, come nel caso dei cann. 362 e 365 del CIC relativi alle consuetudini del diritto diplomatico⁴³, di fatto assente dalla codificazione del 1917. Resta in ogni caso da valutare se nel caso delle consuetudini internazionali possa essere applicabile il generale criterio di apprezzamento per la validità della consuetudine che opera nell'ordinamento canonico e riferito direttamente al diritto interno⁴⁴. Sembrerebbe da escludere immediatamente la possibilità che la consuetudine internazionale sia ricevibile se è *contraria* (CIC, can. 24 § 1) o se *deroga* (CCEO, can. 1506 § 2) al diritto divino⁴⁵. Mentre in ragione della duttilità che il legislatore canonico assume quanto alle consuetudini in genere, potrebbe configurarsi possibile una ricevibilità di consuetudini internazionali contrarie al diritto canonico⁴⁶, come del resto testimonia la portata del can. 3 del CIC o del can. 4 del CCEO con riferimento ai trattati conclusi dalla Santa Sede, qualora questi contengano espliciti rinvii o addirittura assumano delle consuetudini internazionali⁴⁷. Inoltre, pur comprendendone il primario riferimento alla consuetudine canonica, va considerato il generale richiamo del can. 5 § 2 del CIC sulle cosiddette consuetudini *praeter legem*: «Le consuetudini fuori del diritto finora vigenti, sia universali sia particolari, sono conservate»⁴⁸.

⁴³ Di fatto il can. 362 che riguarda i "Legati pontifici", relativamente alla nomina, invio, trasferimento e richiamo dei Legati presso gli Stati e le Autorità pubbliche (ovvero gli Organismi internazionali) rinvia al "diritto internazionale" senza alcuna precisazione circa il tipo di norma. Il rinvio ricettizio quindi opera certamente riguardo alle consuetudini internazionali in materia, tenuto conto che la regolamentazione dell'attività diplomatica è tra gli ambiti del diritto internazionale in cui maggiormente è evidente la parallela vigenza di norme consuetudinarie e convenzionali. Anzi nella prassi del diritto internazionale più recente, le convenzioni concluse tendono non solo a facilitare uno «sviluppo progressivo del diritto internazionale», ma a favorire anzitutto una codificazione delle consuetudini esistenti (cf. in tal senso MARESCA, A., *Teoria e tecnica del diritto diplomatico*, Milano 1986, in particolare alla p. 114) o, indirettamente, a gettare le basi per consuetudini future, come è possibile desumere dalla prassi del diritto diplomatico sviluppatasi dopo la codificazione del 1961.

⁴⁴ Cf. i cann. 5; 23-28 del CIC; e i cann. 6, 2°; 1506-1509 del CCEO.

⁴⁵ Valgono le considerazioni precedenti svolte circa il *dominio riservato*.

⁴⁶ Cf. CIC, cann. 26 e 28; CCEO, cann. 1507 § 3 e 1509.

⁴⁷ Cf. nota 82 *supra* quanto al disposto del can. 362.

⁴⁸ E questo anche in ragione di disposizioni come quella del can. 289 § 2 del CIC e del can. 383 § 3 del CCEO, che prescrivono ai chierici di usufruire «delle esenzioni dall'esercitare incarichi e pubblici uffici civili estranei allo stato clericale concesse in loro favore [...] dalle consuetudini».

b) *Trattati*

La normativa derivante da trattati (accordi, convenzioni, patti) entra nell'ordinamento canonico attraverso la Santa Sede che, quale attributo della sua attività sovrana, come ogni soggetto dell'ordinamento internazionale partecipa alla negoziazione e all'elaborazione di strumenti pattizi – a cui segue in genere la loro firma e successiva ratifica – o diventa parte di un trattato successivamente alla sua entrata in vigore mediante procedimento di adesione. Un esercizio che si realizza seguendo la regolamentazione prevista dall'ordinamento della Comunità internazionale, espressa da principi generali a cui si affiancano consolidate consuetudini che un'apposita codificazione ha sistematizzato nella *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, ratificata dalla Santa Sede – “anche a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano” – il 24 febbraio 1977.

Quanto alla forma e ai modi di concludere i trattati, la normativa canonica non prevede esplicite regole e procedure, lasciando quindi aperta la possibilità di scelta tra le forme previste dal diritto internazionale: quella solenne, che prevede la firma, la ratifica e lo scambio delle ratifiche; o quella semplice, per la quale i trattati entrano in vigore al momento della firma. È inoltre rilevabile dalla prassi della Santa Sede un usuale ricorso allo *Scambio di Note* (o di “Note reversali”), strumento quest'ultimo che il diritto internazionale inserisce tra le forme semplificate di conclusione di un accordo.

Sono i cann. 3 del CIC e 4 del CCEO a definire il ricorso alla conclusione di trattati bilaterali e multilaterali, sia con Stati – soprattutto nella forma di concordati⁴⁹ – sia con altre Autorità politiche che abbiano soggettività internazionale, quali possono essere le Organizzazioni intergovernative (è il caso dell'*Accordo tra la Santa Sede e l'Organizzazione per l'Unità Africana*, del 19 febbraio 2002), come pure altri soggetti come i movimenti di liberazione (lo dimostra l'*Accordo fondamentale tra la Santa Sede e l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina*, del 15 febbraio 2000)⁵⁰ o con soggetti altri, che non hanno una natura che possa

⁴⁹ Non rientra nelle finalità di queste brevi annotazioni aprire la questione sulla natura internazionale dei concordati, che del resto una prassi internazionale ininterrotta basta a sostenere. Sulla natura di trattati internazionali attribuita ai concordati, si vedano le classiche trattazioni di WAGNON, H., *Concordats et droit international*, Gembloux 1935; DE LA BRIÈRE, Y.-M. LEROY, *Le droit concordataire dans la nouvelle Europe*, in «Recueil des Cours» 63 (1938), pp. 367-468, che contengono interessanti riferimenti al periodo 1870-1929. Sulle considerazioni circa i concordati fatte dalla Commissione di Diritto Internazionale cf. CIPROTTI, P., *La posizione internazionale della Santa Sede*, cit., in particolare alla p. 14 ss. Per una completa lettura sistematica si rinvia a MARTÍN DE AGAR, J.M., *Raccolta di Concordati: 1950-1999*, op. cit., p. 9 ss.

⁵⁰ In ambedue i casi si tratta di accordi conclusi in forma semplificata ed entrati in vigore con la sola firma.

configurarli tra le soggettività tradizionali: è il caso dell'*Accordo Comprensivo tra la Santa Sede e lo Stato di Palestina*, del 23 giugno 2016⁵¹.

Quanto al *valore*, gli strumenti concordatari si legano al più vasto concetto della libertà di religione che oggi gli *standard* internazionali inscrivono tra i diritti fondamentali della persona e per la cui tutela si muovono in modo sistematico la Chiesa e la Santa Sede operando tanto nell'ordinamento interno degli Stati quanto nel contesto del diritto internazionale soprattutto per quanto concerne due aspetti fondamentali: la richiesta della garanzia per gli aspetti conseguenti alla libertà religiosa, come ad esempio il diritto all'istruzione, i poteri di autorganizzazione, le forme di finanziamento e di sostentamento della Chiesa.

Da questi riferimenti si ricava che nell'ordinamento canonico i trattati assumono rispetto alla norma ordinaria – è il caso dei Codici – il rango di *lex specialis*, il che comporta una prevalenza del diritto internazionale rispetto al diritto interno. Nei menzionati can. 3 del CIC e 4 del CCEO, si afferma, infatti, che le norme codiciali «non abrogano le convenzioni stipulate dalla Sede Apostolica con le nazioni o con le altre società politiche né ad esse derogano». Un principio costante nella canonistica, come mostra anche la sua presenza nel *Codex Iuris Canonici* del 1917⁵², anche se in quel caso era limitata alle sole convenzioni bilaterali (concordati) e non ad altre tipologie di accordi stipulati dalla Santa Sede. Oggi il carattere di superiorità che i Codici attribuiscono ai trattati appare evidente anche per le convenzioni multilaterali di cui la Santa Sede è parte, come del resto dimostrano i cann. 362 e 365 del CIC relativamente al rispetto del diritto internazionale diplomatico da parte della Santa Sede quanto alla nomina, richiamo e trasferimento dei Rappresentanti pontifici, e alla regolamentazione della loro funzione secondo il diritto internazionale. Questi due canoni si presentano come strumento dell'avvenuto adattamento, mediante rinvio non recettizio, della *Convenzione sulle relazioni diplomatiche* (1961) e della *Convenzione sulle relazioni consolari* (1963), di cui la Santa Sede è parte⁵³.

Relativamente alle due Convenzioni da ultimo menzionate, vanno svolte alcune considerazioni nella prospettiva della relazione tra il diritto canonico e il diritto internazionale pattizio. Anzitutto la loro recezione nell'ordinamento canonico va collegata al Motu Proprio *Sollicitudo Omnium Ecclesiarum* (1969)

⁵¹ Cf. BUONOMO, V., *Un accordo per contribuire alla pace, secondo il diritto internazionale*, in TRIGGIANI, E. – CHERUBINI, F., INGRAVALLO, I., NALIN, E., VIRZO, R., *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari 2017, pp. 91-99.

⁵² Cf. in tal senso CIPROTTI, P., *Alcuni particolari aspetti delle recenti tendenze della Corte costituzionale (italiana) sull'art. 34 del Concordato*, in «Il Diritto Ecclesiastico» LXXXII (1971), pp. 258-259.

⁵³ Rispettivamente dal 17 aprile 1964 e dall'8 ottobre 1970.

con il quale il Papa Paolo VI ha riordinato l'ufficio dei Legati Pontifici⁵⁴ anche nella loro funzione di rappresentanza presso gli Stati⁵⁵, riprendendo elementi disciplinati dal diritto diplomatico. E non solo quello «sancito dal complesso di usi e consuetudini», ma anche quello «raccolto e codificato nel diritto internazionale»⁵⁶. Interessante è proprio il richiamo alla *codificazione* che costituisce da parte dell'ordinamento internazionale una risposta all'ampliarsi di relazioni realizzate mediante la forma dello stabilimento di rapporti diplomatici e quindi di missioni diplomatiche – anche in forme particolari – che vengono scambiate. In questo ambito un passaggio fondamentale è quello avvenuto con il superamento del *Regolamento di Vienna sugli usi e costumi diplomatici* del 1815 – al quale la Santa Sede diede un apporto sostanziale – attraverso la conclusione della *Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche* del 1961. Da un lato questo atto è la risultante di un procedimento di *codificazione* operato dalla Commissione di Diritto Internazionale dell'ONU che ha cercato di recuperare norme scritte e consuetudinarie già esistenti, ma per molti aspetti è uno strumento innovativo, di *sviluppo progressivo* rispetto al diritto tradizionale⁵⁷.

La Convenzione del 1961 può essere esemplificativa della interrelazione tra l'ordinamento canonico e quello internazionale, almeno rispetto a due punti fondamentali.

Anzitutto l'art. 14 della Convenzione nell'indicare le classi dei Capi Missione, nel paragrafo 1.a, agli Ambasciatori affianca i Nunzi⁵⁸, e così direttamente la nomenclatura del diritto della Chiesa entra a far parte del linguaggio del diritto diplomatico contemporaneo. E poi l'art. 16 della Convenzione dove, riguardo alla precedenza dei Capi Missione regolata in via generale sulla base del criterio dell'anzianità di arrivo nella sede, si prevede al paragrafo 3 la salvaguardia degli «usi che sono o potranno in seguito essere praticati dallo Stato accreditario per quanto riguarda la precedenza del rappresentante della Santa Sede». Non si tratta di un privilegio, ma di continuità storica e del principio di uguaglianza tra gli Stati: consentire cioè anche ai nuovi Stati di applicare la precedenza per i Rappresentanti pontifici.

Guardando ancora alla codificazione del diritto diplomatico, non si può tralasciare il lavoro che portò alla elaborazione della *Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari* del 1963. In quell'occasione l'ordinamento canonico venne

⁵⁴ «AAS» 61 (1969), pp. 473-484.

⁵⁵ Cf. OLIVERI, M., *Natura e funzione dei Legati Pontifici nella storia e nel contesto ecclesiologico del Vaticano II*, Città del Vaticano 1982, p. 246 ss.

⁵⁶ Motu Proprio *Sollicitudo Omnium Ecclesiarum*, Introduzione.

⁵⁷ Si tratta, in sostanza, di quel procedimento di *sviluppo progressivo* e *codificazione* del diritto internazionale previsto dall'art. 13.1.a della *Carta delle Nazioni Unite*.

⁵⁸ Come nel paragrafo 1.b, agli Inviati e Ministri affianca gli Internunzi.

indicato come destinatario delle norme internazionali generali e consuetudinarie relative alla pratica consolare, parlandosi di uno *ius institutendi consules*, indipendente dalla sovranità territoriale, facendo riferimento al fatto che «les Délégués Apostolique du Saint-Siège sont reconnus par l'Etat de résidence comme habilités à exercer, comme les consul, des fonction de protection»⁵⁹, la “protezione consolare” nei riguardi delle istituzioni della Chiesa cattolica presenti nel mondo⁶⁰.

Una seconda annotazione sulle previsioni dei Codici riguarda specificamente il can. 4 del CCEO che, a differenza del can. 3 del CIC, si riferisce non solo ai trattati “conclusi” dalla Sede Apostolica, ma anche ai trattati “approvati”. In questo caso l’espressione sta ad indicare un atto tipico di diritto interno riguardante gli accordi conclusi con l’autorità statale dai Patriarchi delle Chiese di rito orientale che però, per avere vigenza e cioè produrre effetti nell’ordinamento canonico, debbono essere approvati dalla Santa Sede. Non si tratta, pertanto, della previsione dell’art. 11 della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* che annovera la “approvazione” tra i modi in cui un soggetto di diritto internazionale può esprimere il proprio consenso ad essere vincolato ad un trattato.

La competenza a stipulare è del Sommo Pontefice che agisce con il supporto della Segreteria di Stato⁶¹. Quest’ultima segue le diverse fasi in cui si snoda la nascita di un trattato: la *negoziazione*, che per i trattati bilaterali è in genere svolta dai Rappresentanti Pontifici *in loco* a norma dell’art. 3.1.c) della *Convenzione di Vienna sul diritto diplomatico*, mentre per quelli multilaterali da un Plenipotenziario nominato *ad hoc*, normalmente sulla base del Regolamento di procedura della Conferenza diplomatica chiamata alla predisposizione di un trattato; la *stipulazione*, con la redazione dei *pleni poteri* che consentono la firma di un trattato in forma solenne o la sua parafatura da parte di un Rappresentante Pontificio o di un Plenipotenziario che di fatto assume le funzioni di plenipotenziario ai sensi del § 1 dell’art. 7 della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*; i successivi adempimenti materiali per consentire l’entrata in vigore dello strumento pattizio.

Se per la stipulazione dei trattati, ad avere competenza *ratione materiae* sono il Segretario di Stato o il Segretario per i Rapporti con gli Stati⁶², per il consenso ad essere vincolati dai medesimi, ovvero per la loro ratifica o adesione, una coerente lettura delle disposizioni del diritto interno fa emergere che il cosiddetto *treaty making power* è proprio dell’ufficio del Romano Pontefice in *sensu*

⁵⁹ NATIONS UNIES, *Conférence sur les relations consulaires*, Documents officiels, vol. I, p. 104.

⁶⁰ Cf. *ibid.*

⁶¹ Come stabilisce la Costituzione Apostolica *Pastor Bonus*, in particolare agli artt. 42 e 46.

⁶² A norma dell’art. 7.2. a) della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*.

stretto (nel significato dei can. 361 del CIC e can. 48 del CCEO) poiché rientra nella Sua potestà legislativa che è «suprema, piena, immediata e universale» nell'ordinamento canonico (CIC, can. 331). In ragione degli effetti normativi prodotti dalla ratifica o dall'adesione nell'ordinamento interno, tale funzione non è attribuibile *de jure* ad altri organi. Il Supremo e unico Legislatore può invece delegare tale funzione – *ratione materiae*, ad esempio, al Segretario di Stato o al Segretario per i Rapporti con gli Stati – e la delega, *ad validitatem*⁶³, va menzionata nello strumento predisposto per porre in essere l'atto di ratifica o adesione da parte del delegato. Ciò è valido anche se la delega è conferita al Segretario di Stato, che invece si è visto capace di stipulare un trattato, poiché nell'ordinamento canonico la sua competenza legislativa – e tale è la ratifica/adesione riguardo a un trattato – non è quella di un Capo di Governo⁶⁴, pur mantenendo egli quel rango dal punto di vista diplomatico-protocollare.

La ratifica o l'adesione sono fatte mediante un *Chirografo pontificio*, un atto normativo specifico che per sua natura crea situazioni giuridiche e produce effetti nell'ordinamento canonico⁶⁵, che nel caso dei trattati ne dispone la piena e immediata *esecuzione*, secondo la formula: «[nome del Sommo Pontefice] *Avendo debitamente esaminato la Convenzione su ... e trovandola conforme alla Nostra volontà, dichiariamo che la Santa Sede/la Santa Sede anche a nome e per conto/la Santa Sede a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano, ratifica la/aderisce alla Convenzione su ... e la confermiamo*». Nella prospettiva del diritto internazionale il chirografo costituisce uno strumento di adattamento speciale, quale ordine di esecuzione che dispone l'attuazione del trattato nell'ordinamento interno, rinviando alle norme pattizie, ma senza procedere ad una loro riformulazione o a un recepimento automatico in caso siano di tipo *self-executing*. Gli organi preposti – e questo in ragione della materia e dei contenuti del trattato – saranno chiamati ad individuare nel trattato le norme adattate e ad applicarle.

⁶³ La questione già evidente rispetto al diritto internazionale generale, va collocata in relazione alla cosiddetta *competenza a stipulare* prevista dalla Convenzione di Vienna del 1968 all'articolo 46: «1. Il fatto che il consenso di uno Stato a vincolarsi a un trattato sia stato espresso in violazione di una disposizione del suo diritto interno riguardante la competenza a concludere trattati non può essere invocato dallo Stato in questione come viziante il suo consenso, a meno che questa violazione non sia stata manifesta e non riguardi una norma del suo diritto interno di importanza fondamentale. 2. Una violazione è manifesta se essa è obiettivamente evidente per qualsiasi Stato che si comporti in materia secondo la pratica abituale e in buona fede».

⁶⁴ Pertanto non è applicabile al Segretario di Stato o ad altre figure apicali della Segreteria di Stato (Segretario per i Rapporti con gli Stati) il § 2 del medesimo art. 7 della Convenzione di Vienna 1969 che prevede: «Sono rappresentanti dello Stato al quale appartengono, in virtù delle loro funzioni, e senza dover presentare i pieni poteri: a) [i Capi di Stato,] i Capi di Governo ed i Ministri degli affari esteri, per tutti gli atti relativi alla conclusione di un trattato».

⁶⁵ Cf. ARRIETA, I., *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997, p. 231.

Seguendo le previsioni della normativa internazionale:

- a) nel caso dei trattati bilaterali si procede, con ampia solennità⁶⁶, allo *scambio delle ratifiche* tra la Santa Sede e l'altro contraente, e quindi alla pubblicazione nella «gazzetta ufficiale degli *Acta Apostolicae Sedis*»⁶⁷ del testo dell'accordo, che assume pertanto valore di norma universale, anche se i suoi effetti si dispiegano in una regione o un territorio particolare, come è tipico per gli accordi di tipo concordatario;
- b) per i trattati multilaterali si effettua il *deposito* dello strumento di ratifica o di adesione presso il governo del Paese depositario o, come di solito avviene, l'Organizzazione intergovernativa promotrice del trattato che di conseguenza ne diviene depositaria⁶⁸, dandone notizia attraverso gli organi di informazione. In proposito, va precisato che la mancata pubblicazione nella «gazzetta ufficiale» (gli *Acta Apostolicae Sedis*) dei trattati multilaterali di cui la Santa Sede diventa parte o del relativo strumento di ratifica o di adesione non ne esclude l'esecuzione. Il diritto interno, infatti, pur disponendo in via generale la siffatta pubblicazione come condizione perché un provvedimento legislativo abbia forza obbligatoria, prevede «un modo diverso di promulgare»⁶⁹: sarebbe dunque da far rientrare in tale prescrizione la notizia di avvenuta ratifica o adesione ovvero l'integrale pubblicazione dell'atto in parola fatta su altre fonti di cognizione pur non consuete o ufficiali⁷⁰.

Quanto ai procedimenti di adattamento dei trattati al diritto interno, l'ordinamento canonico si configura come un sistema dualista che esprime la concezione del diritto internazionale maggioritaria – o forse unica – al momento della codificazione del 1917, volta a regolare la coesistenza di spazi sovrani dotati di ampia autonomia e solo volontariamente disposti ad accettare regolazioni congiunte. Lo dimostra il fatto che la preminenza dei trattati quali

⁶⁶ La prassi mostra specifici eventi realizzati in Vaticano o nel Paese contraente, secondo l'usuale cerimoniale diplomatico.

⁶⁷ Cann. 8 § 1 del CIC e 1489 § 1 del CCEO.

⁶⁸ In questi casi è d'uso che sia il Rappresentante Pontificio accreditato presso l'Organizzazione a procedere al deposito presso il Segretariato, ma in base ad un apposito mandato del Segretario di Stato o del Segretario per i rapporti con gli Stati non rientrando nelle sue facoltà abituali questa funzione.

⁶⁹ Cann. 8 § 1 del CIC e 1489 § 1 del CCEO.

⁷⁰ Il riferimento è alla pubblicazione fatta dagli organi di informazione della Santa Sede (la *Sala Stampa* e *L'Osservatore Romano*) delle più recenti ratifiche o adesioni a convenzioni multilaterali. Non va poi dimenticato che anche atti normativi interni – come recenti *Motu Proprio* del Sommo Pontefice – hanno acquisito forza di legge con la pubblicazione su *L'Osservatore Romano*.

lex specialis è prevista nel *Codice* e non riguarda pertanto l'intero ordinamento, ma solo la normativa ordinaria e anche rispetto ad essa restano i limiti del diritto divino. Però considerato quanto detto in precedenza circa le modalità di ratifica/adesione ad un trattato, affidate ad un ordine di esecuzione o adattamento speciale, bisogna valutare se la cosiddetta incorporazione è da considerarsi necessaria per le norme pattizie, pur continuando a vigere per quelle consuetudinarie o emanate da Organizzazioni intergovernative. Questo significa che – come avviene anche per altri soggetti di diritto internazionale – dopo la ratifica o l'adesione è necessario procedere alla *incorporazione* delle disposizioni pattizie nell'ordinamento interno, modificando eventuali norme contrarie preesistenti o emanando normative specifiche per dare attuazione al trattato stesso. Tale procedimento previsto dal diritto internazionale generale e consuetudinario, oggi ulteriormente precisato dalla *Convenzione sul diritto dei trattati*, nella pratica degli Stati è affidato non solo alla funzione legislativa, ma anche all'attività del giudice che ha il potere di confermare o meno anche la normativa (pur di rango costituzionale) che prevede la superiorità del diritto internazionale rispetto al diritto interno o a una sua parte. Nel caso della Santa Sede assume una connotazione specifica, in ragione della sua natura e di quella del suo diritto interno che, come si è visto, prevedono dei limiti al recepimento di norme ad essi esterne. Per l'ordinamento canonico i riferimenti sono la non contrarietà al diritto divino, l'effettiva mancanza di disposizioni specifiche⁷¹ o l'impossibilità che «al diritto particolare o speciale» deroghi una norma universale emanata dal legislatore per tutta la Chiesa, come dispone il can. 20 del CIC: quest'ultimo caso potrebbe essere quello di un chirografo che ordina l'accettazione di un trattato. Però considerato quanto detto in precedenza circa le modalità di ratifica/adesione, affidate ad un ordine di esecuzione o adattamento speciale, bisogna valutare se la cosiddetta incorporazione è da considerarsi necessaria per le norme pattizie, pur continuando a vigere per quelle consuetudinarie o emanate da Organizzazioni intergovernative: è il caso delle consuetudini in materia di diritto diplomatico o relative alle visite di Stato, o come si vedrà in seguito per alcune categorie di norme emanate da Istituzioni multilaterali.

Da questi limiti all'incorporazione scaturiscono alcune conseguenze che conferiscono peculiarità alla prassi della Santa Sede.

Nel caso di trattati multilaterali, avendo chiara la responsabilità internazionale che essa assume attraverso la ratifica o l'adesione, la Santa Sede distingue tra la sua fisionomia di organo di governo della Chiesa cattolica e da quella

⁷¹ In base ai cann. 22 del CIC e 1504 del CCEO.

di sovrano dello Stato Vaticano. Lo si rileva da tre diverse formule utilizzate nei chirografi di ratifica o di adesione, con le quali rispettivamente si indica che a compiere l'atto è: la Santa Sede; la Santa Sede «anche a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano»; la Santa Sede «a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano». Queste distinzioni, se appaiono ininfluenti in relazione alla capacità internazionale della Santa Sede, hanno un preciso valore sostanziale perché sinteticamente chiariscono che:

- a) ad operare nell'ambito internazionale con la denominazione Santa Sede è il Papa, al quale fanno capo sia gli interessi della Chiesa sia quelli dello Stato Vaticano;
- b) inoltre nel deciderne la ratifica o l'adesione, la Santa Sede tende a privilegiare quelle convenzioni che possono integrare le lacune del proprio ordinamento interno, ovvero costituire direttamente regolazione specifica per determinati ambiti, come nel caso di trattati *self-executing* le cui norme non hanno bisogno di essere riformulate dall'ordinamento interno. A questo approccio, retto dal *principio dei vantaggi comparativi*, si aggiunge la prassi consolidata della Santa Sede di diventare parte di determinate convenzioni per concorrere con il proprio sostegno morale al determinarsi di una *opinio juris* che consenta una più rapida entrata in vigore delle medesime;
- c) quanto all'applicabilità diretta nell'ordinamento interno di una norma internazionale convenzionale va precisato che la norma non possiede tale connotazione di per sé, ma sulla base di elementi soggettivi e oggettivi. Nel primo caso il riferimento è all'intenzione delle Parti che può ricavarsi analizzando le disposizioni del trattato e le condizioni relative alla sua esecuzione⁷². Nell'altro si deve poter constatare che sia giuridicamente e materialmente completa tanto da poter produrre effetti nel diritto interno. Le condizioni per ritenere *self-executing* una norma internazionale riguardano essenzialmente l'ordinamento interno (art. 27 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati) o l'orientamento in tal senso messo in atto, ad esempio, dagli organi che esercitano la funzione giudiziaria;
- d) in conformità ai consolidati principi del diritto internazionale, e in particolare alla libertà degli Stati nell'aderire a normative pattizie o di concorrere alla loro formazione, la Santa Sede non accede a quelle convenzioni riguardanti ambiti irrilevanti per la propria azione interna e internazionale, oppure già regolati e precisati dalla normativa e dalla pratica del proprio

⁷² Così si era espressa già la Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel Parere consultivo "Compétences des Tribunaux de Dantzig", del 3 marzo 1928, in *Recueil 1928, Série B, n° 15, p. 15*.

- ordinamento giuridico interno, privilegiando così il *principio della prevalenza del trattamento nazionale*;
- e) nel precisare gli interessi per i quali ratifica o aderisce, la Santa Sede compie un atto rilevante che, pur non costituendo un obbligo internazionale, sul piano interno distingue se l'esecuzione delle obbligazioni assunte mediante un trattato è pertinente all'ordinamento canonico, a quello territoriale dello Stato Vaticano o ad entrambi;
 - f) la distinzione fatta dalla Santa Sede circa l'ordinamento giuridico in cui dare esecuzione agli obblighi derivanti da un trattato, permette ai soggetti ed alle Istituzioni della Comunità internazionale di individuare con precisione eventuali inadempimenti o violazioni da cui far discendere procedimenti conseguenti;
 - g) la precisazione/distinzione fatta dalla Santa Sede al momento della ratifica o dell'adesione non ne limita la soggettività internazionale, né la assimila alla dimensione territoriale dello Stato della Città del Vaticano.

Inoltre i limiti all'incorporazione hanno esplicitato la tendenza della Santa Sede a far uso di *riserve* e di *dichiarazioni interpretative*, al momento della ratifica o dell'adesione ad un trattato. Una procedura del tutto conforme alle norme internazionali, attivata in genere per quei trattati multilaterali le cui norme sono ordinariamente di tipo *self-executing* e pertanto direttamente applicabili senza alcun intervento dell'ordinamento interno. Guardando la prassi risulta che l'apposizione di riserve – sia eccezionali che interpretative – o di dichiarazioni interpretative da parte della Santa Sede è finalizzata a porre delle vere clausole di esclusione (eccezionali o interpretative) concernenti:

- a) l'ambito di applicazione delle norme pattizie, come nel caso della *Convenzione contro la tortura e i trattamenti inumani o degradanti* (CAT) del 1981 per la quale dal 2002 la Santa Sede ha escluso un riferimento all'ordinamento della Chiesa, impegnandosi ad eseguirla quale sovrano dello Stato Vaticano e quindi sul territorio del medesimo o in relazione a cittadini o individui-organo dello Stato⁷³; ma questa volontà non è stata considerata come condizione escludente di una responsabilità o quanto meno di un'applicabilità della CAT all'ordinamento canonico e alla dimensione universale in cui opera la Santa Sede⁷⁴;

⁷³ Cf. per il testo: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en#EndDec (consultato 03.06.2017).

⁷⁴ Il riferimento è alle posizioni (nella formula di *concerns*), espresse dal Comitato contro la Tortura dell'ONU rispetto al *Rapporto periodico* predisposto dalla Santa Sede e alla successiva discussione del Rapporto medesimo.

- b) quei profili del suo ordinamento interno rientranti nel cosiddetto dominio riservato (*domestic jurisdiction*): è il caso delle riserve e delle dichiarazioni interpretative apposte alla *Convenzione sui diritti del fanciullo* del 1989, finalizzate a garantire l'applicabilità del testo al fanciullo ritenuto tale sin dal momento del concepimento – considerando in proposito obbligante la portata della Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1959 – o la relazione tra i diritti del fanciullo e quelli dei genitori⁷⁵;
- c) alla particolare condizione giuridica e territoriale dello Stato della Città del Vaticano, come nel caso delle riserve alla *Convenzione sullo status dei rifugiati* del 1951 quanto alla concessione dell'asilo e della protezione temporanea, o della *Convenzione contro il narcotraffico* del 1998, in relazione alla condizione di *enclave* propria dello Stato Vaticano⁷⁶.

Dal punto di vista formale, poi, la rilevanza o gli effetti di legge di un trattato di cui la Santa Sede diventa parte va posta a confronto con le norme canoniche relative alla promulgazione delle leggi medesime. Previsioni che spesso sono difformi: mentre per i trattati bilaterali c'è in genere la pubblicazione sugli *Acta Apostolicae Sedis*, in adempimento ai cann. 8 § 1 del CIC e 1489 § 1 del CCEO (anche se la pubblicazione avviene molto dopo l'entrata in vigore che quindi segue le norme internazionali e non interne) non così è per i trattati multilaterali della cui ratifica o adesione è data notizia su altre fonti e, in genere, senza la pubblicazione del testo di cui la Santa Sede è diventata parte.

Gli elementi sin qui rilevati dimostrano che il compimento da parte della Santa Sede di un'obbligazione derivante da trattato non ha le stesse modalità adottate da uno Stato su cui ricade la medesima obbligazione. Ne deriva che il criterio di apprezzamento circa l'effettiva esecuzione del diritto internazionale pattizio di cui è parte la Santa Sede resta necessariamente flessibile. La *natura* propria del soggetto, le *finalità* specifiche che essa persegue, il principio della *personalità della legge* che nell'ordinamento canonico si affianca – e per certi aspetti guida – quello della *territorialità*, come pure la *peculiare estensione territoriale* e la *tipologia di cittadini* dello Stato Vaticano sono altrettanti limiti oggettivi ad un'automatica equiparazione di detti comportamenti a quelli posti in essere dagli Stati. La questione peraltro non riguarda solo la Santa Sede, ma anche altri soggetti di diritto internazionale che diventano parte di trattati pur potendo adempierne gli obblighi solo in modo analogo a quello degli Stati. È il

⁷⁵ Cf. per i testi: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#EndDec (consultato 03.06.2017).

⁷⁶ Cf. per i testi https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=V~2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en#EndDec; e https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-19&chapter=6&lang=en#EndDec (consultato 03.06.2017).

caso dell'adesione di Organizzazioni intergovernative a trattati istitutivi di altre Organizzazioni intergovernative: le modalità con le quali compiono le obbligazioni le "Organizzazioni-Membro" non possono certamente corrispondere a quelle dei tradizionali "Stati-Membri".

Questo significa che le forme diverse di attuazione delle disposizioni pattizie, anche nel caso della Santa Sede, non possono essere considerate un'assenza di reciprocità, né quindi porre problemi di inadempimento o di violazione con il conseguente rilievo di illiceità e di responsabilità internazionale per gli atti connessi all'esecuzione di un trattato. A conferma vanno menzionati gli obblighi assunti dalla Santa Sede rispetto ad alcuni trattati multilaterali in materia di diritti umani di cui è parte⁷⁷. Oltre all'enunciazione di singoli diritti o delle loro specificazioni, queste convenzioni istituiscono dei meccanismi competenti a verificare periodicamente l'esecuzione nel diritto interno dei disposti convenzionali: i cosiddetti "organi di trattato" (*Treaty Bodies*) che il diritto internazionale definisce "para-giurisdizionali", assimilandoli, ma parimenti distinguendoli, da organi di tipo giudicante. Di questi, al momento interessano la Santa Sede il Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale (CERD), il Comitato dei diritti del fanciullo (CRC) e il Comitato contro la tortura (CAT).

Composti da esperti indipendenti, i *Treaty Bodies* rilevano sulla base di periodici rapporti presentati dalle Parti il livello di esecuzione degli obblighi convenzionali per poi formulare specifiche indicazioni o vere e proprie constatazioni di inadempienza. Si tratta di atti da cui derivano non solo l'impegno di uno Stato-Parte a una condotta coerente con lo strumento pattizio, ma anche la richiesta di riordino, riformulazione o modifica del suo ordinamento giuridico. A riguardo va tenuto presente che la competenza e l'attività dei *Treaty Bodies* si sono ampliate al punto da configurare queste strutture non più come sussidiarie all'azione degli Stati-Parte, ma come organi di controllo e valutazione della loro condotta, di indirizzo delle loro legislazioni e – aspetto maggiormente rilevante – di interpretazione esclusiva delle norme convenzionali. Un'attività quest'ultima esercitata mediante apposti atti orientati al superamento dei criteri di interpretazione dei trattati previsti sin qui dal diritto internazionale e sintetizzati dagli artt. 31 e 32 della *Convenzione sul diritto dei trattati*. La Santa Sede, in base alle procedure previste, ha sottomesso ripetutamente i suoi rapporti periodici ai tre Comitati (per la discriminazione razziale, i diritti del fanciullo e

⁷⁷ In particolare la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1966 a cui la Santa ha aderito il 1° maggio 1969, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, a cui la Santa Sede ha aderito il 20 aprile 1990 "anche a nome dello Stato della Città del Vaticano", e la Convenzione contro la tortura e i trattamenti inumani o degradanti, a cui la Santa Sede ha aderito il 22 giugno 2002 "a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano".

contro la tortura), mantenendo una posizione coerente con la normativa internazionale applicabile, distinguendo tra le obbligazioni accettate come organo centrale del governo della Chiesa cattolica e quelle assunte come sovrano di un territorio⁷⁸. Una posizione a cui sono seguite da parte dei Comitati delle indicazioni per “orientare” l’ordinamento interno verso le disposizioni delle convenzioni, o vere e proprie richieste di modifiche specifiche, molte delle quali riguardanti anche la sfera della *domestic jurisdiction*⁷⁹ e pertanto considerate irricevibili da parte della Santa Sede che si è riservata «l’esclusiva competenza a interpretare le proprie norme interne di natura costituzionale come previsto dalle disposizioni del diritto internazionale, incluse quelle in materia di libertà di religione, con specifico riferimento al potere esclusivo delle comunità religiose di organizzare e governare i loro affari interni»⁸⁰.

Il contenuto giuridico di questi dati evidenzia quanto sia importante la precisa conoscenza dell’ordinamento interno della Santa Sede quanto alle modalità per dare effettiva vigenza al diritto internazionale pattizio, specie quello di produzione multilaterale, come in modo puntuale ben evidenzia l’ambito dei diritti umani. È chiaro che per la Santa Sede essere parte di convenzioni specifiche comporta la loro esecuzione: il problema, però, non sembra riconducibile all’ampliamento dei diritti del *christifideles* in base a quelli previsti dai testi internazionali, ma piuttosto la ricerca dei modi per azionare la richiesta di una loro garanzia, in termini di tutela e di giustiziabilità. Ad esempio, quando le disposizioni enunciate da convenzioni di cui la Santa Sede è parte riguardano diritti – e aspetti loro connessi – contemplati anche nella legislazione canonica o comunque non contrari ai limiti dell’ordinamento canonico, è possibile l’applicazione del can 221 § 1 del CIC: «Compete ai fedeli rivendicare e difendere legittimamente i diritti di cui godono nella Chiesa presso il foro ecclesiastico competente a norma del diritto»? Un interrogativo che si pone almeno nel caso di parallela vigenza dei diritti enunciati dall’ordinamento interno della Santa Sede e da quello internazionale⁸¹, come nel caso del diritto all’uguaglianza cui

⁷⁸ Per il CERD si veda il Doc. CERD/C/338/Add.11, 26 May 2000, para. 7; Per il CRC, si vedano: Doc. CRC/C/VAT/2, 22 October 2012, para. 5, Doc. CRC/C/Q/2/Add.1, 9 January 2014, paras. 10-11. Per il CAT si veda il Doc. CAT/C/VAT/1, 8 March 2013, paras. 1-3.

⁷⁹ Per il CRC: Doc. CRC/C/VAT/CO/2, 5 February 2014. Per il CAT: Doc. CAT/C/VAT/CO/1, 17 June 2014.

⁸⁰ *Comments of the Holy See on the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child*, n. 8 (testo in http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2014/documents/rc-seg-st-20140205_concluding-observations-rights-child_en.html#_ftn14 (consultato 03.06.2017)).

⁸¹ «La firma di una Convenzione da parte della Santa Sede e la sua successiva ratifica diventano pertanto atti per così dire obbligati sul piano dell’opportunità, quando oggetto di esse siano diritti di tradizionale attenzione ecclesiastica» FUMAGALLI CARULLI, O, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano 2007², p. 279.

si pone il divieto di *discriminazione per motivi razziali*, o del diritto alle garanzie processuali contenute nell'ampia articolazione del *diritto all'equo processo*. Per gli altri diritti umani previsti dalla normativa internazionale, il battezzato in quanto cittadino o residente sottoposto alla sovranità di uno Stato trova tutela in quel contesto ordinamentale, anche in relazione alla giustiziabilità, mediante la funzione giurisdizionale statale.

Di fronte a questo quadro la tradizionale posizione del diritto pubblico ecclesiastico di collocare i trattati e il loro adattamento nella sfera "esterna" alla vita della Chiesa, a motivo di tutelarne il carattere di *societas iuridice perfecta*, non trova la medesima rispondenza come in passato. Si potrebbe intravedere un passaggio nell'ordinamento canonico dal sistema dualista a quello monista quanto alla recezione e adattamento del diritto internazionale, prodotto da fonti diverse. Quella odierna è una Comunità internazionale che presenta una molteplicità e varietà di soggetti, e una diversità di visioni, anche di tipo religioso. L'ordinamento internazionale, poi, registra la prevalenza del diritto pattizio rispetto a quello consuetudinario, frutto anche della tecnica della codificazione, con la previsione di procedimenti di accertamento, istituzioni per il controllo e la valutazione della condotta dei soggetti, oltre che di nuove tecniche di produzione del diritto. È il caso delle normative di *soft-law* nel cui ambito cui rientrano anche le funzioni interpretative conferite ad appositi meccanismi (è il caso dei *Treaty Bodies* nelle convenzioni sui diritti umani). Sono tutti aspetti che del diritto internazionale hanno modificato i contenuti, la forma e l'applicabilità e che portano ad equiparare la collocazione "esterna" degli accordi come fattore limitante la capacità della Santa Sede di concludere trattati ed eseguirne le obbligazioni nel rispetto del principio della reciprocità: quasi un *vulnus* alla sua soggettività internazionale e alla realizzazione della sua missione che fa uso anche delle garanzie previste dall'ordinamento internazionale.

Se però si tralasciano le posizioni dottrinali per analizzare la prassi è possibile verificare come la Santa Sede nel suo diritto interno dia immediata e piena esecuzione ai trattati bilaterali, anche quelli che rientrano direttamente nell'esercizio territoriale della sua sovranità⁸². La questione potrebbe sembrare più complessa per i trattati multilaterali in ragione della varietà e dell'articolazione dei settori regolati, ma è indubbia la loro esecuzione nell'ordinamento interno.

⁸² Si pensi a recenti trattati conclusi a nome e per conto dello Stato Vaticano per questioni di ordine monetario e finanziario come la *Convenzione monetaria per l'uso dell'euro* conclusa con l'Unione Europea nel 2009. È interessante notare tra le altre "particolarità" della Convenzione il riferimento allo Stato vaticano «rappresentato dalla Santa Sede ai sensi dell'art. 3 del Trattato Lateranense» (Preambolo); o la formula utilizzata per la firma del testo da parte del Plenipotenziario pontificio (nella persona del Nunzio Apostolico accreditato presso l'Unione Europea): «Per lo Stato della Città del Vaticano e per esso la Santa Sede».

È il caso di accordi istitutivi di Organizzazioni intergovernative di cui la Santa Sede è membro, relativi all'uso pacifico dell'energia atomica, alla proibizione di armamenti chimici, alla protezione della proprietà intellettuale; di convenzioni per la protezione dei diritti fondamentali, come quella sulla discriminazione razziale, i diritti del fanciullo o la tortura; e, ancora, di trattati che hanno come oggetto la materia penale e riguardano la prevenzione di crimini di portata internazionale, la lotta alla criminalità e alle attività terroristiche, la cooperazione giudiziaria. Vale la pena interrogarsi per individuare se si può parlare di diritto interno d'origine internazionale, piuttosto che di diritto internazionale incorporato.

Questo significa che l'incorporazione delle convenzioni di cui è parte la Santa Sede avviene automaticamente, con rinvio ordinario (o non recettizio), lasciando all'ordinamento internazionale il compito di definire e interpretare norme che producono effetti nell'attività legislativa esecutiva e giudiziaria degli organi dello Stato Vaticano⁸³. Diversamente con riferimento all'ordinamento canonico è necessario operare una distinzione sostanziale. Alcune convenzioni di cui la Santa Sede è parte dispiegano i loro effetti anche per le istituzioni del governo centrale della Chiesa cattolica, come è il caso della *Convenzione per la soppressione del finanziamento al terrorismo* del 1991 e della *Convenzione sul crimine transnazionale* del 2000, a seguito dell'adesione decisa nel 2012, o della *Convenzione contro la corruzione*, con l'avvenuta adesione nel 2016. Si tratta di casi che hanno peraltro comportato una diversa funzione della legislazione "territoriale" vaticana rispetto a soggetti dell'ordinamento canonico (individui-organo della Curia e di persone giuridiche canoniche). Nei loro confronti, con un'apposita

⁸³ È il caso della già richiamata *Legge N. VIII: Norme complementari in materia penale* con la quale, «considerato che [...] nel corso degli anni la Santa Sede, agendo altresì a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano, ha ratificato diverse convenzioni internazionali che richiedono la definizione di corrispondenti fattispecie penali al fine della repressione di determinate condotte criminose» (Preambolo), si dispone la prevenzione e la punizione di reati e comportamenti anti giuridici sanzionati dalle convenzioni contro la criminalità organizzata, il terrorismo, i reati finanziari, l'uso di stupefacenti; o la giustiziabilità di fronte alla funzione giudiziaria di diritti fondamentali contenuti nelle convenzioni contro la discriminazione razziale, i diritti del fanciullo o la tortura di cui la Santa Sede è parte. L'applicazione territoriale in questi casi riguarda i cittadini o i residenti stabili sul territorio dello Stato Vaticano, il personale diplomatico della Santa Sede, che possiede la cittadinanza vaticana, come pure gli agenti dello Stato all'estero. In ogni caso operando una valutazione alla luce dell'art. 22 del Trattato Lateranense che prevede una riserva di giurisdizione dell'Italia quando l'autore del reato commesso nello Stato Vaticano «si sia rifugiato nel territorio italiano, nel qual caso si procederà senz'altro contro di lui a norma delle leggi italiane». La questione evidentemente riguarda la superiorità delle disposizioni del Trattato Lateranense rispetto ad ogni altra norma internazionale pattizia di cui la Santa Sede sia parte. Il Trattato, infatti, resta fondamentale per lo stesso ordinamento dello Stato della Città del Vaticano (cf. ad esempio l'art. 3.2 della *Legge sulle fonti del diritto*).

disposizione, il Legislatore ha esteso la competenza della «giurisdizione degli organi giudiziari dello Stato della Città del Vaticano in materia penale»⁸⁴. Per altre convenzioni, invece, è evidente che la Santa Sede può garantire tra quanti sono soggetti alla sua sovranità spirituale solo la diffusione dei principi e delle disposizioni che i medesimi strumenti pattizi contengono. Risulta infatti impossibile per la Santa Sede garantirne l'esecuzione da parte di tutti i *christifideles*, come pure delle strutture che nel mondo appartengono alla Chiesa. Fedeli e istituzioni, infatti, vivono ed operano nei diversi Paesi e quindi sono sottoposti alle singole sovranità e giurisdizioni nazionali, fatto che esclude ogni rilievo di inadempimento o di illiceità alla condotta della Santa Sede rispetto al disposto di una convenzione. A confermarlo, oltre alla generale previsione che vuole l'esecuzione degli obblighi internazionali attuata *nec ultra vires*, si impone il rispetto del principio della non ingerenza negli affari interni di uno Stato riguardo ai suoi cittadini o residenti, che sono anche membri della Chiesa cattolica.

Quanto alla normativa prodotta da Istituzioni intergovernative – quella che è considerata fonte di secondo grado dall'ordinamento internazionale – per valutare l'effetto nel diritto interno della Santa Sede è necessario distinguere tra gli atti emanati da:

- a) Organizzazioni intergovernative di cui la Santa Sede (o lo Stato Vaticano) è membro. Appare infatti evidente che hanno immediata efficacia le norme emanate dagli organi interni di queste Organizzazioni: l'esempio è dato dai regolamenti in materia di servizio postale adottate dall'UPU o riguardanti le telecomunicazioni adottate dall'ITU, di cui è membro lo Stato Vaticano. Analogamente può dirsi per le norme in materia di invenzioni e relativi diritti emanate dall'*Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale* (WIPO) di cui la Santa Sede, dal 1975, è membro originario e che nella legislazione vaticana sono poste come limite all'applicabilità della normativa italiana in aspetti come la tutela della proprietà industriale (l'emblema della Santa Sede) e della proprietà intellettuale (diritti d'autore per scritti, discorsi e testi normativi)⁸⁵;
- b) Organizzazioni di cui la Santa Sede non è membro e la cui normativa è invece immessa nell'ordinamento interno mediante tipologie di adattamento specifiche che si configurano in:

⁸⁴ Motu Proprio *De iudicialium instrumentorum iurisdictione civitatis Vaticanae super re poenali*, 11 luglio 2013, in «AAS» CV (2013), pp. 651-653.

⁸⁵ Come stabilisce l'apposita *Legge N. CXXXII sulla protezione del diritto d'autore sulle opere di ingegno e diritti connessi*, del 19 marzo 2011 (testo in «AAS, Suppl.» 82 (2011), pp. 9-12).

- i. *forme di rinvio recettizio*, come nel caso del Regolamento (CE) 15 novembre 2006, n. 1781/2006, e della Direttiva 2005/60/CE, richiamati quanto alle competenze dell'Autorità di Informazione Finanziaria, organo della Curia Romana, istituita con la *Legge N. CXXVII concernente la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio dei proventi di attività criminose e del finanziamento del terrorismo*, del 30 dicembre 2011;
- ii. *forme di rinvio formale* (non recettizio), la cui tipicità implica che la portata, l'interpretazione e la modifica delle norme immesse restano di competenza dell'ordinamento dell'Organizzazione intergovernativa in cui sono state emanate. È il caso delle Risoluzioni S/RES/1267 (1999) e S/RES/1371 (2001) del Consiglio di Sicurezza relative alla prevenzione di atti e reati connessi al terrorismo ed al finanziamento di attività terroristiche. Il non essere membro dell'ONU non ha impedito all'ordinamento interno della Santa Sede di integrarne il contenuto, a partire dal *Motu Proprio* del 30 dicembre 2011 e dall'art. 1.9 della collegata *Legge N. CXXVII concernente la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio dei proventi di attività criminose e del finanziamento del terrorismo* che, nel definire il terrorismo, include «le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da [...] altre norme di diritto internazionale vincolanti per lo Stato». È quanto evidenziano le norme sui reati di associazione con finalità di terrorismo e di finanziamento al terrorismo formulate in maniera tale da includere qualsiasi organizzazione “designata” dalle Nazioni Unite⁸⁶. A questo si aggiunge l'obbligo di cooperazione internazionale con il Consiglio di Sicurezza, come prevede la *Legge N. XVIII di conferma del decreto n. XI del Presidente del governatorato, recante norme in materia di trasparenza, vigilanza ed informazione finanziaria*⁸⁷;
- iii. *forme di applicabilità volontaria*, come è avvenuto con la *Convenzione monetaria tra l'Unione Europea e lo Stato della Città del Vaticano*, del 17 dicembre 2009, che prevede l'obbligo di dare esecuzione alle disposizioni dell'Unione Europea riguardanti l'ambito monetario e quello del riciclaggio, frode, falsificazione «mediante il recepimento diretto o azioni equivalenti, per attuare gli atti giuridici e le norme UE»⁸⁸. Si

⁸⁶ Come nel caso delle *Ordinanze* emanate dal Presidente del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano con le quali si adotta “la lista dei soggetti che minacciano la pace e la sicurezza internazionale” predisposta dal Consiglio di Sicurezza. L'ultima è dell'8 novembre 2013 (testo in «AAS, Suppl.» 84 (2013), pp. 329-434).

⁸⁷ Cf. art. 74.

⁸⁸ Art. 8 (per il testo della Convenzione si veda: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:028:0013:0018:IT:PDF>» (consultato 03.06.2017))

tratta di una disposizione che stabilisce un adeguamento automatico dell'ordinamento dello Stato Vaticano alla normativa dell'UE conferendo un *potere esclusivo* alla Commissione europea che unilateralmente «modifica l'allegato per tener conto di nuovi pertinenti atti giuridici e norme dell'UE»: secondo il diritto internazionale (è il principio *rebus sic stantibus* ad essere applicabile) ciò significa che il cambiamento delle circostanze non è valutato dalla Commissione in relazione alla situazione dello Stato della Città del Vaticano o a cambiamenti in atto nel medesimo, ma solo considerando i mutamenti intervenuti nella normativa dell'UE. La medesima *Convenzione*, inoltre, prevede una competenza esclusiva della Corte di Giustizia dell'Unione Europea «per la soluzione delle controversie tra le parti derivanti dall'applicazione della [...] convenzione»: una previsione che allarga la competenza della Corte, anche se per una materia specifica, ad uno Stato non membro e sottopone la Santa Sede ad una giurisdizione obbligatoria;

Analogo è il caso del *Comitato d'esperti sulla valutazione delle misure di lotta contro il riciclaggio dei capitali e il finanziamento del terrorismo (MONEYVAL)*, organo sussidiario del Consiglio d'Europa, a seguito di specifica richiesta della Santa Sede accolta dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la Risoluzione CM 2011/5 del 6 aprile 2011. Moneyval esercita la sua autorità e funzione nel valutare la conformità del sistema della Santa Sede (“incluso lo Stato della Città del Vaticano”) rispetto alle principali norme internazionali riguardanti la lotta contro il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo; come pure nel formulare apposite raccomandazioni per migliorare gli standard normativi e procedurali in materia⁸⁹.

⁸⁹ Lo Statuto (adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la Risoluzione CM/Res (2013) 13, il 9 ottobre 2013), prevede all'art. 2: «[...] 2. L'évaluation MONEYVAL couvre: e. [...] tout autre Etat non membre du Conseil de l'Europe qui n'est pas membre du GAFI, à condition que ledit Etat en fasse la demande par écrit au Secrétaire Général, demande dans laquelle il s'engage à participer pleinement à la procédure d'évaluation, à en respecter les résultats et à participer à ses coûts. 3. Tout Etat non membre du Conseil de l'Europe et non membre du GAFI qui est évalué par MONEYVAL en vertu de ce qui précède peut à tout moment déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général, qu'il décide d'interrompre sa participation au processus d'évaluation». Inoltre, in modo specifico riguarda la Santa Sede l'art. 5: «5. L'Etat d'Israël et le Saint-Siège (y compris l'Etat de la Cité du Vatican) ont le droit de disposer chacun d'une voix. [...] 7. L'Etat d'Israël, le Saint-Siège (y compris l'Etat de la Cité du Vatican) et les Etats et territoires qui sont évalués en vertu de l'article 2.2 alinéa d ou de l'article 2.2 alinéa e peuvent, sur proposition du bureau ayant recueilli la majorité des deux tiers, voir leurs droits de vote suspendus s'ils ne se sont pas acquittés de leur contribution dans un délai raisonnable».

Altra situazione è relativa a quelle norme emanate da Organizzazioni inter-governative, di cui la Santa Sede è membro o meno, in esecuzione di obblighi derivanti da Convenzioni multilaterali concluse in seno all'Organizzazione medesima o di cui l'Organizzazione è depositaria. È il caso di disposizioni applicative di alcune Convenzioni adottate dall'UNESCO, come quella sull'importazione di oggetti di carattere educativo, scientifico e culturale, alla quale la Santa Sede ha aderito nel 1979; quella relativa alla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale alla cui adesione nel 1982 è seguita l'iscrizione nella *Lista del Patrimonio Mondiale* dello Stato Vaticano e delle zone o degli immobili presenti nella città di Roma e che godono della condizione di extra-territorialità in base al *Trattato Lateranense*⁹⁰; quelle sul riconoscimento degli studi e dei diplomi relativi all'insegnamento superiore per l'area latino americana e caraibica, e per l'area europea, ratificate rispettivamente nel 1977 e nel 1982; o quelle in adempimento alle indicazioni normative del cosiddetto "processo di Bologna" quanto agli studi e titoli universitari, elaborata nel contesto dei Paesi membri del Consiglio d'Europa.

Infine, quanto alla rilevanza di tali crimini va ricordato che la Santa Sede è parte delle *Convenzioni di diritto internazionale umanitario*, ma non dello *Statuto della Corte Penale Internazionale* che amplia i contenuti dei *crimina iuris gentium* pur avendo partecipato nel 1998 alla Conferenza Diplomatica istitutiva della Corte. In proposito va ricordato l'apporto della Santa Sede all'elaborazione dell'art. 7 sui crimini contro l'umanità e la definizione (7.2. f) di "gravidanza forzata" (*enforced pregnancy*). Sempre in relazione alla Corte Penale Internazionale va considerata anche la formulazione dell'art. 73 delle *Rules of Procedure and Evidence*⁹¹ che inserisce la confessione nel più ampio contesto del "segreto professionale", riprendendo i due elementi contenuti nel can. 983 del CIC: il segreto della confessione e il sigillo sacramentale della stessa. Obiettivo importante per un ambito fondamentale dell'ordinamento canonico.

Cultura canonica e ordinamento internazionale hanno, dunque, profondi legami, partecipazione ai procedimenti regolatori e funzionali, evidente reciproca permeabilità. Questi gli elementi rilevabili oggi, a distanza di 100 anni dalla prima moderna codificazione del diritto canonico.

⁹⁰ Cf. artt. 13-15 e Allegato II. Nel caso degli immobili presenti nelle zone extraterritoriali l'iscrizione nella *Lista* è stata fatta congiuntamente con l'Italia in ragione delle norme del diritto internazionale in materia di extraterritorialità. L'Italia ha iscritto il territorio su cui sorgono gli immobili, mentre la Santa Sede gli edifici.

⁹¹ Testo in: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/legal-texts/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>, (consultato 03.06.2017)

CANONICAL CULTURE AND LEGAL SYSTEMS IN COMMON LAW: A MARRIAGE DOOMED TO FAIL?

*Kurt Martens**

SUMMARY: Introduction. – I. Comparative Law as a Way Forward. – II. Potential and Current Areas of Conflict Between Canon Law and Common Law, in Particular in the United States. A. Parish Mergers, Relegation to Profane but Not Sordid Use of Churches, And Hierarchical Recourses. B. Maintaining Catholic Identity. C. Temporal Goods: Ecclesiastical Goods, Civil Law, and Alienation. D. Due Process, Distinction and Separation of Powers, and Lack of Minimal Standards. – Conclusion.

INTRODUCTION

When I had just started as a professor at the School of Canon Law at The Catholic University of America, I was asked to teach the course on hierarchical recourse. Since I was under the impression that teaching at an American university, especially in the legal field, traditionally came with a lot of case studies, I decided I would first explain the concept and process to my students, and then present them with some case studies, asking them to take up various roles in various case studies. I gave them some homework, and the students would present their position in class. When it was time to do so, one of the students got up and walked to the podium. I was surprised, and asked him what he was doing. His response was telling: “Well, I will be Perry Mason.” For those who do not know their classics: Perry Mason is an American fictional character, a criminal defense lawyer who is the main character in works of detective fiction written by Erle Stanley Gardner. The character is featured in more than eighty novels and short stories, most of which involve a client’s murder trial. Typically, Mason establishes his client’s innocence by implicating another character, who then confesses. But Perry Mason is probably best known because of the CBS television series *Perry Mason* (1957–66). My student could

* The Catholic University of America, Washington, DC.

have picked another well-known series, such as Matlock to name one. Needless to say that after this experience, the case studies quietly disappeared from my course.

Just a few years ago, I attended a meeting at a diocesan chancery somewhere in the United States to discuss some ongoing issues with canonical implications. Obviously, I was there to help with these canonical questions. I had just finished my canonical analysis of the issue we were discussing, and a major official of that diocese, himself a canon lawyer and a civil lawyer, interjected that canon law was not very logical. I laughed and said that canon law was very logical, if an attempt was made to understand the law and then work toward a solution for the problem, with the law, not despite the law.

While it may be surprising to start with two stories, each of them demonstrates, albeit in a different way, how there can be easily misunderstanding when a legal system is not fully understood due to a lack of familiarity with that system. Canon law and common law seem to be on opposite sides in these two stories. That is where comparative law may come in handy. Before I turn to some areas where there might be some tension or some perceived tension between canon law and American law, I will first mention certain principles of comparative law that could prove of assistance in resolving these differences,

I. COMPARATIVE LAW AS A WAY FORWARD

The legal system of the Catholic Church, known as canon law, is part of the continental legal or civil law tradition.¹ Yet, canon law often has to function in countries where the legal system is not part of the continental legal tradition, but belongs to another family, such as the common law tradition. It brings us necessarily to comparative law. In their monumental work, Zweigert and Kötz described the aim of comparative law as follows:

The primary aim of comparative law, as of all sciences, is knowledge. If one accepts that legal science includes not only the techniques of interpreting the texts, principles, rules and standards of a national system, but also the discovery of models for preventing or resolving social conflicts, then it is clear that the method of comparative law can provide a much richer range of model solutions than a legal science devoted to a single nation, simply because the different systems of the world can offer a greater variety of solutions than could be thought

¹ Albert Gauthier, *Roman law and its contribution to the development of canon law* (Ottawa: Faculty of Canon Law, Saint Paul University, 1996); John Henry Merryman and Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (Stanford, CA: Stanford University Press, 2007) 6-14; Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza and Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*. Nutshell Series (St. Paul, MN: Thomson West, 2008).

up in a lifetime by even the most imaginative jurist who was corralled in his own system. Comparative law is an 'école de vérité' which extends and enriches the 'supply of solutions' (ZITELMAN) and offers the scholar of critical capacity the opportunity of finding the 'better solution' for this time and place.²

Especially important in this quotation is that comparative law is understood as a means to acquire knowledge. In this sense, for canon law to be efficient in a common law system, and more particularly, in the American legal system, it is first of all important to understand the two legal systems, to then reconcile them and make them coexist and work together. A mere knowledge of positive law will not be sufficient. The underlying philosophical principles, and, in the case of canon law, the underlying theological principles, the history of the system and of any given norm, and the reason for any norm, will be equally important.

In my first year of law school, one of our professors asked us to read a book written by a famous Belgian legal scholar, Walter Van Gerven. Van Gerven was not only a law professor in Leuven, he also was advocate-general at the European Court of Justice in Luxemburg (1988-1994) and in that capacity contributed to the formation of European law. The book was not a typical law book: rather, it was intended for a general audience to proclaim his love for the law and to explain and defend the rule of law. While the book was written for a general audience, there is no doubt that a lawyer wrote it, with much passion and dedication for his profession. Although the book was published in 1987, it is still not only a valuable and clear overview of the role of law and lawyers in society, but it also serves as a source of inspiration.³ Two of the insights Van Gerven offered in his book are very useful to mention here. He explains first the essence of the difference between European legal thinking, rooted in the continental legal system, and American legal thinking, rooted in common law. He argues that norms are general and defined because of justice and legal certainty (or, in other words, the predictability of the applicable norm). The reasoning that follows is called "system thinking": the reasoning leading to a decision follows the normative system. Such is typical for European lawyers. American lawyers, he further argues, are not primarily concerned about the principles, but about the desired result. Legal reasoning is good when it or inasmuch as it leads to the desired result. Put in a different way: the solution is not right because she fits within and corresponds with the norms and rules, but because this is a good and desired solution to the problem. This is what he called problem thinking, typical for American lawyers. That makes them much

² Konrad Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., trans. Tony Weir (Oxford: Clarendon Press, 1998) 15.

³ Walter Van Gerven, *Met recht en rede* (Tielt: Lannoo, 1987).

more pragmatic and practical than their European counterparts.⁴ He further argues that each lawyer, when looking for a good and equitable solution, must not only weigh the legal arguments, but also the interests and values involved in the dispute. This will often mean that for the same problem, different solutions are possible. In his farewell address at the university,⁵ when he was promoted to the status of professor emeritus, Professor Van Gerven reiterated that legal reasoning always contains some margin of appreciation, to be used by the lawyer and the judge based on underlying value judgments. The same problem can lead to different decisions.⁶

What does all this theory now mean for the marriage between canonical culture and legal systems in common law? In other words, how can the concepts we just discussed be useful to make the relation between canon law and common law fruitful? I will illustrate this by using a few potential and current areas of conflict between canon law and common law, in particular in the United States of America, and add one general area of concern.

II. POTENTIAL AND CURRENT AREAS OF CONFLICT BETWEEN CANON LAW AND COMMON LAW, IN PARTICULAR IN THE UNITED STATES

The first three examples come from three different, but related areas in the life of the Church. We may perceive at first a clash between canonical demands and American civil law and culture when first analyzing parish mergers, church closures, and related hierarchical recourses, but the reality may be somewhat different. My second example concerns the Catholic identity of many Catholic schools, Catholic hospitals, and other Catholic apostolic works in an increasing secular society. Reconciling the canonical demands with civil law requirements seems at times an impossible task. Last but not least, in the area of temporal goods, it is often difficult to find the appropriate civil law structures to protect ecclesiastical goods. These three examples are in particular focused on the situation in the United States. My fourth example is not an example, but a general concern. There exists a real danger that canon law is not taken seriously by civil lawyers, meaning that civil lawyers do not consider canon law to be a serious legal system, even though most Western legal systems are rooted one way or another in the canonical system, precisely because of the way canon law currently functions and is used.

⁴ *Ibid.*, 78-82.

⁵ Walter Van Gerven, "Een inaugurale rede tot afscheid," *Jura Falconis* 36 (1999-2000) 469-482.

⁶ Walter Van Gerven, "Creatieve rechtspraak," *Rechtskundig Weekblad* 61 (1997-98) 209-223.

A. *Parish Mergers, Relegation to Profane but Not Sordid Use of Churches, and Hierarchical Recourses*

Some years ago, a number of dioceses in the United States and elsewhere saw unfavorable decrees return from Rome in cases of parish restructuring. Headlines in various newspapers looked very spectacular, such as “U.S. Catholics win rare victories on church closings” (*USA Today*, March 5, 2011), or “Vatican congregation says 13 Cleveland parishes must reopen” (*National Catholic Reporter*, March 8, 2012). The language used by certain advocacy groups sometimes reflects that litigious mindset typical for part of the American culture. However, canon lawyers are interested in what we can learn from these decisions and how these decisions can contribute to a better understanding of the law. Unfortunately, too often, such decisions are reduced to mere canonical formalism. Such an attitude only shows a lack of understanding of canon law and a total absence of an insight into the values protected or promoted by the same canon law.

The American approach of handling the reorganization of dioceses, and in particular of the parochial landscape, by merging parishes and relegating churches to profane but not sordid use, is an example of the pragmatic and practical approach of American lawyers. At the same time, one sees also how the business model of corporate America influences the process, including the use of consultancy companies that will tell any given diocese what the size of the parishes must be, and how the parish boundaries should be realigned. This business-minded approach obviously overlooks the bare minimal requirements of canon law. It is important to keep in mind that the parish is a juridic person, and as such, perpetual by its nature (cf. c. 120 §1). Therefore, the merger, division and especially suppression of a parish are such extraordinary events, that a just cause is required, even if the canon does not state this requirement explicitly. As Archbishop Frans Daneels observed,

even if this is not stated explicitly in the canon, a just cause is clearly required, because the exercise of pastoral authority in the Church can never be arbitrary, but must adhere to criteria of good governance, by promoting the salvation of souls.⁷

The basis for the argument can be found in the jurisprudence of the Apostolic Signatura, namely that “an act of suppression requires a just cause,

⁷ Frans Daneels, “Suppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profane della chiesa parrocchiale,” *Ius Ecclesiae* 10 (1998) 115: “Anche se ciò non viene detto esplicitamente nel canone, è evidentemente richiesta una giusta causa, perché l’esercizio dell’autorità pastorale non può mai essere arbitrario nella Chiesa, ma deve attenersi ai criteri di buon governo, promuovendo la *salus animarum*.”

so that it is not arbitrary.”⁸ In a number of the decisions involving American dioceses, the Congregation for the Clergy held that the procedure for the suppression or merger of parishes was correctly observed, but, at the same time, pointed out that certain elements, such as demographics, finances and available priestly personnel, must be considered, while other elements, such as deciding a proportion of one priest per parish or per every two thousand four hundred parishioners (1:2400), might be statistically useful but are of a doubtful objective validity and are qualified as arbitrary criteria.

What is often forgotten in cases of suppression, merger, or alteration of parishes, and in cases of relegation of churches to profane use, is that we are dealing with singular administrative decrees, thus with “any singular and unilateral juridical act issued by the competent executive authority in the extrajudicial sphere.”⁹ Hierarchical recourse against such a singular administrative decree is possible (see c. 1732). What is often problematic or perceived as problematic, is the lack of focus and specificity in any of these given decrees, and the recourse to boilerplate decrees when a diocesan-wide parish reorganization is set-up.

When it gets to relegation of churches to profane but not sordid use, it is not uncommon for the diocese to decide that any given church is no longer needed and can therefore be relegated and sold or demolished. Such an approach is more utilitarian, and may be perceived as typical American. Not infrequently, concerns of civil lawyers and real estate managers will play a role in the decision making process. However, this often means that the basic definition of a church in canon law and the underlying theology are overlooked. A church is defined as “a sacred building designated for divine worship to which the faithful have the right of entry for the exercise, especially the public exercise, of divine worship.”¹⁰ Churches become sacred places through the

⁸ See Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura, Decree of the College of Judges, May 7, 2010: *Roman Replies and CLSA Advisory Opinions 2010*, ed. Sharon Euart, John A. Alesandro and Paul B.R. Hartmann (Washington: CLSA, 2010) 11-16, here at 13: “Actus suppressionis exigit iustam causam, ne sit arbitrarius.” See also Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura, Decree of the College of Judges, May 7, 2010: *Roman Replies and CLSA Advisory Opinions 2010*, ed. Sharon Euart, John A. Alesandro and Paul B.R. Hartmann (Washington: CLSA, 2010) 22-27, here at 24.

⁹ Eduardo Labandeira, in *Code of Canon Law Annotated*, ed. Ernest Caparros et al. (Montréal: Wilson & Lafleur, 2004) 1358. It is a *juridical act* because the declaration of will is intended to produce juridical effects in the external forum; it is a *singular act* because it concerns a determinate case, person or group and thus excludes general decrees and other norms of executive power; it is a *unilateral act*, excluding contracts and other plurilateral acts; it is an *authoritative act*, because it is an act given by a public ecclesiastical authority with the power to affect other persons; it pertains to the *competent executive extrajudicial authority*; and finally it is an *extrajudicial act*, namely an act issued outside a trial.

¹⁰ C. 1214: “Ecclesiae nomine intellegitur aedes sacra divino cultui destinata, ad quam fidelibus ius est adeundi ad divinum cultum praesertim publice exercendum.”

solemn rite of dedication with chrism or the less solemn rite of blessing: in both cases, these churches are permanently withdrawn from secular use.¹¹ As a general rule, expressed not only in canon 1222, but also in the tradition of the Church, it is clear that the Church wishes churches to be preserved and used for divine worship. The reduction of a church to profane but non sordid use is an exception to this principle. It can only be done for very serious reasons (§1 – the moral impossibility) or for other reasons which are grave (§2).¹² Since the decree of relegation is, too, a singular administrative decree, the grave causes must apply to that particular situation of that particular church. This means, *inter alia*, that a general pastoral plan in itself is not sufficient to constitute a grave reason, because it applies to the diocese in general and not in particular to that specific church. The fact that the presbyteral council or the parish or the parish pastoral council is in favor of the decision is also not enough, nor is the simple fact that the church in question is no longer necessary for pastoral ministry after the merger of several parishes.¹³ Other examples of insufficient reasons are: the lack of ordained clergy and the subsequent reduction of the liturgical use of the church to just a few times a year; other reasons which are not present at the moment but might be foreseen for the future; the diminishing number of participants in divine worship; the need to concentrate pastoral activity and the Sunday celebration of the liturgy in only one parish church.¹⁴ In a definitive sentence, the Apostolic Signatura remarked that

[t]he causes required by the law are grave, not most grave: excluded therefore are trifling matters or causes that by their very nature cannot be considered grave. On the other hand, even if a cause is apparently insignificant, its gravity can be evaluated in various ways if one diligently considers circumstances, places, and financial or personal matters; these become known especially to the ordinary: indeed, it is a question of fact.¹⁵

A grave reason is not something that can be measured, nor is there a list of acceptable grave reasons. As pointed out by the Apostolic Signatura, it is

¹¹ Nicholas Schöch, "Umnutzung von Kirchen: Kirchenrechtliche Überlegungen zu einem aktuellen Problem," *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 173 (2004) 45-46; Nicholas Schöch, "Relegation of Churches to Profane Use (C. 1222, §2): Reasons and Procedure," *The Jurist* 67 (2007) 485.

¹² Daneels, 126; Schöch, "Relegation of Churches to Profane Use," 489.

¹³ Daneels, 128, footnote 37.

¹⁴ Cf. Schöch, 494-495.

¹⁵ Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura, Definitive sentence of the College, May 4, 1996: *Ministerium Iustitiae. Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura. Official Latin with English Translation*, William L. Daniel, trans. (Montréal: Wilson & Lafleur, 2011) 524: "Causae ergo a lege requiruntur graves, nec gravissimae: excluduntur igitur nugae vel causae quae suapte natura graves haberi nequeunt, dum e contra gravitas causae, et si apparenter levi innititur fundamento, diversimode aestimari potest si diligenter considerentur circumstantiae vel loci, vel rei oeconomicae vel personarum, quae Ordinario apprimè innotescunt: re quidem vera quaestio est facti."

a question of fact. The jurisprudence of the Congregation for the Clergy and the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura gives us an indication of the acceptable grave reasons. As one expert has put it,

[t]he gravity of the reason results from the sum of circumstances which show that the reason is of great importance in the concrete case. The opposite of the grave cause is the radical absence of a reason or its *levitas, exiguitas* and so on, always considering the question to be resolved.¹⁶

Noteworthy in this context is that some American canon lawyers have asked for a list of grave causes, as if a canonical cooking book, with recipes and ready-to-go solutions, would be available. This suggestion points in the direction of a lack of understanding the canonical principles and system, combined with some type of laziness out of fear for doing the hard lifting.

The solution, however, does not need to be complicated: it suffices to learn and understand canon law, and to reconcile the cultural approach with the canonical requirements. It is a form of problem-thinking.

Many hierarchical recourses in the Church in the United States are made mainly in the context of parish reform. These recourses ultimately go, first, to the Congregation for the Clergy, and then to the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura. I will not explain how the procedure of hierarchical recourse works; that is not part of my task here.¹⁷ However, what I do like to share from lived experience in the United States is this. Hierarchical recourse is a procedure with

¹⁶ Schöch, 491.

¹⁷ The procedure of hierarchical recourse and (certain of) its implications is at length explained elsewhere, for instance: Kurt Martens, "Administrative Procedures in the Roman Catholic Church. Difficulties and Challenges," *Ephemerides Theologicae Lovanienses* 2000, 354-380; Kurt Martens, "La protection juridique dans l'Église : les tribunaux administratifs, la conciliation, et du *Due Process*," *Studia canonica* 2002, 225-252; Kurt Martens, "Les procédures administratives dans l'Église catholique : les initiatives en droit particulier et le code de 1983," *Revue de droit canonique* 2005, 59-93; Kurt Martens, "The Law that Never Was: the *Motu Proprio Administrativae Potestatis* on Administrative Procedures," *The Jurist* 68 (2008) 178-222; Kurt Martens, "Procédures administratives, recours hiérarchiques et réconciliation," in *Vingt-cinq ans après le code. Le droit canon en Belgique*, ed. Jean-Pierre Schouppe (Bruxelles: Bruylant, 2008) 257-279; Kurt Martens, "Protection of Rights: Experiences with Hierarchical Recourse and Possibilities for the Future," *The Jurist* 69 (2009) 646-702; Kurt Martens, "From Hierarchical Recourse to Alternative Conflict Resolution: A Blessing or a Curse?" in *Iustitia et Iudicium : Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, ed. J. Kowal and J. Llobell (Vatican City: Libreria Editrice Vaticana, 2010) 4: 2237-2257; Kurt Martens, "Die Einklagbarkeit von Grundrechten – oder die Bedeutung von Administrativverfahren in einer Religionsgemeinschaft," in *Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte (Religionsrechtliche Studien 2)*, ed. Adrian Loretan (Zürich: Theologischer Verlag, 2011) 261-286; Kurt Martens, "The Exercise of Vigilance and Supervision," in *La funziona amministrativa nell'ordinamento canonico. Administrative Function in Canon Law. Administracja w prawie kanonicznym. Congresso internazionale di diritto canonico. International Congress of Canon Law. Międzynarodowy kongres prawa kanonicznego. Varsavia, 14-18 settembre 2011*, ed. Józef Wroceński and Marek Stokłosa (Warsaw: Uniwersytet Kardynała Stefana

particular demands and with a particular goal. The way I have seen it used by recourts in the United States is another example of the litigious society that is the American society: "I don't like you, therefore I will take you to court." Often recourts forget the object of the recourse, or fail to explain the conflict and what exactly it is they ask for. Ultimately, when the procedure finally has come to an end, recourts are often left behind with a bad feeling because the procedure did not give them what they may have liked to get, that is, a plain victory.

B. *Maintaining Catholic Identity*

Without the permission of competent ecclesiastical authority, no entity can call itself "Catholic." Canon 216 is very clear:

Since they participate in the mission of the Church, all the Christian faithful have the right to promote or sustain apostolic action even by their own undertakings, according to their own state and condition. Nevertheless, no undertaking is to claim the name *Catholic* without the consent of competent ecclesiastical authority.

Such permission can not only be given, but can also be taken away. An example thereof occurred in December 2010: the Bishop of Phoenix, Most Reverend Thomas J. Olmsted, revoked his consent for St. Joseph's Hospital and Medical Center, Phoenix, AZ, to utilize in any way the name "Catholic." The bishop could not verify that this healthcare organization would provide healthcare consistent with authentic Catholic moral teaching as interpreted by his legitimate episcopal authority to interpret the moral law. Of course, this scenario must be avoided at all cost. Luckily, these instances are very rare. However, another development in the United States is enormously important for the Catholic identity of other institutions.

Catholic schools, Catholic hospitals, and other Catholic apostolic works were for the longest time the monopoly of dioceses and more importantly of religious congregations. This situation has dramatically changed in the United States (and dare I say, elsewhere in the Western world) since the Second Vatican Council. Three factors have played a major role in this evolution. First, the decline in vocations of (certain) religious institutes contributed to the inability to continue to run these Catholic apostolic works alone, without help from outside the religious institutes, meaning, without enlisting lay members of the board,

Wyszyńskiego, 2012) 709-748; Kurt Martens, "Hierarchical Recourse as a Dialogue between Particular Church and Universal Church? Difficulties, Challenges and Opportunities," *Folia Theologica et Canonica* 6 (2017) 77-103.

lay staff and professionals. Secondly, the increasing demands on the healthcare system and on healthcare professionals led to a growing professionalization of the healthcare sector, including hospitals, thus affecting the ability of religious institutes to continue on their own. Lastly, on a more positive note, the growing awareness since Vatican II of the proper role of the lay faithful in the life of the Church, whereby the lay faithful were expected to take up their own roles in the Church and society. This dramatic change came not without its challenges, the most important being how to maintain the Catholic identity of these Catholic schools, Catholic hospitals, and other Catholic apostolic works when the direct link with the Church through the presence of religious and clergy is shrinking or disappearing.

In the United States, efforts were made to maintain this Catholic identity. Canon lawyers have for some time now developed and used the concept of sponsorship. In the introduction to the proceedings of a symposium held in 2005 on this very subject, a specialist in the subject matter, Sister Sharon Holland, IHM, writes:

For so long we have been accustomed to Catholic schools, hospitals and other apostolic works of the Church being in the hands of a diocese or a religious congregation, that no need was felt to put a name on the relationship, much less to define it. Now many things have changed.¹⁸

What then is this sponsorship? It basically means that, while a civil corporation and its board runs the health care institution, the sponsoring religious institute oversees the operations and has the duty to ensure that the ministry is fulfilling its mission and remains Catholic. The sponsoring organization will have certain reserved powers to achieve that end. When the religious institute can no longer fulfill that role, usually an alienation will take place: the hospital and its assets are transferred to a newly formed canonical public juridic person that will take over the responsibilities of the founding religious institute. It remains to be seen if this sponsorship structure will survive in the long run: the system as such has its weaknesses, and a lot will depend on the members of the board on the one hand, and the way the legal documents are crafted on the other hand.

At one point, I was approached by a Catholic hospital for canonical advice. The hospital had been founded by religious sisters. The sisters had pulled out, and a structure of sponsorship had been set up. Now the Catholic hospital was ready for a next step in a rapidly evolving health care market: they were about

¹⁸ Rosemary Smith, SC, Warren Brown, OMI and Nancy Reynolds, SP, ed., *Sponsorship in the United States Context. Theory and Praxis* (Alexandria, VA: Canon Law Society of America, 2006) v.

to merge with a non-Catholic hospital, and wanted to maintain their Catholic identity after the merger. Their question to me was, in their mind, simple and straightforward: how much shares do we need to keep to maintain control. Of course, my answer was not that simple. I explained to them that control and maintaining the Catholic identity did not depend on the majority of the shares one had. Yes, a stakeholder who controls the majority of the shares can, with numbers, control what happens in the organization. But that does not guarantee in itself the Catholic identity of the institution: what happens at the hospital in terms of medical procedures is what will ultimately contribute to the catholicity or lack thereof. What followed was a genuine dialogue between a canon lawyer and their civil attorney. We spent countless hours on the phone, carving out what had to be put in the governing documents to safeguard the catholicity of this Catholic hospital. The *Ethical and Religious Directives for Catholic Health Care Services*, written by the United States Conference of Catholic Bishops, were of course part of the conversation. Likewise, a lot of attention was paid to the supervisory role of the local bishop in the future health care system, in particular with regard to this Catholic identity and how it was to be given concrete shape. This is an example of a true collaboration between canon law and American civil law, leading to the best possible result for the Church we serve.

C. *Temporal Goods: Ecclesiastical Goods, Civil Law, and Alienation*

The area of temporal goods is a third area where there can be misunderstandings and even outright conflict between canon law and American law. The discussion about maintaining Catholic identity is in fact also a discussion about how to keep ecclesiastical goods under control of the Church, so that these may continue to be used for appropriate purposes.

Canon 1284 § 2, 2^o stipulates that all administrators of ecclesiastical goods are bound to fulfill their function with the diligence of a good householder. Consequently, they must “take care that the ownership of ecclesiastical goods is protected by civilly valid methods.” Civil incorporation of dioceses, parishes, and other public juridic persons is certainly one of those methods to achieve that goal and meet that obligation. On July 29, 1911, the American bishops requested the Congregation of the Council establish appropriate norms for the care and preservation of temporal goods in the country. In its reply, the Congregation recommended the separate incorporation of parishes. It wrote:

Among the methods which are now in use in the United States for holding and administering church property, the one known as Parish Incorporation is preferable to the others, but with the conditions and safeguards which are now in use in the State of New York. The bishops, therefore, should immediately take steps to introduce this method for handling property in their dioceses, if the civil law allows.¹⁹

The Holy See was not in favor of the corporation sole. As an aside, the American bishops were told in 1911 to take steps immediately. Yet, the discussion about civil incorporation continues, not because the bishops ignored the instruction from Rome, but simply because it is prudent to constantly and periodically evaluate the existing structures and examine if they still meet the needs and goals.

It was in this context, a number of years ago, that I was approached by civil lawyers, working on the civil incorporation of parishes in a certain diocese. They needed canonical advice, at least that is what they said. We agreed upon a time for a conference call, and had the conversation. In retrospect, the civil lawyers were not really interested in what canon law had to say about parishes. They were merely looking for a canon lawyer who could give his canonical blessing to the construction they had set up, in spite of canon law. There was certainly no room for mutual understanding, negotiation and finally adjustments. I do not prefer or recommend this approach. What ought to happen in such a case, is a sincere dialogue between canon lawyers and civil lawyers, in the interest of the Church, and leading to the best possible results, even if this requires more work and thinking out of the box.

The Holy See has to intervene and approve certain alienations of ecclesiastical goods, when the maximum sum for such alienations is exceeded. This requirement is often perceived as problematic. The argument that is used is that the Holy See is only interested in getting a certain amount from the proposed transaction. But what is usually lost is that such an intervention is there as part of a system of checks and balances: the higher authority must safeguard the interests of the juridic person, and must see to it that the stable patrimony is not jeopardized in the long run. An example from recent Church history shows the wisdom of such norm. In 1838, Georgetown University, run by the Jesuits, was in financial difficulties. The Jesuits tried to solve their financial problems by selling the slaves they had on their plantations in Maryland. The sale—worth about \$3.3 million in today's dollars—was organized by two of Georgetown's early presidents, both Jesuit priests. The Roman authorities were very reluctant to give permission for this sale. But the sale went through, although Rome

¹⁹ "Methods of Holding Title to and Administering Church Property in the United States. Private," *Canon Law Digest* 2: 444-445.

did put conditions on the permission granted,²⁰ and Georgetown University survived its economic hardship. Yet, the conditions of the permission were not followed. Almost 200 years later, this dark history, needless to say, came back to haunt the university and the Jesuits. Indeed, there is wisdom in a system of checks and balances. It ultimately comes down to the question raised in the 1st–2nd century by the Roman poet Juvenal: *Quis custodiet ipsos custodos?*²¹ Who will watch the watchmen? And ultimately: who will uphold the law, and the values behind the law?

D. Due Process, Distinction and Separation of Powers, and Lack of Minimal Standards

There is, however, some development that may be, in the long run, damaging for the relationship between civil lawyers and canon lawyers, not necessarily in the United States alone, but also broader. A key development in that relationship was the 2001 decision of the European Court for Human Rights in Strasbourg on a case of nullity involving the Roman Rota, commonly known as the Pellegrini case.²² How could a simple case of matrimonial nullity, decided by an ecclesiastical tribunal and confirmed by the Roman Rota, become the object of a decision of the European Court of Human Rights, while the Holy See is not even a party to the European Convention on Human Rights? The answer is to be found in the concordat between Italy and the Holy See, and has everything to do with the concordatary marriage a marriage contracted in the Church is not only civilly valid in Italy, so is the declaration of its nullity by an ecclesiastical court. That is exactly what happened in the Pellegrini case: once the declaration of nullity was confirmed by the Roman Rota, based on the presence of a diriment impediment of consanguinity, using the documentary process, the decision of the Rota was declared enforceable in the Italian legal system by the Court of Appeal in Florence. This is where the Pellegrini case begins: the respondent made a complaint to the European Court, stating that there had been a violation of article 6 of the Convention, in the sense that her right to a fair hearing and her defense rights had been violated. Since the procedure was not against the Holy See, but against Italy, the European Court observed that

²⁰ Adam Rothman, "Georgetown University and the Business of Slavery," *Washington History* 29/2 (2017) 18.

²¹ Juvenal, *Satires*, Satire VI, 346–348.

²² European Court of Human Rights, *Pellegrini v. Italy*, July 20, 2001, Application no. 30882/96 (available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng>).

The Court's task therefore consists not in examining whether the proceedings before the ecclesiastical courts complied with Article 6 of the Convention, but whether the Italian courts, before authorising enforcement of the decision annulling the marriage, duly satisfied themselves that the relevant proceedings fulfilled the guarantees of Article 6. A review of that kind is required where a decision in respect of which enforcement is requested emanates from the courts of a country which does not apply the Convention. Such a review is especially necessary where the implications of a declaration of enforceability are of capital importance for the parties.

The European Court further observed that

The Italian courts do not appear to have attached importance to the fact that the applicant had not had the possibility of examining the evidence produced by her ex-husband and by the "so-called witnesses". However, the Court reiterates in that connection that the right to adversarial proceedings, which is one of the elements of a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1, means that each party to a trial, be it criminal or civil, must in principle have the opportunity to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision (see, *mutatis mutandis*, *Lobo Machado v. Portugal*, and *Vermeulen v. Belgium*, judgments of 20 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I, pp. 206-07, § 31, and p. 234, § 33, respectively, and *Mantovanelli v. France*, judgment of 18 March 1997, *Reports* 1997-II, p. 436, § 33).

The European Court called it irrelevant that

as the nullity of the marriage derived from an objective and undisputed fact the applicant would not in any event have been able to challenge it. It is for the parties to a dispute alone to decide whether a document produced by the other party or by witnesses calls for their comments. What is particularly at stake here is litigants' confidence in the workings of justice, which is based on, *inter alia*, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file (see, *mutatis mutandis*, *F.R. v. Switzerland*, no. 37292/97, § 39, 28 June 2001, unreported).

With regard to the assistance of a lawyer, or better, lack thereof, the European Court for Human Rights was likewise very clear:

Since such assistance was possible, according to the Court of Cassation, even in the context of the summary procedure before the Ecclesiastical Court, the applicant should have been put in a position enabling her to secure the assistance of a lawyer if she wished. The Court is not satisfied by the Court of Cassation's argument that the applicant should have been familiar with the case-law on the subject: the ecclesiastical courts could have presumed that the applicant, who was not assisted by a lawyer, was unaware of that case-law. In the Court's opinion, given that the applicant had been summoned to appear before the Ecclesiastical Court without knowing what the case was about, that court had a duty to inform her that she could seek the assistance of a lawyer before she attended for questioning.

The Court considered that the Italian courts breached their duty of satisfying themselves, before authorizing enforcement of the Roman Rota's judgment, that the applicant had had a fair trial in the proceedings under canon law,

and concluded therefore that there had been a violation of Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights.

Before *Mitis iudex* was even promulgated, with the Pellegrini decision in mind, Roch Pagé warned about possible proposed changes in the (procedural) law and wrote:

This case raises a more fundamental issue: will the changes brought to the procedural law make the countries which recognize the present procedure reluctant to continue to respect it because of its seriousness? If the proposed reform does not take this into consideration, what will the reaction of civil jurists be?²³

This concern was and is totally justified. After the promulgation of *Mitis iudex*, the Pope gave two rescripts to the Dean of the Roman Rota to accompany the application of *Mitis iudex*, the first one on December 7, 2015, and the second one on January 22, 2016. According to the first rescript, the Roman Rota is to judge cases for free, with advocates assigned *ex officio*.²⁴ The rescript prompted the Dean of the Roman Rota to issue a decree, dated April 20, 2016, stating that advocates would be appointed *ex officio* and that the appointment is reserved to the Dean of the Rota.²⁵ The decision led to questions in the Italian Parliament about a possible violation of the agreements between the Holy See and Italy and a violation of basic principles of law.²⁶ The Pontifical Council for Legislative Texts, in a letter addressed to an advocate, confirmed that it is a basic right of every member of the faithful to choose his own advocate in canonical procedures.²⁷ A letter of the Cardinal-Secretary of State, dated February 18, 2017, and addressed to the Dean of the Roman Rota, did not leave any doubt: “the Holy Father has expressed the desire that the right of every member of the faithful to freely choose an advocate be respected.”²⁸ The Dean of the Rota was asked to modify the current praxis and

²³ Roch Pagé, “Reflections of a Judicial Vicar of an Appeal Tribunal on the Proposed Reform of the Canonical Matrimonial Process,” *The Jurist* 75 (2015) 68.

²⁴ Francis, Rescript from an audience, December 7, 2015: AAS 108 (2016) 5-6, here at 6, and *Quaderni dello studio rotale* 23(2016) 45-46, here at 46: “La Rota Romana giudichi le cause secondo la *gratuità* evangelica, cioè con patrocinio *ex officio*, salvo l’obbligo morale per i fedeli abbienti di versare un’oblazione di giustizia a favore delle cause dei poveri.”

²⁵ The decree, dated April 20, 2016, Not. 74, was not published.

²⁶ See Geraldina Boni, “Alcune considerazioni sulle possibili difficoltà insorgenti nell’*exequatur* in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il *Mitis iudex*,” in *Studi in onore di Carlo Gullo. Annales doctrinae et iurisprudentiae canonicae* 4, 3 vols. (Vatican City: Libreria Editrice Vaticana, 2017) 1: 196-199.

²⁷ Pontifical Council for Legislative Texts, private response, March 2, 2017 (Prot. N. 15822/2017), unpublished. Available on the website of the Pontifical Council for Legislative Texts, <http://www.delegumtextibus.va>, under the section “Riposte particolari,” “Codex Iuris Canonici.”

²⁸ The letter of the Cardinal-Secretary of State, dated February 18, 2017, prot. n. 341.735, was not published, yet was cited in an unpublished decision of the Apostolic Signatura. See Supreme

to allow parties who asked to freely choose their own advocate. And so it happened: by decree of February 25, 2017, the Dean of the Rota confirmed, at least in theory, the free choice of an advocate for procedures before the Roman Rota.²⁹

Another evolution is likewise worrisome, this time in the field of administrative law and hierarchical recourses. In a number of recent hierarchical recourses, once the case was presented to the Apostolic Signatura, the prefect of the congregation that confirmed the decision of the diocesan bishop or the superior went to the Pope to ask to confirm *in forma specifica* the decision of the Congregation.³⁰ The result of this request, when approved, is that the impugned act becomes a papal act³¹ and can therefore, in virtue of canon 1405 §2, no longer form the object of an appeal. An appeal to a higher power to stop any control of the exercise of administrative power by juridical power, thereby preventing that the correct interpretation of the law is enforced and that those seeking justice are protected, is hard to explain to civil lawyers. This way of acting undermines the very credibility of the canonical system, and risks to reduce canon law to a mere joke.

The general problems of lack of due process, outlined in this section, are closely linked with the lack of a separation of powers in the Church and an effective system of checks and balances. In the long run, these general problems may undermine the credibility of the canonical system as a true legal system, and, by extension, the very credibility of the Church and her prophetic voice.

Tribunal of the Apostolic Signatura, Decree, March 7, 2017, Prot. N. 52260/16 CG, unpublished: "Attentis litteris diei 18 februarii 2017, prot. n. 341.735, quibus Em.mus Secretarius Status 'per Venerato Incarico', cum Exc.mo Romanae Rotae Tribunalis Decano communicavit 'che il Santo Padre ha espresso la volontà che sia rispettato il diritto di ogni Fedele di scegliere liberamente il proprio avvocato' (cf. can. 1481 §1 CIC e can. 1139 §1 CCEO), quapropter eum rogavit 'di voler modificare la prassi attuale... in modo da consentire, alle parti che lo desiderano, di scegliersi un Patrono di fiducia'."

²⁹ The decree, dated February 25, 2017, Not. 74, was again not published. Note that the decree has the same number as the one it replaced.

³⁰ For a description of the most recent cases and their impact, see G. Paolo Montini, "L'approvazione in forma specifica di un atto impugnato," *Periodica* 107 (2018) 37-72.

³¹ Such is, for instance, perfectly worded in one case, Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura, Decree, November 24, 2017, Prot. N. 52463/17 CA, unpublished: "Dum summarium conficiebatur, Em.mus Praefectus Congregationis pro Clericis Summum adiit Pontificem, qui die 14 novembris 2017 impugnatum decretum—subscriptione apposita—suum fecit." By signing the impugned decree of the Congregation, the Holy Father made it his decree.

CONCLUSION

This overview of the relation and interaction between canon law and common law is necessarily short and limited, and is mainly focused on the situation in the United States. I have tried to identify a few areas of possible and current tension between canon law and American law, and have touched upon the topic of the credibility of the canonical system in general. That problem is not limited to the United States alone.

In a letter to the seminarians, Pope Emeritus Benedict XVI wrote: “But you should also learn to understand and—dare I say it—to love canon law, appreciating how necessary it is and valuing its practical applications: a society without law would be a society without rights. Law is the condition of love.”³² Perhaps that encouragement could also be directed at American lawyers: they should learn to love canon law, appreciate its necessity and value its practical applications, in an attempt to bring canon law and American law together and make them work for the greater interest of the Church. That requires possibly a *novus habitus mentis*.³³

And what about canon lawyers? They, too, should be willing to learn and understand the civil law system and be open to interaction and collaboration. That interaction and collaboration starts with listening and understanding. It is the only way to a fruitful marriage that otherwise is doomed to fail.

³² Benedict XVI, Letter to Seminarians, October 18, 2010: AAS 102 (2010) 796; English translation in *Origins* 40/21 (October 28, 2010) 323-324.

³³ Paul VI, address to the Pontifical Commission for the Revision of the Code of Canon Law, November 20, 1965: AAS 57 (1965) 985-989. See also Ladislav Orsy, “The Meaning of *Novus Habitus Mentis*: The Search for New Horizons,” *The Jurist* 48 (1988) 429-447.

Comunicazioni

L'AVVOCATURA ECCLESIASTICA NELLA CULTURA GIURIDICA ATTUALE

*Paola Buselli Mondin**

SOMMARIO: Premessa. – 1. I processi canonici e la pastorale vocazionale. 1.1. La nuova cifra pastorale del processo canonico. – 2. 2. Una nuova cultura per una nuova identità del patrono ecclesiastico. 2.1. Nuovo dovere del patrono: cogliere un conflitto dietro una controversia. 2.2. Nuovo onere del patrono: conoscere la pastorale vocazionale. 2.3. Nuovo diritto del patrono: essere riconosciuto come un soggetto della pastorale vocazionale. 2.4. Nuova facoltà del patrono: farsi accompagnatore. Conclusioni.

PREMESSA

Chi è oggi il patrono ecclesiastico e cosa è chiamato a fare di nuovo e di diverso rispetto a quello che faceva prima? Qual è oggi la sua funzione nei processi canonici e come, perché, con quali conseguenze essa è mutata?

Certamente è mutato il contesto che definisce lo spazio giuridico entro cui viene invocato e tutelato il diritto di difesa. Il contesto per l'esercizio del diritto di difesa non è più il processo canonico in sé dato, ma piuttosto il processo canonico quale tappa o quale momento del più ampio processo di conversione vocazionale delle parti del giudizio. Se questo collegamento tra processo giudiziale e vita ecclesiale delle persone non è una novità, perché ben si colloca nel solco della tradizione canonica che ha sempre richiamato la dimensione pastorale del processo, la novità, invece, consiste nel modo con cui oggi il processo va relazionato alla vita ecclesiale delle persone in esso coinvolte. Si chiede oggi al processo canonico di trasformarsi in uno strumento al servizio del discernimento vocazionale. Quali sono le ragioni che possono giustificare e sostenere questa trasformazione e con quale portata giuridica per il patrono?

* Avvocato della Rota Romana.

1. I PROCESSI CANONICI E LA PASTORALE VOCAZIONALE

Il processo canonico può essere inteso come uno strumento del più ampio processo di conversione vocazionale delle parti se lo si coglie in relazione con la pastorale vocazionale. È proprio questa relazione a segnare la novità con cui oggi il processo si mette al servizio della vita ecclesiale delle persone in esso coinvolte.

La pastorale vocazionale condivide con i processi canonici la materia del giudizio, ossia la tutela del valore cristiano di una scelta vocazionale. Nel rapporto tra processi ecclesiastici e pastorale vocazionale prende materialmente corpo l'efficacia pastorale del giudicato canonico. È proprio questo rapporto che misura infatti l'uso concreto e la vitalità della sentenza canonica, ossia come i fedeli usano e mettono in pratica il giudicato canonico nella loro vita: se si risposano in Chiesa, dopo una pronuncia dichiarativa di nullità matrimoniale; se e come purificano condotte criminose di cui sono stati riconosciuti responsabili, dopo un processo penale; come prendono o riprendono in mano la loro vita e partecipazione ecclesiale, dopo qualsiasi specie di processo; se e come l'esperienza del processo incide o orienta lo stile di vita delle persone coinvolte. È dunque proprio questo rapporto che misura cosa effettivamente e concretamente viene recepito o evitato della Chiesa mediante il processo canonico.

Guardare a questo rapporto non significa, tuttavia, solo prendere atto di un risultato, ma anche prendere coscienza del senso, del valore e del significato dello stesso processo canonico e, conseguentemente, della professionalità di ciascun operatore della giustizia ecclesiastica. Storicamente i giudizi ecclesiali non hanno mai avuto la stessa forma giuridica ed i cambiamenti cui sono andati incontro sono il frutto e la conseguenza del rinnovamento che ha interessato la sociologia, la filosofia, la teologia e la psicologia, e quindi la stessa pastorale. Si tratta, in particolare, di capire se e come tali cambiamenti abbiano inciso il servizio effettivo che il patrono ecclesiastico è chiamato rendere.

1.1. *La nuova cifra pastorale del processo canonico*

Lo spazio comune tra i processi canonici e la pastorale vocazionale non è però riducibile ad una mera esigenza di giustizia (giustizia da restituire per i processi, e giustizia da preservare per la pastorale), perché comprende anche l'esigenza di tutelare la vocazione cristiana delle persone coinvolte.

Nella Chiesa non si invoca una giustizia senza processo, ma piuttosto si invoca un processo che si faccia più prossimo. Più prossimo non solo in

termini strutturali, assicurando una procedura più agile e semplificata, ma anche in termini di servizio reso, assicurando una procedura pastoralmente più adeguata. Non ci si accontenta più di un processo giuridicamente efficiente, ove i soggetti facciano buon uso della procedura, perché si cerca anche un processo pastoralmente più efficace, ove i soggetti colgano l'opportunità di fare buon uso di se stessi, di essere guidati nella propria umanità cristiana ferita. Un processo, dunque, che sia più prossimo non solo perché più agile o più comodo, ma anche perché più vicino all'interiorità della vocazione cristiana delle persone. La questione dunque non è puramente procedurale, ma anche antropologica. Questa trasformazione riguarda in modo particolare il processo matrimoniale e quello penale (perché in essi è direttamente coinvolta l'intimità vocazionale delle persone), ma ogni altro processo ne può essere interessato, perché in ogni controversia della Chiesa si vede messa sempre alla prova, anche solo mediatamente, l'identità o vocazione ecclesiale delle persone coinvolte, ossia la socievolezza cristiana e non semplicemente quella umana.

Non si tratta, dunque, di superare i tribunali ecclesiastici, ma piuttosto di superare la distanza che li divide dalla pastorale vocazionale¹. Superare questa distanza significa consegnare ai tribunali ecclesiastici la stessa funzione della pastorale vocazionale, pur nella diversa specificità dei rispettivi obiettivi e metodi. Ogni scelta vocazionale va tutelata non solo perché al servizio di un bene per la Chiesa, ma anche perché favorisce l'essenziale umanità dei singoli fedeli (laici o chierici), potenziando la costruzione di una identità consistente e di una religiosità matura. La forma propria della pastorale vocazionale, ossia il discernimento vocazionale, è chiamata a divenire oggi la forma richiesta anche ai processi canonici. I problemi e le soluzioni giuridiche del processo vanno dunque oggi affrontati anche a partire da una ri-comprensione del loro stesso carattere pastorale, la cui chiave di lettura ruota intorno a quattro parametri (*conversione, accompagnamento, discernimento e integrazione*) che a pieno titolo diventano oggi la nuova cifra pastorale di ogni processo canonico, fatta sempre salva la loro differente traduzione nelle prassi processuali proprie di ogni specie di giudizio canonico.

Questi parametri, a ben vedere, non evocano solo il magistero attuale (in particolare l'esortazione apostolica *Evangelii Gaudium* e l'esortazione apostolica post sinodale *Amoris Laetitia*), ma cambiamenti della riflessione teologica, antropologica e psicologica, che hanno iniziato a perfezionarsi ben prima del magistero attuale. *Conversione, accompagnamento, discernimento e integrazione* non sono, in effetti, 'invenzioni' di papa Francesco, ma termini che appartengo-

¹ Cfr. P. PAVANELLO, *I processi di nullità matrimoniale all'interno della sollecitudine pastorale della chiesa. Proposte e prospettive alla luce del percorso sinodale*, in «Crede Oggi» 35 (5/2015) n. 209, p. 94.

no alla storia della pastorale vocazionale. La *conversione* evoca la necessità di rendere il processo canonico parte del più ampio processo di conversione dei fedeli. L'*integrazione psico-spirituale* si pone come un paradigma interpretativo dell'agire umano volto ad integrare dialetticamente psicologia e teologia. Il *discernimento* evoca la necessità che la giustizia consegna a coloro che, a vario titolo (come attori, convenuti, imputati, vittime) ne sono coinvolti, la possibilità di comprendere che dietro il dubbio di causa non c'è solo una questione giuridica, ma anche una questione vocazionale. L'*accompagnamento* richiama le conseguenze sul piano strettamente processuale dei parametri precedenti, evocando la necessità di un rinnovamento dei singoli ruoli processuali, al fine di avvicinare esigenze processuali ed esigenze vocazionali².

2. UNA NUOVA CULTURA PER UNA NUOVA IDENTITÀ DEL PATRONO ECCLESIASTICO

2.1. Nuovo dovere del patrono: cogliere un conflitto dietro una controversia

Dovere del patrono non è solo saper preparare processi ecclesiali, ma anche, e prima di tutto, saper individuare e gestire i conflitti vocazionali su cui si genera ogni determinata controversia giuridica. Dietro ogni controversia canonica è sempre in gioco, anche solo simbolicamente e mediamente, la capacità di relazionarsi da cristiani e non semplicemente da uomini. Non si può realisticamente dirigere l'esercizio del diritto di difesa al servizio del bene integrale della persona (e non del suo mero interesse) se non si sa cogliere quale è il conflitto vocazionale che emerge dalla controversia giudiziale.

A titolo esemplificativo, si può ricordare che nello stesso diritto di famiglia italiano sta acquistando peso e rilievo la necessità che all'avvocato si riconosca un ruolo non rinchiuso entro i confini della certezza del diritto, ma responsabile anche del conflitto familiare. Si pensi al fatto che l'avvocato matrimonialista viene da più parti chiamato a perfezionare le proprie competenze con una formazione psico-socio-pedagogica e si prendano in considerazione anche istituti come la pratica collaborativa, la negoziazione assistita ed il rito partecipativo, i quali stanno togliendo all'avvocato la cosiddetta *litigator's mask* (la maschera litigiosa), per affidargli il ruolo di risolutore della lite e di responsabile del suo esito, a tal punto che si invoca una vera e propria conversione dell'assistenza: da tutela di un interesse, a tutela del bene dell'assistito³.

² Cfr. A. CENCINI-A. MANENTI, *Psicologia e teologia*, Bologna 2015.

³ M. N. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano 2015, p. 199.

2.2. *Nuovo onere del patrono: conoscere la pastorale vocazionale*

La necessità di mettere in relazione la controversia con i conflitti che ne fanno da sfondo onera il patrono a completare la sua formazione giuridica con le discipline proprie della pastorale vocazionale: l'antropologia della vocazione cristiana, l'antropologia della vocazione matrimoniale, la teologia nuziale, l'accompagnamento e discernimento della vocazione matrimoniale, l'accompagnamento e discernimento della crisi coniugale. Questa formazione non trasforma il patrono in terapeuta o padre spirituale, ma certamente lo abilita ad usare il diritto con una migliore attenzione antropologica, quella ispirata alla vocazione cristiana.

2.3. *Nuovo diritto del patrono: essere riconosciuto come un soggetto della pastorale vocazionale*

La consulenza e la preparazione di una causa canonica sono sempre attività pastorali, sia se condotte da appositi uffici sia se condotte da patroni, perché se così non fosse sarebbe come non ritenere pastorale l'attività di consulenza e preparazione di una causa quando è svolta dai patroni. Il processo non sarebbe autenticamente in un continuum, e quindi in relazione, con la pastorale vocazionale se non ne condividesse anche delle figure. Una modalità relazionale solo per oggetti o per sostanze è monca, e si completa solo diventa una relazione anche tra soggetti. Il patrono risulta essere l'unico soggetto ponte tra la pastorale vocazionale ed i processi, per la triplice veste che il suo ruolo può assumere (pastorale-pregiudiziale – per la consulenza –, pastorale-extragiudiziale – per il sostegno nel corso del processo – e pastorale-giudiziale – per il mandato ricevuto), che come tale incarna e concretizza il principio della prossimità prima evocato.

2.4. *Nuova facoltà del patrono: farsi accompagnatore*

Il patrono è invitato a qualificare la propria professionalità in modo nuovo, non più come avvocato nel senso statutale del termine, ma più precisamente come accompagnatore. Non si tratta semplicemente di guadagnare uno spazio di azione extra giudiziale (ossia imparare a seguire un conflitto ecclesiale), ma anche di perfezionare ed elevare le esigenze processuali (del contenzioso

giudiziale) a quelle vocazionali⁴. L'accompagnamento è un istituto tipicamente ecclesiale fondato e qualificato dall'antropologia della vocazione cristiana, volto a cogliere, interpretare e gestire la peculiarità vocazionale di un conflitto ecclesiale. L'accompagnamento è un istituto profondamente diverso dalla mediazione: diverso nei presupposti (perché non si tratta di mediare tra due persone, ma tra due persone, da un lato, ed il valore cristiano del loro agire, dall'altro), diverso nel metodo (che è interamente sviluppato sull'antropologia della vocazione cristiana), diverso negli obiettivi (non si cercano soluzioni condivise, ma si aspira a consegnare al conflitto un senso che sia antropologicamente fondato), diverso nelle conseguenze giuridiche (l'accompagnatore non è una figura altra rispetto il giurista, ma è quel giurista che usa il diritto in modo antropologicamente funzionale)⁵.

CONCLUSIONI

Conversione, integrazione psico-spirituale, accompagnamento e discernimento diventano oggi, senza snaturarne la natura giuridica, il nuovo volto del processo, il nuovo ritmo del rapporto giuridico processuale, il nuovo tono dell'istruttoria. Il patrono ecclesiastico, conseguentemente, deve essere inteso secondo uno stereotipo nuovo, che non è più quello dell'avvocato civilista specializzato in diritto canonico, ma piuttosto quello del canonista specializzato in pastorale vocazionale⁶.

⁴ Cfr. P. BUSELLI MONDIN, *Processo al processo canonico di nullità matrimoniale*, «Ius Ecclesiae» (2015) 61-81.

⁵ Cfr. A. MANENTI, *Comprendere e accompagnare la persona umana. Manuale teorico e pratico per il formatore psico-spirituale*, Bologna 2013.

⁶ Cfr., P. BUSELLI MONDIN, *L'avvocato come accompagnatore*, in «Apollinaris» LXXXX (2017) 1, pp. 89-113.

IL NECESSARIO CONTRIBUTO DEI FEDELI PER LA BUONA AMMINISTRAZIONE ECCLESIASTICA

Javier Canosa*

SOMMARIO: 1. Il contributo dei fedeli all'amministrazione ecclesiastica: quale cambiamento si è verificato lungo gli ultimi cento anni? – 2. Il contributo primario determinato dalla presenza dei fedeli e la sua efficacia per la buona amministrazione. – 3. L'importanza dei contributi consapevoli dei fedeli per la buona amministrazione. – 4. Conclusione.

1. IL CONTRIBUTO DEI FEDELI ALL'AMMINISTRAZIONE ECCLESIASTICA: QUALE CAMBIAMENTO SI È VERIFICATO LUNGO GLI ULTIMI CENTO ANNI?

È quasi un luogo comune affermare che, nell'impianto del governo ecclesiastico all'epoca della promulgazione del Codice piano benedettino, i fedeli si limitavano ad essere sudditi mentre la responsabilità della guida delle comunità strutturate ricadeva quasi esclusivamente sulla gerarchia, la quale, mediante un'adeguata organizzazione, reggeva in questa maniera la *societas Ecclesiae*.

Il mutamento del contesto ecclesiologicalo e canonico operato poi lungo l'ultimo secolo ha determinato dei cambiamenti e, fra questi, ha favorito uno sviluppo che, senza separarle, vede diverse articolazioni del governo ecclesiale, delle quali una è l'amministrazione intesa non in quanto attività di gestione patrimoniale o come insieme dei necessari compiti burocratici ma come funzione di governo¹. L'amministrazione, conosciuta anche come funzione amministrativa, con il significato ora indicato esprime, che «la Chiesa, in quanto corporazione visibile, si avvale di un complesso multiforme di competenze e di attività volte a perseguire in modo immediato gli scopi naturali e soprannaturali dell'istituzione, a curare la gestione del patrimonio spirituale e

* Pontificia Università della Santa Croce.

¹ Cfr., ad esempio, riguardo tale uso del termine "amministrazione", il n. 4 della nota del PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *La funzione dell'autorità ecclesiastica sui beni ecclesiastici*, 12 febbraio 2004, in «Communicationes» 36 (2004) 24-32.

materiale del popolo di Dio e a provvedere ai bisogni individuali e collettivi dei fedeli»².

Si tratta, dunque, di organizzare la disposizione delle risorse necessarie per la vita cristiana nel miglior modo possibile e, proprio a questo scopo, l'autorità responsabile è chiamata a svolgere tale servizio nel rispetto della legge senza che ciò implichi che la funzione amministrativa si riduca alla mera esecuzione della norma legale giacché detta funzione comprende pure una ponderazione complessiva dei problemi e delle esigenze, che va oltre la semplice applicazione della normativa al caso particolare. È quindi ragionevole che chi svolge la funzione amministrativa goda di un margine di azione, e che disponga della giusta libertà nel valutare gli obiettivi da raggiungere in ordine al bene comune e nella scelta riguardante i mezzi adatti per procurarlo.

Sebbene la possibilità di agire con flessibilità non determini un'assimilazione dell'autorità amministrativa alla figura del proprietario dal momento che, per il pubblico amministratore, il nesso di servizio che lo lega al bene di tutti è assai diverso da qualsiasi tipo di rapporto di dominio, d'altro canto, l'autorità che compie la funzione amministrativa, per attivare la reale promozione degli interessi pubblici, non può prescindere dai beni concreti e pratici da procurare. Accade dunque che, dipendendo dal modo più o meno virtuoso in cui avvenga l'armonizzazione dei beni coinvolti, le scelte specifiche di amministrazione possono essere valutate secondo un livello variabile di qualità che consente di distinguere fra "mera amministrazione" e "buona amministrazione".

L'espressione "buona amministrazione", usata pacificamente anche nell'esperienza giuridica secolare³, richiama una funzione veramente amministrativa, che sia cioè in grado di *servire* efficacemente (così vuole il termine originario latino *ministrare*) i beni affidati.

² Vid. I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonía della Chiesa*, Napoli, 2005, p. 3. Della funzione amministrativa si è trattato ampiamente durante il XIV Congresso Internazionale di Diritto Canonico tenutosi a Varsavia dal 14 al 18 settembre 2011; per gli atti, cfr. J. WROCEŃSKI, M. STOKŁOSA (a cura di), *La funzione amministrativa nell'ordinamento canonico*, Varsavia, 2012.

³ Cfr., ad esempio, J. PONCE, *Good Administration and Administrative Procedures*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 12 (2005) 551-588; L. MEMBIELA, *La buena administración en la Administración general del Estado*, «Actualidad administrativa», 16 (2007) 405-414; L. VANDELLI (ed.), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano 2009; A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e i profili sulla sua giustiziabilità*, Torino 2012; L. AZOULAI, L. CLÉMENT-WILZ, *La bonne administration*, in J-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (eds.), *Traité de droit administratif européen*, Louvain-la-Neuve 2014², pp. 651-678; E. CHEVALIER, *Bonne administration et Union européenne*, Louvain-la-Neuve, 2014; C. E. DELPIAZZO, *La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados*, in «Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay» 9 (10-2014) 41-57.

La risposta alla domanda circa quali siano gli elementi necessari affinché si produca il passaggio dallo stadio di sufficienza della mera amministrazione alla soglia qualitativa che costituisce la buona amministrazione, contiene sicuramente l'elemento della partecipazione dei fedeli fra i fattori agenti. Detto in un altro modo, un'attività amministrativa ecclesiastica in grado di servire, che sia pertanto esercizio di una diaconia continuativa, non può prescindere dall'intervento – nel modo opportuno e adeguato alla fattispecie – dei fedeli, i quali, pur senza far parte del corpo della pubblica amministrazione ecclesiastica, contribuiscono efficacemente al migliore esito della sua attività.

Ulteriori questioni che ora vengono poste, e che tengono conto della menzionata cornice, sono specificamente le seguenti: perché oggi risulta necessario, come essenziale per la buona amministrazione nella Chiesa, il contributo dei fedeli e, a differenza della situazione di cento anni fa, perché non è concepibile il contrario, cioè, che possa darsi buona amministrazione senza contare sul contributo dei fedeli?

La rinnovata impostazione ecclesiologicala all'origine di tale cambiamento trova un'espressione sintetizzata nel primo paragrafo del can. 204 CIC, che riprende l'insegnamento della costituzione conciliare *Lumen Gentium*, laddove si afferma che, mediante il battesimo, avviene l'incorporazione a Cristo dei fedeli che quindi "sono costituiti popolo di Dio e perciò, resi partecipi nel modo loro proprio della funzione sacerdotale, profetica e regale di Cristo, [e] sono chiamati ad attuare, secondo la condizione propria di ciascuno, la missione che Dio ha affidato alla Chiesa da compiere nel mondo".

Sebbene la condizione propria di ciascun fedele determini il modo di attuare la missione della Chiesa e perciò è chiaro che la corresponsabilità ecclesiale non significa che tutti i fedeli possano svolgere le stesse funzioni in maniera indifferenziata, tuttavia la comune condizione e missione impegna certamente tutti a discernere come, nelle funzioni ecclesiali che ciascuno è chiamato a svolgere, possano o anzi debbano intervenire utilmente gli altri e quali dovrebbero essere le modalità di tale apporto. In questo senso, il dovere assegnato dalla Chiesa alle autorità che esercitano la funzione amministrativa include la conoscenza degli aspetti della loro responsabilità per i quali è richiesta la collaborazione degli altri fedeli.

Teoricamente, la gerarchia, che diventa pubblica amministrazione ecclesiastica quando svolge la funzione amministrativa⁴, potrebbe fare da sola, ma la coscienza della dimensione diaconale insita nella funzione di governo fa sì che, appunto per servire meglio, la cura del bene comune non si faccia

⁴ Cfr. E. LABANDEIRA, *Trattato di Diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, p. 130.

dependere esclusivamente dalla sola capacità di discernimento dell'autorità, in modo tale che la scelta più adeguata ai beni ecclesiali non provenga unicamente dalla perizia, dall'esperienza, dalla buona fede e dal retto criterio del titolare della funzione. La titolarità, e la conseguente responsabilità del provvedimento finale, non soltanto non esclude, ma richiama l'adeguata partecipazione degli altri fedeli nell'emanazione delle decisioni amministrative. Tale appello alla partecipazione scaturisce dalla riscoperta della dignità di ogni battezzato e dal riconoscimento dei diritti dei fedeli nonché dall'attuazione reale della natura ministeriale in ogni autorità della Chiesa, specie nell'esercizio della funzione amministrativa.

Una, fra le diverse conseguenze di siffatta realtà, è la volontà di ridurre drasticamente gli ambiti operativi del governo del tipo *ex informata conscientia*, in cui la legittimazione dei provvedimenti dipende, quasi esclusivamente, della conformità alla legge dell'attribuzione dell'incarico al titolare della funzione, senza che tuttavia venga richiesta una tracciabilità del procedimento delle decisioni né una esternazione dei motivi che giustifichi ragionevolmente i provvedimenti, con i possibili inconvenienti che ne possono derivare: non minore quello di sollevare facilmente sospetti di arbitarietà e, perciò, di ostacolare la dovuta comunione con i pastori.

Quando invece si conta sul contributo dei fedeli per l'amministrazione ecclesiastica, allora si promuovono le condizioni affinché il bene ecclesiale venga favorito in maggior misura. Siffatta collaborazione riflette un aspetto della cooperazione all'edificazione del Corpo di Cristo (cfr. can 208 CIC) ma anche della comunione del Popolo di Dio (cfr. can 209 CIC).

Il contributo dei fedeli, se è adeguato, vivifica l'esercizio dell'autorità, impostando la buona amministrazione nel mantenere vigile nei governanti la responsabilità di servire, prevenendo così situazioni di astensione ingiustificata o di omissione negligente da parte dei pastori, e ricordando loro che il bene comune non prescinde dai beni dei singoli, beni che pure devono interessare l'amministrazione ecclesiastica, la quale, nell'occuparsi delle diverse situazioni, esprime la fede e la carità tramite un atteggiamento verso le persone che tenga conto della dignità dei figli di Dio, propria dei fedeli amministrati. Tale contributo primario offerto dalla sola presenza dei fedeli, che per questa ragione potrebbe essere chiamato "contributo di presenza", favorisce la buona amministrazione nella misura in cui l'autorità che è chiamata a intervenire ha la consapevolezza, e così lo dimostra nelle azioni che intraprende, della responsabilità giuridica assunta davanti ai fedeli.

2. IL CONTRIBUTO PRIMARIO DETERMINATO DALLA PRESENZA DEI FEDELI E LA SUA EFFICACIA PER LA BUONA AMMINISTRAZIONE

In tale ambito, è caratteristica della buona amministrazione la sensibilità verso i bisogni dei fedeli, il prendere in considerazione i non rappresentati, i deboli, i senza voce, quelli che arriveranno dopo, adoperando in modo virtuoso la discrezionalità, con le giuste formalità e, allo stesso tempo, con la flessibilità necessaria. Infatti, tutte le formalità procedurali dell'amministrazione ecclesiastica trovano la loro giustificazione nel servizio effettivamente prestato, ragion per cui, nel rispetto della normativa canonica applicabile, tali procedure devono essere quelle adeguate⁵; è in tal modo che soddisfano i requisiti derivanti dal rapporto di giustizia stabilito tra i titolari della potestà di governo e i destinatari delle attività che tali autorità esercitano⁶.

3. L'IMPORTANZA DEI CONTRIBUTI CONSAPEVOLI DEI FEDELI PER LA BUONA AMMINISTRAZIONE

Oltre al contributo "di presenza" dei membri della Chiesa, la buona amministrazione richiede interventi consapevoli dei fedeli, diretti e indiretti, mediante i quali l'amministrazione si arricchisce, ad esempio, grazie ai doni carismatici, che edificano la Chiesa e grazie a delle manifestazioni di scienza, di opinione e di volontà dei membri della compagine ecclesiale.

Molti contributi consapevoli dei fedeli provengono dall'esercizio del diritto di petizione, che prevede "la possibilità d'ogni fedele di chiedere ai sacri Pastori – vale a dire, alla pubblica amministrazione della Chiesa – ciò che giudichi necessario o conveniente per realizzare le esigenze della sua vocazione cristiana e della sua specifica funzione ecclesiale"⁷. L'esercizio del diritto di petizione contribuisce alla buona amministrazione anche perché presuppone una serie di rapporti atti a rafforzare un sano clima di conoscenza e fiducia reciproche fra fedeli e autorità⁸.

⁵ Nelle parole di un autore francese, pioniere del diritto amministrativo canonico, «les formalités de procédures jouent le rôle de cadres et de routes plaçant et maintenant l'Administrateur dans la constante perspective de la constitution et des buts propres de l'Eglise et par le fait même en présence et en préoccupation du seul service de l'intérêt général chrétien.» (J. F. NOUBEL, *Procédures administratives éparses dans le Code de Droit Canonique non rassemblées dans la III Partie du Livre IV*, in «Revue de Droit Canonique» 7 [1957] 137-161, p. 145).

⁶ Cfr. C. J. ERRÁZURIZ M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. I. Introduzione. I soggetti ecclesiali di diritto*, Milano 2009, pp. 338-349.

⁷ Cfr. Á. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa*, Milano 1999, pp. 125-126.

⁸ Cfr. D. LE TOURNEAU, *Petición (derecho de)*, in J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO (a cura di),

Derivati dal diritto di petizione, acquistano enorme rilevanza alcuni importanti strumenti procedimentali e processuali, quali l'esercizio del diritto di difesa, l'esercizio del diritto al ricorso e l'esercizio di altri diritti dei fedeli che richiedono in ambito amministrativo ecclesiale una legittimazione che però «non viene più definita in rapporto ai diritti e doveri della vita religiosa o di culto che appartengono in generale a tutti i fedeli, ma viene impostata in base alla condizione specifica di membro di una comunità cristiana e per tale qualità possessore di un titolo particolare per far valere il rispetto delle norme che garantiscono la conservazione e l'esercizio delle situazioni giuridiche comprese in questo status»⁹. Fra le possibilità che offre questo titolo si includono tanto la richiesta di revoca del provvedimento della pubblica amministrazione ecclesiastica e la conclusione di un accordo pacifico con l'autorità responsabile dell'atto amministrativo dopo un'iniziale volontà di impugnare la decisione come anche la prosecuzione delle vie gerarchica e giurisdizionale dei ricorsi.

Occorre comunque "distinguere bene i diversi titoli con cui si può intervenire nella formazione di un atto amministrativo (informatore, consulente, corresponsabile della decisione, esecutore materiale) e quindi si potrà delimitare correttamente le responsabilità di ognuno. Fa parte del buon governo poter determinare le responsabilità di tutti quelli che vi intervengono"¹⁰, dato che frequentemente i fedeli contribuiscono alla buona amministrazione con una responsabilità giuridica che non è immediata rispetto alla decisione che verrà presa dall'autorità ecclesiastica.

Altri contributi, inquadrabili ancora nel gruppo degli interventi consapevoli dei fedeli sono quelli voluti attivamente dall'autorità della Chiesa per propiziare la buona amministrazione, che si fondano su un vincolo diverso dal legame fondamentale di appartenenza del fedele cristiano alla Chiesa. Siffatta relazione giuridica, non necessariamente contrattuale, garantisce una soglia di interventi consapevoli che favoriranno il necessario discernimento per la presa delle decisioni da parte dell'autorità amministrativa e allontaneranno il rischio di eventuali arbitrarie o decisioni imprecise dal punto di vista della dovuta conoscenza della realtà. In questo senso, basti pensare all'importanza dei periti per determinare fatti o stabilire la natura di una questione, ma anche all'apporto dei differenti organi consultivi, che sono stati predisposti e sono funzionanti nei

Diccionario General de Derecho Canónico, vol. VI, Cizur Menor 2012, pp. 204-207.

⁹ Vid. I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere "uti fideles" per la tutela dei diritti comunitari*, in AA.Vv., *Diritto "per valori" e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino 1996, p. 431.

¹⁰ Vid. E. BAURA, *Il "buon governo": diritti e doveri dei fedeli e dei pastori*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Il governo nel servizio della comunione ecclesiale*, Milano, 2017, pp. 14-15. Cfr. anche J. I. ARRIETA, *Il processo decisionale nella Chiesa*, in «Il Regno-Documenti» 11/2012, pp. 354-361.

diversi livelli dell'amministrazione ecclesiale, e all'interno dei quali agiscono dei fedeli.

4. CONCLUSIONE

Da una parte, l'Amministrazione, che provvede alla cura degli interessi pubblici e gode di una presunzione di legittimità nel suo agire, è consapevole che tale affidamento non equivale a esclusività e che presunzione di legittimità non sempre si identifica con garanzia di buona amministrazione e perciò l'Amministrazione è tenuta a cercare, nei modi adeguati, il contributo dei fedeli.

Dall'altra parte, i fedeli sanno che ciascuno compie una diversa funzione nell'attuare la missione della Chiesa e non dimenticano che devono dare il giusto contributo per lo svolgimento della funzione amministrativa in modo che divenga sempre *buona amministrazione*.

L'INQUADRAMENTO SISTEMATICO DEL DIRITTO COSTITUZIONALE CANONICO NEL CIC 1917

Massimo del Pozzo*

SOMMARIO: 1. L'impronta costituzionalistica soggiacente al metodo codiciale. – 2. La prospettiva materiale della "idea costituzionale" soggiacente al CIC 17. – 3. La prospettiva formale della strutturazione societaria emergente dal CIC. 3.1. Il centralismo. 3.2. L'autoritarismo. 3.3. Il clericalismo. – 4. La restrizione costituzionalistica piano-benedettina.

1. L'IMPRONTA COSTITUZIONALISTICA SOGGIACENTE AL METODO CODICIALE

L'intento di questa comunicazione è di enucleare l'idea costituzionale che emerge dal *Codex Iuris Canonici* 1917. Si tratta evidentemente di ricostruire solo la *costituzione sostanziale* sottostante al disegno legislativo. L'incidenza di una precisa visione canonico-ecclesiologica (la concezione della *societas inaequalis*) nella configurazione, strutturazione e organizzazione della comunità ecclesiastica tuttavia è piuttosto chiara e definita.

Interessa in primo luogo sottolineare che la prospettiva costituzionalistica (per prospettiva costituzionalistica intendiamo qui la *gerarchizzazione della giuridicità canonica*¹) non è per nulla estranea all'orizzonte codiciale. La scelta istituzionale di un intervento legislativo di portata globale e, soprattutto, di natura ordinaria non esclude infatti la speciale rilevanza di principi e criteri strutturali della società ecclesiastica. Il ruolo del diritto divino tra l'altro è il cardine o il caposaldo indiscusso dell'intero sistema. L'apparente contrasto tra la previsione di una normazione comune e indifferenziata soggiacente al codice e l'individuazione del piano primario e fondamentale legato alla logica costituzionale riteniamo si superi andando ai presupposti e alla radice del sistema.

Qualunque intervento normativo ha una portata *lato sensu* costituzionale, nel metodo codiciale (soprattutto se unitario ed esclusivo) tuttavia vi è eviden-

* Pontificia Università della Santa Croce.

¹ Per l'inquadramento epistemologico cfr. in generale M. DEL POZZO, *Introduzione alla scienza del diritto costituzionale canonico*, Roma 2015, pp. 19-86.

temente un'accentuazione dell'intento di schematizzazione e sintesi concettuale della realtà giuridica. Nel CIC del 1917 si nota inoltre il chiaro disegno di definire e fissare compiutamente il quadro istituzionale. L'ambizione e una certa ingenuità nella redazione del testo rafforza anzi la spinta all'esplicitazione positiva della consolidazione storica dell'esperienza giuridica della Chiesa. Il Codice nell'*intentio* dei redattori (il Gasparri *in primis*²) più che come uno strumento dell'*Ecclesia iuris* (l'ecclesiologia giuridica è probabilmente quella dominante fino all'inizio del ventesimo secolo³) si presenta come una sorta di manifesto e propaganda del significato e valore della tradizione canonica⁴. Benché l'istanza di modernizzazione e razionalizzazione dell'apparato legale, che sembra aver guidato l'impostazione del piano di lavoro e le scelte sistematiche, ha indotto a privilegiare una logica formale e distributiva della materia rispetto a un'articolazione più matura ed evoluta del dettato, non manca un preciso e perentorio criterio di classificazione (la declinazione della *potestas ordinis* e *iurisdictionis*) e di disposizione (la concezione per stati canonici). La gerarchia sostanziale della normativa coincide con la gerarchia istituzionale della Chiesa. La costituzione gerarchica della Chiesa è l'indiscusso fulcro o nucleo del codice piano-benedettino.

2. LA PROSPETTIVA MATERIALE DELLA "IDEA COSTITUZIONALE" SOGGIACENTE AL CIC 17

Il limite più evidente e sentito è la riduzione del profilo costituzionale alla *costituzione gerarchica della Chiesa*. Al centro dell'ordinamento canonico non ci sono dunque prioritariamente i diritti dei fedeli o i beni salvifici, ma l'autorità e l'assetto del potere. Delineata la struttura del testo principalmente secondo l'ordine delle istituzioni⁵, la configurazione soprattutto dei soggetti (ma anche delle cose e delle azioni) segue un'impronta fortemente gerarchica. La Chiesa è presentata essenzialmente come *societas hierarchica et inaequalis*. La prospettiva potestativa non solo informa l'individuazione delle funzioni e degli uffici ma regola tutta la vita della comunità cristiana. Le circoscrizioni ecclesiastiche,

² Per il ruolo svolto dal Card. Gasparri, cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica. II. Il Codex iuris canonici (1917)*, Milano 2008, pp. 906-917 (*Il ruolo di Gasparri: autore, redattore o coordinatore?*); F. ROBERTI, *Il Cardinal Pietro Gasparri: l'uomo, il sacerdote, il diplomatico, il giurista*, in «Apollinaris» 23 (1960) 35-40.

³ Pur con alcune riserve e perplessità cfr. A. ACERBI, *Due ecclesiologie. Ecclesiologia giuridica ed ecclesiologia di comunione nella «Lumen Gentium»*, Bologna 1975.

⁴ È indicativa al riguardo anche la successiva pubblicazione delle fonti (G.G. SERÉDI, *Codicis iuris canonici fontes*, I-IX, Romae 1926-1939).

⁵ Nelle intitolazioni e scansioni comunque si segue in parte l'ordine e la disposizione delle decretali.

la vita religiosa e le associazioni non a caso sono assorbiti nella sfera autoritaristica. Il criterio soggettivo (legato prevalentemente alle attribuzioni del clero) identifica e modula insomma lo svolgimento delle relazioni sociali. In quest'ottica il pastore o il superiore prevale sul gregge e sulla comunità, il governo sulla partecipazione, il controllo sull'iniziativa e così via. Il Codice in definitiva mira a preservare e garantire proprio l'ordine costituito.

L'impianto codiciale dunque più che ripensare o strutturare l'assetto sociale ha inteso distribuire e ordinare la disciplina esistente secondo la concezione giuridica più semplice e diffusa. Il pregio e il valore della prima codificazione d'altronde sta nella formulazione e armonizzazione del disposto più che nel piano e nello schema generale. Il difetto principale della precedente sistemazione normativa consiste allora nella *subalternità culturale* e nella scarsa pregnanza della specificità e originalità dello *ius canonicum*. I beni e gli istituti canonici vengono inseriti nelle tipiche categorie romanistiche e civilistiche. Più delle supposte insufficienze o carenze d'impostazione⁶, spiccano comunque le *assenze o lacune*. Il profilo costituzionale risulta insomma povero e scarno. I pilastri contemporanei dello *ius constitutum Ecclesiae* (i diritti dei fedeli e l'organizzazione ecclesiastica⁷) presentano entrambi omissioni e insufficienze.

3. LA PROSPETTIVA FORMALE DELLA STRUTTURAZIONE SOCIETARIA EMERGENTE DAL CIC

Le più immediate chiavi di lettura della struttura ecclesiastica primaria del CIC 1917 possono agevolmente essere rapportate al *centralismo*, all'*autoritarismo* e al *clericalismo*. Si tratta di profili integranti e concorrenti che manifestano una visione abbastanza compatta e coerente, ancorché rigida e ristretta, della compagine ecclesiastica. Le inevitabili connessioni e sovrapposizioni tra i tre aspetti indicano peraltro sfere di progressiva determinazione o specificazioni dell'univoco e monolitico assetto costituzionale.

3.1. Il centralismo

La *progressiva centralizzazione* del governo ecclesiastico è un fenomeno che caratterizza tutto il secondo millennio cristiano (parallelamente con l'ascesa del papato) e si accentua dopo Trento (si pensi al ruolo sempre più assorbente della Curia). Il *Codex* non fa che registrare l'accentramento istituzionale coro-

⁶ L'impianto del sistema delle istituzioni è tipicamente privatistico e patrimonialistico.

⁷ Cfr. J. HERVADA, *La dignidad y libertad de los hijos de Dios*, in «Fidelium Iura» 4 (1994) 28.

nato e suggellato nella speculazione successiva al Vaticano I. L'impostazione codiciale segna forse il punto più alto del processo di centralizzazione⁸. La logica binaria della giurisdizione (suprema potestà, potestà episcopale⁹), pur senza esplicitarlo troppo formalmente, esalta proprio il ruolo del Romano Pontefice. Il *De suprema potestate* non presenta infatti la configurazione bipartita e complementare attuale (Romano Pontefice e Collegio dei Vescovi) ma un univoco punto di riferimento¹⁰. Fermo restando l'indiscusso ruolo del Concilio ecumenico, la mancata chiara individuazione del Collegio episcopale come organo stabile e concomitante, riserva al Papa l'esclusiva responsabilità del governo centrale. L'autorità suprema e universale si concentra dunque attorno alla figura del Successore di Pietro. Il papato, oltre che il vertice dell'ordine ecclesiale, è il nucleo e il fulcro dell'intero sistema potestativo. Anche la potestà episcopale, benché non ridotta alla vicarietà primaziale, rappresenta l'espressione di una capitalità locale, circoscritta e subordinata¹¹. Manca evidentemente la percezione dell'originarietà e congenita universalità dell'*ordo* episcopale e la portata misterica della Chiesa particolare (non si tratta di una mera circoscrizione territoriale). Più della lampante preponderanza del Romano Pontefice spicca comunque l'incisività della potestà primaziale nella determinazione del governo periferico. L'organizzazione ecclesiastica, salvo appunto la *potestas episcopalis*, viene ricondotta nel seno della potestà suprema. Non solo le giurisdizioni vicarie della Sede Apostolica (Vicari, Prefetti e Amministratori Apostolici), ma anche la configurazione di Patriarcati, Primazie e Metropoli rientrano nelle attribuzioni di guida e direzione della Prima Sede¹². Parimenti i concili plenari e provinciali sono attratti nella sfera non tanto di supervisione

⁸ La centralizzazione e la decentralizzazione nella Chiesa non possono evidentemente essere assolute ma sono variabili storicamente (cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, p. 227; il quale tra l'altro concludeva: «Negli ultimi anni – dopo un periodo di forte centralismo – s'è affermata la tendenza verso un'organizzazione più decentralizzata»).

⁹ La Sec. II. *De clericis in specie* è distinta proprio in ragione della potestà in due titoli: Titulus VII. *De suprema potestate deque iis qui eiusdem sunt ecclesiastico iure participes*; Titulus VIII. *De potestate episcopali deque iis qui de eadem participant*.

¹⁰ Si pensi soprattutto all'attuale can. 330 CIC 1983 che funge da inquadramento di fondo dell'Autorità suprema. A proposito delle diverse teorie circa la titolarità cfr. MOLANO, *Derecho constitucional canónico*, Pamplona 2013, pp. 292-296.

¹¹ Cfr. al di là del tenore del can. 108 § 3 e del can. 329 § 1. («Episcopi sunt Apostolorum successores atque ex divina institutione peculiaribus ecclesiis praeficiuntur quas cum potestate ordinaria regunt sub auctoritate Romani Pontificis»), O. CONDORELLI, *La recezione della tradizione nella codificazione latina. Il caso del potere dei vescovi*, in *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, a cura di E. BAURA, N. ÁLAVAREZ DE LAS ASTURIAS, T. SOL, A. Milano 2017, pp. 121-168.

¹² Non si tratta solo dell'erezione delle circoscrizioni e della nomina dei titolari ma della stessa individuazione e legittimazione della figura.

e controllo quanto di autorizzazione e iniziativa dell'autorità centrale¹³. Sembra sfuggire quindi un'autonoma capacità di coordinamento e collaborazione pastorale interepiscopale¹⁴. Il livello sovradiocesano è considerato in pratica un'emanazione o, piuttosto, una concessione dell'autorità suprema non un'espressione inerente alla collegialità o alla potenzialità aggregante della Chiesa particolare. L'iniziativa della Sede Apostolica non giunge peraltro a configurare specifiche strutture di supporto o integrazione della pastorale ordinaria.

3.2. L'autoritarismo

La struttura ecclesiastica ha inoltre un'impostazione spiccatamente autoritaria o, più propriamente, *potestativa*¹⁵. Considerata la forte impronta istituzionale dell'ordinamento costituzionale, il principale criterio di svolgimento dell'azione e missione della Chiesa è la funzione di guida e direzione della comunità. Il vero e indiscusso protagonista dell'opera di evangelizzazione nella *mens* dei codificatori è d'altronde proprio la gerarchia (intesa in senso personale)¹⁶. Il ricorrente concetto di potestà peraltro non esalta tanto la finalità altruistica e solidale del mandato quanto la esclusiva prerogativa di comando *nomine Christi*¹⁷. Si è ancora abbastanza lontani insomma da una concezione ministeriale e diaconale della preposizione gerarchica. Il fattore identitario della *congregatio fidelium* è rapportabile in pratica alla derivazione e dipendenza dalla successione apostolica più che all'incorporazione vitale con Cristo nello Spirito. La responsabilità direttiva configura e assicura l'obbedienza della fede e l'esercizio

¹³ Cfr. ad es. i cann. 281 («Ordinarii plurium provinciarum ecclesiasticarum in Concilium plenarium convenire possunt, petita tamen venia a Romano Pontifice, qui suum Legatum designat ad Concilium convocandum eique praesidendum») e 291. Per un riscontro della legislazione attuale al riguardo con alcune notazioni o riferimenti storici, cfr. P. VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, Città del Vaticano 2013, pp. 104-107.

¹⁴ I raggruppamenti di Chiese particolari non assumono un'autonoma consistenza e giustificazione teorica. La dimensione universale dell'episcopato, sulla scia della *Lumen gentium*, com'è noto, è stata sviluppata considerevolmente da: GIOVANNI PAOLO II, m. p. *Apostolos suos*, 21 maggio 1998, in «AAS» 90 (1998) 641-658; IDEM., es. ap. *Pastores gregis*, 16 ottobre 2003, in «AAS» 96 (2004) 825-924; CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, dir. *Apostolorum successores*, per il ministero pastorale dei Vescovi, 22 febbraio 2004, Città del Vaticano 2004.

¹⁵ Non è casuale che l'autorità suprema ed episcopale siano considerate principalmente attraverso il fattore potestativo e direttivo.

¹⁶ «La codificazione post-conciliare realizza, rispetto alla precedente, "il cambiamento d'identità del soggetto protagonista", sostituendo al clero il fedele» (G. FELICIANI, *Il popolo di Dio*, Bologna 1991, p. 9).

¹⁷ «Omnes fideles debent clericis, pro diversis eorum gradibus et muneribus, reverentiam, sequi sacrilegii delicto commaculant, si quando clericis realem iniuriam intulerint» (can. 119).

della carità. È abbastanza sintomatico che la partecipazione non sia riferita ai *tria munera Christi* ma proprio al fattore potestativo¹⁸. Nella compressione della componente personale e pastorale dell'organizzazione ecclesiastica, il criterio territoriale funge da elemento esclusivo di riferimento e delimitazione del governo¹⁹. L'ipotesi di specifiche giurisdizioni extradiocesane per il servizio dei fedeli chiaramente non viene ancora preso in considerazione.

3.3. *Il clericalismo*

Abbiamo già accennato come l'intero trattato sulla potestà si inserisca nella *Sectio II. De cleris in specie*. L'ampiezza e approfondimento di questo profilo di "specialità" indica peraltro come la relativa disciplina in realtà non sia una precisazione o puntualizzazione ma l'elemento centrale e identificativo del sistema ecclesiale. Anche l'ordine di presentazione delle tre parti del *Liber secundus* (*Pars prima. De clericis; Pars secunda. De religiosis; Pars tertia. De laicis*) è indicativo e sintomatico non solo della preminenza dello stato clericale ma della sua pregnanza nella concezione del popolo di Dio. Mentre le altre *condiciones* appaiono scollegate o piuttosto marginali, l'*ordo* è dominante e caratterizzante nell'impianto societario. La formula *ordo-plebs* quindi si manifesta soprattutto nella valenza elitaria e segregante²⁰. L'esposizione delle circoscrizioni ecclesiastiche avviene poi attraverso le corrispondenti figure apicali (*De Patriarchis, Primatibus, Metropolitibus; De Vicariis et Praefectis Apostolicis; De Administratoribus Apostolicis; De Praelatis inferioribus, De episcopis; De Coadiutoribus et Auxiliaribus Episcoporum*; ecc.). Non è il soggetto preposto ad assumere e conformarsi alla comunità di persone affidategli, ma la collettività a "riconoscersi" nel suo Capo o pastore. Il criterio sistematico e classificatorio denota insomma un'accentuazione del carattere ordinato. Non solo l'immagine della Chiesa è fortemente potestativa, ma è legata alle prerogative e spettanze dello stato clericale. L'*ordo* si identifica in buona parte con la stessa gerarchia. La progressiva disgiunzione tra *missio canonica* e sacramento inoltre allontana l'esercizio del potere dalla necessaria

¹⁸ Ci si riferisce alla partecipazione, intesa come derivazione, sia a proposito della suprema potestà («... iis qui eiusdem sunt ecclesiastico iure participes») che della potestà episcopale («... iis qui de eadem participant»).

¹⁹ Cfr. A. VIANA TOMÉ, *Derecho canónico territorial. Historia y doctrina del territorio diocesano*, Pamplona 2002; IDEM, *Territorialidad y personalidad en la organización eclesiástica. El caso de los ordinariatos militares*, Pamplona 1992, pp. 17-64.

²⁰ Cfr. M. DEL POZZO, *La struttura "ordo-plebs" cardine del sistema costituzionale canonico*, in «Ius Ecclesiae» 26 (2014) 38-40.

matrice misterico-sacramentale²¹. Il sacramento e la successione apostolica paiono semplicemente individuare i titolari del regime e lo "stato maggiore" della Chiesa ma non delineano lo spirito e la connotazione cristologica del ministero.

4. LA RESTRIZIONE COSTITUZIONALISTICA PIANO-BENEDETTINA

Le *restrizioni* legate alla formulazione e alla ricezione del disposto codiciale sono connesse allo *stato della canonistica coeva*. Il problema costituzionale principale non è costituito dall'adozione di una "forma" impropria o ambigua o dall'appiattimento verso modelli secolari inadeguati, ma dall'insufficiente approfondimento critico del "fondo" della questione²². Paradossalmente il supposto e temuto cedimento al metodo moderno ha consolidato e irrigidito proprio la concezione tradizionale. Il *Codex* non ci pare sia "nato vecchio", è sicuramente "datato" conformemente agli espliciti intenti dei redattori, ed è invecchiato forse prematuramente per la rigidità e chiusura ermeneutica. In assenza di un dibattito o contrasto circa il paradigma ecclesiologico di riferimento era difficile d'altronde attendersi una svolta contenutistica di rilievo. Il principio codificatore per la sua intrinseca novità poteva magari ispirare più lungimiranza e ambizione, sarebbe stato tuttavia un passo troppo audace e azzardato. La logica dispositiva, ancorché ampiamente discrezionale e discussa, risponde ad una scelta e mentalità diffusa e largamente condivisa. Nell'impostazione degli schemi, la disputa e la discussione si concentrò solo sul criterio sistematico, non riguardò l'idea o il disegno costituzionale, che appariva fin troppo chiaro e definito. L'ecclesiologia societaria era un denominatore comune e costante nella formazione dei redattori²³. Pretendere un superamento della *societas inaequalis* e dell'influenza del *duo genera christianorum* sarebbe stato fuori del tempo e della storia.

L'insegnamento o invito che si può trarre dalla lezione codificatoria pertanto è a non limitarsi alla forma o logica ma ad esplorare anzitutto il fondo e la *ratio* del sistema. La scienza costituzionale canonica mira alla garanzia dei diritti

²¹ Cfr. J. HERVADA, *Le radici sacramentali del diritto canonico*, in «Ius Ecclesiae» 17 (2005) 629-658; G. LAJOLO, *Indole liturgica del diritto canonico*, in AA.Vv., *La Chiesa dopo il Concilio*, II², Milano 1972, pp. 843-860.

²² La distinzione tra "forma" e "fondo", risalente a N.M. KORKUNOV, *General Theory of Law*, rist. Washington D.C. 2000, è stata presente nel dibattito dottrinale, cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana...*, cit., pp. 1026-1033.

²³ L'ecclesiologia di riferimento assunta nella formazione e impostazione di quasi tutti gli autori non si distanzia dal manuale più largamente adottato nella Scuola romana nello scorcio dell'ottocento e fino agli inizi del novecento: G. PERRONE, *Praelectiones theologicae*, VIII (*De Ecclesia et de Romano Pontifice*), Lovanii 1843.

fondamentali e alla razionalità del governo ecclesiastico, tali intenti, se non ignorati e trascurati, risultano sicuramente secondari e sminuiti nell'inquadramento del CIC 1917.

EL PATRIMONIO PROPIO DEL RELIGIOSO EN EL CAN. 668 Y SUS EFECTOS EN EL VIGENTE CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO

Francisco Junior De Oliveira Marques, SSS
*Fernando Antônio Campos Viana**

SUMARIO: Introducción. – 1. Cesión de la administración de los bienes del futuro religioso. – 2. Disposición de uso y usufructo de los bienes cedidos. – 3. El testamento del religioso. – 4. Los bienes adquiridos por un miembro de instituto religioso. – 5. Pérdida de la capacidad de adquirir y poseer bienes. – A modo de conclusión. – Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Adorna (2006) asevera que los religiosos se encuentran bajo tanto las leyes canónicas, que les alcanza en cuanto sujetos de un estado jurídico canónico, como a las normas que el ordenamiento jurídico estatal, y en el caso específico, del Estado brasileño, establece para la pacificación de los conflictos y garantía de los derechos individuales y colectivos.

En las disposiciones legales-canónicas e infracanónicas,¹ para el patrimonio propio de los religiosos, quedase evidente las formas e instrumentos con las cuales los superiores competentes deben valerse para concretizar el fin del Instituto Religioso y la vocación de cada miembro. Sin embargo, el mismo ordenamiento jurídico canónico, sea de forma tácita u explícita, exige la reglamentación jurídica del patrimonio de los profesos a la luz de las leyes del Estado.

Siguiendo la lectura exegética de la legislación canónica, en el can. 668, hallamos cuatro diplomas legales fundantes para la regulación del derecho de los religiosos de adquirir, poseer, administrar y enajenar (Stoklosa 2016:31), que son: cesión de la administración de los bienes, disposición del uso y usufructo, el testamento y la renuncia plena compulsoria o voluntaria de poseer y adquirir patrimonio.

* Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasile.

¹ Por infracanónica, entendernos las constituciones y estatutos propios de los Institutos de Vida Consagrada u otros organismos jerárquicos de la Iglesia Católica.

El objetivo del presente artículo es hacer una lectura del ordenamiento jurídico canónico, sus institutos legales para el mejor manejo del patrimonio propio del religioso en vista de la realización del fin de la consagración de cada miembro, y sus correspondientes en la esfera civil.

Tras la identificación de los institutos jurídicos canónicos citados arriba, presentaremos los equivalentes en el derecho civil brasileño, estudiando para la cesión, el mandato o procuración; para el uso y usufructo, los derechos reales de uso y usufructo; y el testamento que tiene el mismo nombre en los dos ordenamientos. Finalmente, la renuncia que corresponde a la donación.

1. CESIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL FUTURO RELIGIOSO

El Código de Derecho Canónico (1983), establece, en el can. 668, § 1: «Antes de la primera profesión, los miembros harán cesión de la administración de sus bienes a quien deseen (...)».

Con la expresión, “antes de la primera profesión”, el dispositivo legal fija el tiempo en el cual es necesario usar el instituto de la “cesión de la administración de los bienes”. El novicio, tras ser aprobado para su primera profesión, tendrá que ceder la administración de sus bienes a quien desee.

El objetivo de dicha “cesión” es evitar que el neófito a la vida consagrada se preocupe con la administración de los bienes temporales, alejándose de los mismos para estar totalmente disponible a la vida religiosa. Esta reglamentación no obsta que legislaciones infracanónicas desobliguen a sus consagrados a la cesión. De hecho, así lo hace el derecho particular de la Compañía de Jesús que admite la dispensa de este instituto legal con la autorización del Superior General.

La norma dispone total libertad en la elección de las personas sobre las cuales recae la administración de los bienes², como lo especifica el diploma legislativo: “a quien deseen”. (can. 668, § 1) Por lo tanto, pueden ser personas físicas o jurídicas, familiares o no, y mismo el propio Instituto del consagrado.³

El comentario jurídico-pastoral de Chiappetta (2011) deja claro que la cesión debe ser: total, porque debe considerar todos los bienes del religioso; completa, respecto todas la administración ordinaria e extraordinaria; y condicionada,

² En el diploma jurídico anterior (CIC 1917), desde la interpretación de la Pontificia Comisión para la interpretación auténtica de los cánones (1936), deja claro que toda la modificación o cesión respecto al patrimonio propio de un religioso solo podría se hacer mediante consulta a la Santa Sede.

³ Hay derechos particulares que prohíben la cesión, impidiendo que los superiores lo asuman.

que exprime prudencia en el documento, pues el mismo tendrá efecto mientras el religioso permanezca en el Instituto, u *ad natum revocabilis*.

Es consenso, respecto la cesión, la formulación de un instrumento canónico, sin efectos civiles. Sin embargo, el mismo can. 668, § 1 hace expresa previsión de la necesidad de efectos civiles en el caso del testamento: «harán testamento que sea válido también según el derecho civil». Aunque el texto no haga referencia específica a la cesión, hacemos una lectura legal sistemática, y aplicamos por analogía, la forma civil a todo y cualquier documento que regule las relaciones patrimoniales, incluyendo la cesión.

Andrés (1996: 362), dice claramente que la cesión, para más allá de todas las discusiones, debe ser hecha delante de un notario, manifestando por escrito la propia voluntad, describiendo todos los bienes sobre los cuales se cederá la administración, nominando taxativamente los administradores, firmando, pagando las tasas y teniendo en cuenta las consecuencias presentes y futuras del documento público.

En el código civil brasileño (CC), la cesión con estas características tiene la forma de “representación” o “mandato”. El art. 653 CC, dice: «se opera el mandato cuando alguien recibe de otro poderes para, en su nombre, practicar hechos u administrar intereses».

Conforme la doctrina, en general, lo que caracteriza el mandato⁴ es la idea de representación, y ésta podrá ser legal (p.e. padres, tutores, curadores), judicial (p.e. ejecutor de testamento u administrador judicial) o convencional (cuando recibe procuración para actuar en nombre del mandante). En el caso de la cesión canónica, su forma civil es la “representación convencional”, y resulta del acuerdo inter-partes de voluntades (*pacta sunt servanda*).

El mandato tiene previsión de ser tácito u expreso, y éste, verbal u escrito. (art. 656 CC) Lo más usual es que se recurra a instrumento de procuración (art. 653 CC), con todos sus prerequisites previstos en el §1, art. 654 CC.⁵ Cabe resaltar que la “cláusula limitante de tiempo de cesión” se aplica a la procuración hasta el próximo hecho del religioso por ocasión de acontecimientos temporarios.

El reconocimiento de firma en el instrumento particular o procuración *ad negotia* puede ser exigido por un tercero con quien el mandatario pueda tratar (art. 654, §3 CC). En casos específicos, como la compra y venta de inmuebles de valor superior a la tasa legal, la procuración debe ser por instrumento público.

⁴ Ver arts. 653-656 CC.

⁵ La redacción puede ser manuscrita u dactilografiada, fotocopiada u impresa. Pude ser enviada por medios electrónicos.

2. DISPOSICIÓN DE USO Y USUFRUCTO DE LOS BIENES CEDIDOS

Además de la cesión, entendida en términos del derecho civil brasileño como mandato, el dispositivo de can. 668 § 1, dispone también respecto del uso y usufructo de los bienes de los novicios que están en la eminencia de hacer su primera profesión, siempre que las normas propias no indiquen otra cosa:

Antes de la primera profesión, (...) si las constituciones no prescriben otra cosa, dispondrán libremente sobre su uso y usufructo.

Schoupe (2008: 219), explicando la sentencia, “dispondrán libremente sobre su uso y usufructo”, llévanos a ver que, en el caso de silencio del ordenamiento infralegal de los institutos religiosos, los novicios pueden disponer a favor de otros e, inclusive a favor de uno mismo.

En estos términos, nos quedamos delante de algunas dificultades respecto a la disciplina canónica que hace una diferenciación generalista entre cesión y disposición de uso-usufructo. Podemos decir que mientras la cesión de la administración es una abdicación que necesariamente se debe hacer a favor de otros, la disposición es un reglamento esencialmente libre, tanto en el simple uso, cuanto en el usufructo (usar y sacar provecho), que se puede hacer a favor de otros o de sí mismo. Para Andrés (2009: 364), esta lectura es ciertamente posible, legítima y lícita. Doctrina común, praxis cierta y aprobada, *mens* del legislador y de la Iglesia.

Diferentemente, para el derecho civil brasileño, los institutos del uso-usufructo son tratados de forma muy específicos. De hecho, la “cesión de los bienes” está inserida en la disciplina específica del derecho llamada “derecho de las obligaciones”,⁶ como derecho personal. El uso y usufructo es derecho real, disciplinado por los principios de la adherencia, absolutismo, publicidad, tasatividad, perpetuidad, exclusividad de desmembramiento. (Gonçalves 2016 V: 29-31)

Esta diferencia, en términos prácticos, tiene consecuencias relevantes en la disciplina de las relaciones jurídicas contractuales y, a su vez, en la disposición del patrimonio propio del religioso. El derecho de las obligaciones son caracterizados por la autonomía de las partes en el contrato (*pacta sunt servanda*) y se realiza por instrumento particular; los derechos reales, a su vez, son definidos, *numerus clausurus*, art. 1225 CC.

⁶ El derecho de las obligaciones trata de las relaciones en la vida económica y consumo, extendiéndose a todas las actividades de naturaleza patrimonial, desde de la más simples a las más complejas. El objeto del derecho de las obligaciones es de naturaleza personal, y resulta de un vínculo jurídico entre el acreedor (sujeto activo) y el deudor (sujeto pasivo); relación esta que confiere exigibilidad de prestaciones por el acreedor.

Aunque para el doctrinador canónico, el uso-usufructo deben ser hechos de forma válida civilmente, frente a un notario, su forma de comprenderlo es muy diferente del ordenamiento civil brasileño (De Paolis 1992: 323), y la aplicación concreta de estos institutos no pueden seguir la *mens* canónica, se las partes esperan los efectos contractuales descrito en los papeles firmados.

3. EL TESTAMENTO DEL RELIGIOSO

La segunda parte del dispositivo canónico, can. 688, § 1 dispone que los religiosos: “antes, al menos, de la profesión perpetua, harán testamento que sea válido también según el derecho civil”.

Este es el único precepto que hace referencia expresa a la sucesión del religioso, exigiendo que lo sea en conformidad con el ordenamiento jurídico civil, diferentemente de la cesión de los bienes u el uso y usufructo, en los cuales se aplica las leyes civiles por analogía.

Respecto al tiempo, el canon es claro, “antes, al menos, de la profesión perpetua”, visto que los obligados son los religiosos de votos perpetuos, y lo son los superiores mayores que deben velar para que se cumpla el dispositivo canónico.

En la doctrina del derecho civil brasileño es consenso que el patrimonio, por ocasión de la muerte de su respectivo titular, no se transforme en *res derelicta*. En el caso de la falta de manifestación de voluntad en testamento o por vicio del mismo, darse la “sucesión legítima”, es decir, la herencia se trasfiere a la familia del *de cuius*.

Con relación a los bienes de los cuales se puede disponer cuando del testamento, es obligatorio considerar la “legítima” (art. 1846 CC). La legítima es la parte de los bienes de los cuales el testador no puede disponer, puesto que la ley reservó a determinados herederos u herederos necesarios. Esto son los descendente y asciéndete (en la falta de los descendentes), y la viuda o viudo.

El religioso que, al hacer su testamento, no respeta la legítima, tenga en cuenta que el mismo documento es invalido. Sin embargo, respetando esto, el mismo tendrá total libertad en el momento de nombrar herederos testamentarios, entre los cuales el propio Instituto Religioso.

Preservada la legítima, el testamento constituye hecho personalísimo y revocable por el cual uno dispone de la totalidad de sus bienes, o parte de ellos, para después de la muerte. (art. 1857-1858 CC) Para que sea válido, el testador debe llenar los requisitos de la capacidad civil (104 CC), sumando al art. 1860 CC.

La apertura de la sucesión, así como la impugnación de un testamento, serán presentadas en juicio y registrados, pero solamente después de la muerte del testador.

El Código Civil Brasileño de 2003 admite tres formas de testamentos ordinarios: publico, cerrado y particular (art. 1862 CC). El testamento público es el más seguro, tiene que ser inscrito por el notario en su libro de notas, de acuerdo con la declaración del testador y en la presencia de dos testigos. Considerando la publicidad del hecho y la naturaleza de la vida consagrada, el medio de registro testamentario de mejor utilidad es aquella forma ordinaria llamada pública. Esto no quiere decir que el testamento quedase abierto al público, pero, esta forma se torna acto público en razón de los testigos, del notario, que en el derecho brasileño es oficial público.

La modificación en la cesión de la administración de bienes de los miembros de los Institutos de Vida Consagrada, como la disposición de usos y usufructo, bien como el testamento, necesita de la licencia del superior competente. Así lo indica el CIC 668, § 2:

Necesitan licencia del Superior competente, conforme a la norma del derecho propio, para modificar estas disposiciones con causa justa, y para realizar cualquier acto en materia de bienes temporales.

Esta licencia será igualmente necesaria cuando se realiza cualquiera acto en materia de bienes temporales. Según este precepto, toda disposición patrimonial realizada por el religioso necesitará, obligatoriamente, de autorización del Superior que el derecho propio establezca como competente.

Andrés (1996: 367) asevera que el Superior no puede negar arbitrariamente a dar su licencia si es cierta y justa la causa de la modificación, puesto que impediría al profeso de realizar su deber y derecho, limitando así una justa libertad. Sin embargo, tales dispositivos canónicos no tienen consecuencias civil, reservándose a la conciencia moral del religioso.

4. LOS BIENES ADQUIRIDOS POR UN MIEMBRO DE INSTITUTO RELIGIOSO

El § 1, art. 668 del CIC/83, disciplina la cesión (mandato en el derecho civil), el uso y usufructo, y el testamento, referente a los bienes que el novicio o religioso temporario poseen al momento de la aprobación de la primera profesión o después de la misma. En el caso de los bienes que llegan al patrimonio del religioso después de los votos, el Superior competente deberá entrar en dialogo con el mismo para los debidos encaminamientos, conforme lo determinado. El § 2, art. 668 del CIC deja claro la necesidad de la licencia

del Superior competente en los actos de disposición de los bienes del novicio o religioso.

Es importante poner en evidencia que el religioso, sino en el dispuesto en el § 5, art. 668 del CIC (estudiado más adelante) y las posibles limitaciones del can. 598 § 1, conserva la capacidad de adquirir y poseer.

El can. 668, § 3 trata de los bienes que llegan al patrimonio del novicio o religioso por su trabajo en el apostolado, en las actividades profesionales o donación. Así lo tenemos:

Todo lo que un religioso gane con su propio trabajo o por razón del Instituto, lo adquiere para el Instituto. Lo que perciba de cualquier modo en concepto de pensión, subvención o seguro, lo adquiere para el Instituto, a no ser que establezca otra cosa el derecho propio.

En el dispositivo legal arriba, podemos distinguir tres eventualidades: los bienes adquiridos por el trabajo y actividades propias; aquellos otros que vienen de pensiones, subvenciones o seguros; y, finalmente, todos los otros que se acrecientan al patrimonio del religioso.

Desde la perspectiva de Schouppe, las ofertas de misa o remuneraciones de la actividad profesional o ministerial, pasan siempre al Instituto Religioso, así como, las sumas recibidas a través de las pensiones⁷, subvenciones o seguros. Sin embargo, otros bienes, que no pertenecen a ninguna de estas categorías, a ejemplo de donaciones personales, pueden ser destinados al patrimonio personal del religioso, siempre que el derecho particular no disponga algo diferente.

En estos casos (las ofertas de misa o remuneraciones de la actividad profesional o ministerial, las sumas recibidas a través de las pensiones, subvenciones o seguros) es interesante la distinción de De Paolis que habla de sujeto de adquisición y sujeto de dominio. El primero es el religioso que recibe los bienes, mas el segundo es el Instituto, es decir, el destinatario último de los bienes en la mayoría de los casos. En concreto, el destinatario, puede ser la casa religiosa a la cual pertenece el religioso, la Provincia u el Instituto mismo.

El derecho canónico hace también la previsión de la obligatoriedad de la renuncia total. El can. 668, § 4, determina:

Quien, por la naturaleza del instituto, debe renunciar totalmente a sus bienes, haga esa renuncia antes de la profesión perpetua de manera que tenga efectos a partir del día de la profesión, y sea válida también, si es posible, en el derecho civil.

⁷ Respecto a la pensión (de ancianos u incapacitados) es importante saber que el titular siempre será el religioso, aunque sí el dinero va al Instituto (es decir, a la comunidad religiosa), porque el Estado no da el subsidio a un Ente, sino que a la persona física. Si el religioso desea que su pensión llegue por el banco, en ciertos casos es necesario tener una cuenta personal.

La renuncia de los bienes del religioso de votos perpetuos es plena y obligatoria cuando así lo exija la naturaleza del Instituto de Vida Consagrada, es decir, cuando sea determinado por su derecho propio. Deberá ser hecho antes de la profesión perpetua, como acto *inter vivos* para que tenga eficacia en el día en que aquella se realice.

El motivo de esta disposición canónica, a la luz de una reflexión teológico-pastoral, es el cumplimiento del voto de pobreza, y la consecuente liberación del religioso de las preocupaciones por los bienes temporales respecto a su administración, conservación y manutención que se la lleva consigo. Pero esa regla no es impositiva en el derecho universal, más una elección del Instituto (Ghirlanda 1990: 228).

Aunque la renuncia no haga parte de la naturaleza del Instituto, el fin del can. 668, § 4, abre la posibilidad del religioso, conforme el derecho propio, de elegir la renuncia bajo la licencia del Superior General. Así lo tenemos: «Lo mismo hará el profeso de votos perpetuos que de acuerdo con el derecho propio, desee renunciar total o parcialmente a sus bienes, con licencia del Superior general».

La figura del derecho civil brasileño que mejor corresponde al derecho canónico respecto la renuncia es la donación. Aquí hablamos de donación *inter vivos*, lo que interesa al CIC 668, § 4.

Lo que caracteriza la donación y, consecuentemente, la renuncia de los bienes del religioso de votos perpetuos es la libertad, y el fundamento de esta libertad es el *animus* de la inserción en la vida religiosa y de la entrega de sus bienes. Por ello, tres son las características de la donación, en términos del derecho civil brasileño, o renuncia, en términos del derecho canónico: 1. acto libre; 2. acto gratuito; 3. disposición de aceptación por el donatario.

Cumpliendo sus requisitos, la donación es irrevocable, y sus efectos típicos son el empobrecimiento del donante y el correlato enriquecimiento de quien recibe, considerando la disposición del instituto de la donación en el vigente Código Civil Brasileño (art. 538-564 CC).

Para Andrés (1996) puede ser interesante que las Constituciones de los Institutos establezcan la previsión de la renuncia o no, y si admitida, que se defina aquella total o parcial. Y aún, que se establezca cuanto tiempo, después de los votos perpetuos, para hacer la renuncia; cuales son las causas justas, que se fijen algunas medidas prudenciales, sobretudo de la parte del Moderador supremo que necesita del voto de su consejo.

5. PERDIDA DE LA CAPACIDAD DE ADQUIRIR Y POSEER BIENES

El último apartado del CIC 668, § 5, determina la pérdida de la capacidad de adquirir y poseer de los religiosos que renuncian sus bienes.

El profeso que, por la naturaleza del instituto, haya renunciado a todos sus bienes, pierde la capacidad de adquirir y poseer, por lo que son nulos sus actos contrarios al voto de pobreza. Lo que adquiera después de la renuncia, pertenecerá al instituto conforme a la norma del derecho propio.

Establece aquí una diferencia entre el religioso que realiza la renuncia plena de sus bienes por imposición de la naturaleza del Instituto y aquel que hace la renuncia voluntaria⁸, con la debida licencia del superior general y de acuerdo con el derecho propio. En el primer caso, el profeso, de acuerdo con el dispositivo citado, pierde la capacidad jurídico-canónica de adquirir y poseer de forma compulsoria. Diferentemente, en el segundo caso, la condición jurídica es de libre renuncia, dado que en la actual codificación canónica es posible la posesión y adquisición de bienes por parte del religioso.

La consecuencia directa de la renuncia obligatoria plena, según el derecho de la Iglesia, son: 1. Pérdida de la capacidad de adquirir y poseer bienes o derechos; 2. Invalidez de los actos contrarios al voto de pobreza; y 3. Cesión automática al Instituto de todos los bienes que, posterior a los votos perpetuos, adquiere el religioso.

Esas normas solo tienen efectos canónicos, puesto que en el ordenamiento civil jurídico brasileño no existe restricción posible a la capacidad futura de adquirir y poseer de un religioso que renuncia. Y, como el religioso que renuncia sus bienes por naturaleza del Instituto, por fuerza del dispositivo canónico, no es declaración de incapacidad por resolución judicial, la renuncia compulsoria no tiene efecto civil. Aún más, los bienes que los religiosos adquieren automáticamente no pasan al patrimonio del Instituto, sino que lo disponga civilmente de forma válida por donación. En estas circunstancias, si la Congregación se apropia de los bienes y derechos en los términos del CIC 668, aquel podrá reivindicarlo, así como accesorios. (frutos, renta, etc.)

Todo eso nace de la mera presunción de la voluntad del religioso de donar después de los votos, y más, tal presunción que obstar adquirir y poseer bienes futuros no tiene ningún amparo legal civil.

⁸ En el caso de la Congregación del Santísimo Sacramento, determina en su art. 18.01.3.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Destacamos el binomio convergencia-contraste entre la reglamentación en el ámbito civil y canónico tras la lectura comparativa de los dos ordenamientos. En los casos de la cesión, usufructo y testamento, los dos ordenamientos conviven sin grandes dificultades. Si bien es verdad, como lo indicado anteriormente, el legislador canónico parece no hacer distanciamiento entre cesión y uso-usufructo, exigiendo en el análisis comparativo la necesaria distinción en el derecho civil brasileño. Sin embargo, cuando tratamos de la renuncia, hemos encontrado un contraste de difícil solución, visto que para el derecho civil brasileño no es posible legislar respecto al derecho futuro de adquirir y poseer de un ciudadano.

Lo que nos parece claro es que, los Institutos de Vida Consagrada, tratándose de personalidades jurídicas de interés público, deben tener en cuenta el ordenamiento estatal del país donde están radicados, sin lo cual, se les torna imposible realizar su finalidad y concretar la vocación de sus miembros.

BIBLIOGRAFÍA

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 4^a. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ANDRÉS, D.-J. *Il diritto dei religiosi. Commento esegético al código*. Roma: PUL, 1984.
- BRASIL. *Código Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CHIAPPETTA, L. *Il codice di diritto canonico: commento giuridico-pastorale*. V. 1-3. Milano: EDB, 2011
- DE PAOLIS, V. *La vita consacrata nella Chiesa*. Bologna: EDB, 1996.
- DORTEL-CLAUDET, M. *De Institutis Viatis Consecratae*. Roma: PUG, 1983.
- Enchiridion della vita consacrata. Dalle decretali al rinnovamento post-conciliare (385-2000). Bologna: EDB Ancora, 2001.
- GHIRLANDA, G. *Il diritto nella Chiesa. Mistero di comunione*. Roma: San Paolo, 1990.
- GONÇALVES, Carlos R. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 11^a. Ed. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2014.
- . *Direito Civil Brasileiro. Parte Geral*. 11^a. Ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2014.
- . *Direito Civil Brasileiro. Teoria geral das obrigações*. 12^a. Ed. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2015.
- . *Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas*. 11^a. Ed. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2016.

- . *Direito Civil Brasileiro. Direito das sucessões*. 11^a. Ed. Vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LEAL ADORNA, María del Mar. *El patrimonio de los religiosos en el derecho canónico y estatal. Desde el Concilio de Trento hasta el Código de Derecho Canónico de Benedicto XV*, en *HID* 33: 2006.
- STOKLOSA, Marek. *Le competenze del superiore provinciale di un istituto religioso riguardo ai beni temporali e della loro amministrazione*, en «*Prawo Kanoniczne*» 59 (2016).
- SCHOUPE, Jean-Pierre. *Elementi di diritto patrimoniale canonico*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

IL CONTRIBUTO DEL CARDINAL ROBERTI ALL'EVOLUZIONE DELLA CULTURA PROCESSUALISTICA MODERNA

Elena Di Bernardo*

SOMMARIO: 1. La teoria del contratto giudiziario alle soglie del XX secolo. – 2. Il contributo del Cardinal Roberti all'evoluzione della cultura processualistica canonica moderna. – 3. Un archetipo per le sfide attuali.

1. LA TEORIA DEL CONTRATTO GIUDIZIARIO ALLE SOGLIE DEL XX SECOLO

L'inizio del XX secolo ha rappresentato, per il diritto canonico, un periodo particolarmente fecondo: alla nascita della codificazione piano-benedettina è seguita una svolta sostanziale per il diritto processuale canonico, che ha varcato le soglie della modernità accogliendo le concomitanti sollecitazioni evolutive offerte dalla scienza processualistica italiana ed europea. Il principale artefice di questa innovazione è stato il Cardinal Francesco Saverio Roberti¹. In qualità di eminente studioso del diritto processuale, egli è stato un giurista dotato di molteplici talenti intellettuali e di cospicua competenza, trasfusa nell'esercizio dei prestigiosi incarichi di cui fu insignito presso vari Dicasteri della Curia Romana². Quale illustre allievo del celebre processualista italiano Giuseppe Chiovenda – che fu il relatore della sua tesi in diritto civile –, nel primo decennio successivo all'emanazione del Codice del 1917, Roberti ha audacemente intrapreso un innovativo percorso comparativo nel solco di quel significativo rinnovamento concettuale di cui fu iniziatore il suo maestro, contribuendo così

* Pontificia Università Lateranense .

¹ (Pergola, 7 luglio 1889 - Roma 16 luglio 1977).

² Roberti fu Prefetto del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, Prelato Uditore del Tribunale Apostolico della Rota Romana, SottoSegretario della Congregazione per i Seminari e le Università degli Studi, Segretario della Congregazione del Concilio, Consulente di Giustizia della Segreteria di Stato. Inoltre l'illustre giurista ricoprì anche l'incarico di Preside dell'*Institutum Utriusque Iuris* della Pontificia Università Lateranense, che ricevette dal suo innovativo impulso comparatista un consolidamento della propria, peculiare tradizione diretta ad insegnare entrambi i diritti.

a fornire le basi per configurare la struttura embrionale del processo canonico e per decretarne la dimensione pubblicistica. La sua opera di sagace interprete dei nuovi impulsi emersi dal graduale rinnovamento che si andava consolidando nella scienza processualistica italiana contemporanea si inserisce a pieno titolo nello sfondo della riflessione dottrinale civilprocessualistica europea del periodo. Infatti, a cavallo tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo, grazie alle suggestive influenze della Pandettistica tedesca e della dottrina austriaca, si assiste sia ad un progressivo approfondimento del diritto processuale come scienza autonoma sia al graduale mutamento della concezione privatistica del processo. La teoria del processo come contratto giudiziario – che configurava le parti in causa come se fossero soggetti contraenti e relegava il giudice ad una sorta di mero notaio del giudizio – trovava il suo remoto fondamento storico in una equivoca interpretazione delle fonti del diritto romano³ e ha di fatto indotto gli studiosi dell'epoca intermedia e dei secoli successivi a concepire il processo come un fenomeno dominato dall'elemento convenzionale. La considerazione del processo come il risvolto pratico del diritto soggettivo sostanziale, di un diritto in piena disponibilità delle parti, ha condotto a ritenere altrettanto disponibile lo strumento che l'ordinamento predispone per la sua tutela. Si tratta di una impostazione supportata da una concezione liberal-individualistica del processo civile, secondo la quale questo sarebbe da ritenersi un affare tra le parti, essendo unicamente destinato a risolvere controversie tra privati. Lo Stato, che attualmente riteniamo l'espressione compiuta del concetto moderno di giurisdizione, era, in pratica, ritenuto assente a ciò che, Adolf Wach riteneva essere una visione prettamente individualista dello strumento processuale⁴. Questa configurazione strutturale e ideologica del processo di derivazione francese ha dominato fino alla metà del XIX secolo nella maggior parte delle legislazioni processuali europee, come nel Codice di procedura civile italiano del 1865, nella ZPO tedesca del 1877 e nella codificazione austriaca, seppure in quest'ultimo caso con notevoli attenuazioni⁵.

Anche nel diritto processuale canonico la pseudo teoria del processo quale contratto giudiziario è stata ribadita con tenacia fino all'inizio del XX secolo in forza di una equivoca interpretazione delle fonti romane. Perciò, confermente al quel concetto di giurisdizione che è prevalso quasi fino alla vigilia dei nostri

³ Si veda in argomento: E. DI BERNARDO, *Il Cardinal Roberti e la teoria del rapporto giuridico processuale. Linee evolutive*, Città del Vaticano 2008, pp. 63-71.

⁴ Cfr. A. WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879*, 2 Aufl., Bonn 1896, p. 2.

⁵ Cfr. A. CARATTA, *La funzione sociale del processo civile fra il XX e il XXI secolo*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile» 71 (2017) 2, 584-585.

tempi, agli istituti processuali veniva applicata la disciplina del diritto privato, nella convinzione che l'intero processo fosse configurato come una sequela di contratti successivi.

La permanenza della teoria del contratto giudiziario anche nel diritto processuale canonico è stata sovvertita da Roberti, il quale ne ha imposto una definitiva revisione nonostante alcuni Autorevoli processualisti, come il Cardinal Lega, avessero già percepito la difficoltà di applicare la nozione privatistica del processo proprio per il carattere pubblico della funzione giudiziale⁶, individuata con particolare riferimento alle cause riguardanti il *bonum publicum*.

2. IL CONTRIBUTO DEL CARDINAL ROBERTI ALL'EVOLUZIONE DELLA CULTURA PROCESSUALISTICA CANONICA MODERNA

Il diritto processuale canonico del XX secolo deve unicamente alla riflessione scientifica di Francesco Roberti il tributo del passaggio epocale alla moderna configurazione della giurisdizione. La sua opera si inserisce a margine delle importanti innovazioni prodotte in Italia da Chiovenda agli inizi del 1900, quando, per effetto dell'influenza della dottrina civilprocessualistica tedesca ed austriaca, grazie alla distinzione della disciplina del processo da quella del diritto sostanziale, prese vita la trasformazione della procedura civile in diritto processuale civile e, nel clima di crescente ripudio dell'orientamento di derivazione francese, l'affermazione dell'idea che il processo non assolva esclusivamente la finalità di tutelare i diritti soggettivi individuali risolvendo la controversia tra privati ma si qualifici anche e soprattutto come strumento di giustizia sociale volto a stabilire la pace e il diritto oggettivo. Fu infatti Giuseppe Chiovenda a generare un decisivo cambiamento di rotta nella processualistica italiana, facendo acquisire alla processualistica italiana una propria autonomia, coinvolgendola in un importante e dinamico percorso evolutivo. Uno dei pilastri del compiuto sistema processuale proposto dall'illustre processualista italiano è stata la nozione di rapporto giuridico processuale. Questa nozione ha rappresentato il modello embrionale e non esaustivo della struttura del processo civile, inteso infatti come procedimento, ossia quale sequenza ordinata di atti in cui si esplica l'attività del giudice e delle parti per la soluzione della controversia. Nella formulazione chiovendana, il rapporto giuridico si configura come una relazione giuridica trilaterale, autonoma, complessa e soprattutto

⁶ Cfr. M. LEGA – V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta Codicem Iuris Canonici*, vol. II, Romæ 1939, pp. 563-564.

pubblica⁷. E difatti l'aspetto più rilevante consiste nell'aver decisamente sancito l'appartenenza del rapporto giuridico processuale al diritto pubblico in forza del ruolo preminente che, nella relazione giuridica tra parti e giudice, assume l'organo giudicante, come attestazione della prevalenza dell'interesse pubblico e dell'autorità statale rispetto all'attività delle parti. L'affermazione della concezione pubblicistica del processo civile ha radicalmente mutato il significato della tutela giurisdizionale, che, nella formulazione proposta da Chiovenda non risulta più finalizzata a predisporre unicamente forme di garanzia dei diritti individuali dei singoli soggetti, ma diviene attività dello Stato, il quale non è interessato all'oggetto della lite, ma al modo in cui essa si svolge. Pur in un contesto storico scettico, il fascino delle concettualizzazioni innovative del suo celebre maestro ha rappresentato per Roberti l'incentivo per tentare una pionieristica valutazione comparativa diretta alla prudente verifica esegetica circa l'eventuale applicabilità della nozione di rapporto giuridico processuale nel sistema canonico. Ciò individuando l'eventuale matrice comune esistente tra i singoli schemi concettuali appartenenti ai diversi ambiti giuridici, di fatto individuata nella condivisa tradizione romano-canonica. La teoria del rapporto giuridico processuale di matrice chiovendana che è stata recepita nell'ordinamento canonico, non è, come spesso erroneamente si crede, un duplicato dello schema civilistico. Prima di essere legittimamente inserita nella disciplina del diritto processuale canonico, ha ricevuto – da parte dell'insigne canonista – un'autonoma elaborazione e un notevole arricchimento, realizzato tenendo in debito conto sia le diverse premesse metodologiche sia le differenti finalità che animano i rispettivi ordinamenti, nel contesto dei quali ciascun modello ha tratto origine. Con uno sguardo retrospettivo, oggi possiamo dire che il tentativo di comparazione con le categorie concettuali della dogmatica civilistica realizzato da Roberti ha rappresentato un contributo incisivo al progresso del diritto processuale canonico, la cui portata, pur con l'attuale superamento di prospettive nozionistiche, continua ad essere apprezzata per la relativa entità contestuale-storica. L'opera del celebre canonista che ha segnato l'importante transizione dalla configurazione privatistica alla moderna concezione pubblicistica della tutela giurisdizionale dei diritti è avanguardistica e di grande utilità, perché nel periodo concomitante alla codificazione piano benedettina si avvertiva la necessità di fornire un'esposizione organica e sistematica circa la potestà giudiziale ecclesiastica. Un progetto di cui l'insigne giurista fu convinto promotore ed abile artefice, perfezionato nell'impegno di eludere il pericolo di un trapianto indiscriminato, nel sistema processuale canonico, di istituti sorti

⁷ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1928, p. 49.

in un ordinamento con finalità distinte da quelle peculiari dell'ordinamento canonico. Fedele garante della tradizione ma favorevole a recepire le novità, Roberti ha sempre operato considerando le peculiarità dell'ordinamento canonico rispetto agli ordinamenti civili come l'insuperabile limite teoretico entro cui svolgere la sua attività d'elaborazione sistematica.

Perciò nella sua concettualizzazione teorica e persino nella giurisprudenza dell'Autore emerge la centralità del fine supremo della Chiesa: la *salus animarum* che è un fine assoluto trascendente, metagiuridico, a cui in modo peculiare tende la norma canonica.

3. UN ARCHETIPO PER LE SFIDE ATTUALI

In definitiva, la nozione di "rapporto giuridico processuale" formulata da Roberti nel primo trentennio del XX° secolo sulle suggestive orme del Chiovenda ha dominato per lungo tempo il panorama della dottrina processuale canonica, non solo per la specifica configurazione attribuita al processo, ma soprattutto per l'affermazione della dimensione pubblica della funzione giurisdizionale. Se quest'ultima acquisizione attualmente è oramai un enunciato stabilmente consolidato, la definizione strutturale del processo come relazione giuridica – oramai superata in ambito civilistico- e la enunciazione delle sue finalità ha invece subito un'evoluzione positiva, mediante l'elaborazione la moderna teoria istituzionale del processo. Essa offre sia una idea meno formale dell'intero fenomeno processuale sia un più alto valore etico in quanto fondata sulla razionalità dialogica del contraddittorio che, mediata dal principio di corresponsabilità di tutti i partecipanti al processo, investe in via elettiva il *favor veritatis* dell'accertamento dei fatti.

In conclusione, l'encomiabile esperienza comparativa con le categorie concettuali della dogmatica civilistica ha rappresentato un incisivo contributo al progresso del diritto processuale canonico, la cui portata continua ad essere apprezzata quantomeno per la relativa entità storica. Le feconde intuizioni della dottrina di Roberti sono certamente il frutto di una comparazione pionieristica; il rigoroso modello di analisi prodotto attraverso il costante confronto con le fonti e la tradizione – e in particolar modo mediante il rispetto delle finalità tipiche dell'ordinamento canonico – costituiscono criteri applicativi di invariata attualità di fronte alle sfide poste dalla modernità. Il ripudio di ogni sorta di chiusura o di autoreferenzialità del diritto processuale canonico mostrato attraverso l'apertura alle sollecitazioni provenienti dagli ordinamenti civili rappresenta una preziosa eredità, raccolta e consolidata in particolare dall'*Institutum Utriusque*

Iuris della Pontificia Università Lateranense ma anche estesa alla costante riflessione degli studiosi del diritto processuale canonico; difatti è un insegnamento mirabile che continua a sostenere la spinta evolutiva della dottrina canonica e l'impegno istituzionale del Legislatore, incarnato nelle recenti riforme, in modo particolare del processo matrimoniale canonico. Tutto ciò si traduce in un instancabile confronto, che implica un doveroso allineamento del diritto processuale canonico a tutti quei principi e valori del giusto processo⁸ cui, in vario modo, aspirano altri sistemi processuali di *civil law* e di *common law*. Una verifica e un adeguamento che devono tuttavia continuare ad essere realizzati *ab intrinseco*, nella piena fedeltà a quelle prerogative strutturali fondate sulle finalità metagiuridiche di un ordinamento processuale che, rispetto agli ordinamenti secolari, sottende istanze di pastoraltà e rivendica esigenze di verità reale che continuano ad essere declinate in modo del tutto peculiare⁹.

⁸ Si veda al riguardo: M.J. ARROBA CONDE, *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, Roma 2017.

⁹ In tema sia consentito il rimando a: E. DI BERNARDO, *Modelli processuali e diritto probatorio. Elementi di common law, civil law e di diritto canonico*, Città del Vaticano 2016.

IL RUOLO DEL FORO INTERNO. LE OSSERVAZIONI DELLA PENITENZIERIA APOSTOLICA AL PRIMO CODICE DI DIRITTO CANONICO

Jan Dohnalik*

Il fondo della Commissione del Codice di Diritto Canonico nell'Archivio Segreto Vaticano è relativamente limitato. Inoltre risulta da un lato pieno di lacune e da altro contiene molti doppi e documenti di scarso rilievo. Tuttavia si possono ancora in esso ritrovare veri tesori, che illuminano lo studio delle importanti intuizioni canoniche. Tale gioiello fu trovato dall'autore di questo studio nella scatola 90 del sopramenzionato Fondo. Si tratta delle "Osservazioni al Codice di Diritto Canonico" della Sacra Penitenzieria Apostolica¹. Il documento è in realtà un voto della Penitenzieria al *Schema completo* del Codice, pubblicato nel 1916². Quando i canoni ivi commentati vengono paragonati con lo schema successivo dello stesso anno 1916 che si trova nel Fondo Ojetti dell'Archivio della Pontificia Università Gregoriana³, si scopre che la stragrande maggioranza dei suggerimenti e correzioni della Penitenzieria sono state inserite in questo schema, e in seguito nello stesso testo promulgato del Codice

* Università cardinale Stefan Wyszyński (UKSW) di Varsavia.

¹ Cf. SACRA PENITENZIERIA APOSTOLICA, *Osservazioni al Codice del Diritto Canonico*, in Archivio Segreto Vaticano (ASV), *Commissione Cod. Diritto Canonico*, scatola 90. In questo articolo sarà adoperata l'abbreviazione *Osservazioni*, seguita dal numero di pagina (la numerazione delle ultime è data dall'autore della presente comunicazione) e dal numero del canone dello *Schema completo* del 1916 al quale si riferiscono le osservazioni della Penitenzieria.

² Cf. (*Schema Codicis Iuris Canonici*) (*Sub secreto pontificio*) *Codex Iuris Canonici cum notis Petri Card. Gasparri*, Romae Typis Polyglottis Vaticanis 1916, in ASV *Commissione Cod. Diritto Canonico*, scatola 87. Dato che sul libro contenuto nella scatola 87 è stata messa l'annotazione *Schema completo*, in seguito questa fonte sarà citata con tale abbreviazione.

³ Cf. *Codex Iuris Canonici Pii X pontificis maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus*, Romae Typis Polyglottis Vaticanis 1916, in Archivio della Pontificia Università Gregoriana (APUG), Fondo Ojetti, scatola n. 2058. In seguito questo documento sarà citato con abbreviazione *Schema secondo 1916*.

Pio-Benedettino⁴. Le “Osservazioni al Codice di Diritto Canonico” sono state divise in due fascicoli⁵ e costituiscono il voto unanime di questo peculiare tribunale della Santa Sede. Infatti, subito dopo il titolo troviamo una dichiarazione: «N.B. Le seguenti osservazioni della Segnatura della S. Penitenzieria s’intendono prese ad unanimità; fatta eccezione dei casi in cui sarà notato espressamente in contrario»⁶.

Dato lo spazio limitato della presente esposizione, nelle prossime pagine verrà presentato l’influsso di alcuni suggerimenti contenuti nel primo fascicolo sul testo finale del primo Codice del Diritto Canonico⁷. Lo studio va concentrato su due temi fondamentali: il sacramento della penitenza e le irregolarità nel ricevere ed esercitare gli ordini. In tale modo verrà esemplificata l’importanza dell’unica esperienza della Penitenzieria Apostolica nella legislazione canonica.

La prima osservazione della Sacra Penitenzieria Apostolica circa il sacramento della penitenza riguarda la normativa circa la confessione dei regolari. Infatti il canone 519 dello *Schema completo* sottolineava la massima libertà riguardante le confessioni dei religiosi, i quali dovrebbero avere diritto di confessarsi con qualsiasi confessore approvato, revocato qualsiasi privilegio contrario⁸. La Penitenzieria giudicava tale norma come una rottura troppo radicale con la disciplina anteriore al codice e con un linguaggio diplomatico suggeriva di astenersi dalle riforme così profonde⁹. Sotto l’influsso di questo suggerimento nel secondo schema del 1916 la norma fu formulata nel modo più sfumato: anzitutto viene sottolineato il rispetto per le proprie costituzioni che comandano o suggeriscono di andare ad un confessore assegnato prima, e solo in seguito risulta annunciata la regola generale: che i regolari possono confessarsi da qualsiasi confessore approvato¹⁰.

⁴ Cf. *Codex Iuris Canonici Pii X pontificis maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus*, Romae Typis Polyglottis Vaticanis 1917. Verrà adoperata l’abbreviazione “CIC 1917”.

⁵ Cf. *Osservazioni*. Il primo fascicolo risulta di 24 pagine, il secondo – di 18 pagine.

⁶ *Osservazioni*, p. 1.

⁷ Va riportato direttamente il testo finale del Codice, se non sono stati introdotti altri cambiamenti tra il *Schema secondo 1916* e il *CIC 1917*. Se fosse il caso, nel presente studio va esposta la differenza tra i due schemi del 1916.

⁸ Cf. *Schema completo 1916*, can. 519, § 1: “Revocata quolibet contrario privilegio, valida et licita est confessio a religiosis etiam exemptis apud quemlibet confessarium ab Ordinario loci approbatum, peracta extra propriam domum et etiam in propria domo, si de religiosis votorum simplicium vel de regularibus agatur qui in strictiore clausura perpetuo vivunt; confessarius autem potest eodem absolvere etiam in casibus a Superioribus religiosis reservatis”.

⁹ Cf. *Osservazioni*, p. 2, can. 519: “Intorno al Canone 519 [...] mai ebbe a riscontrare la necessità di una totale abrogazione del diritto allora esistente intorno alle confessioni degli stessi regolari”.

¹⁰ Cf. *CIC 1917*, can. 519: “Firmis constitutionibus quae confessionem statis temporibus praecipiant vel suadent apud determinatos confessarios peragendam, si religiosus, etiam exemptus, ad suae conscientiae quietem, confessarium adeat ab Ordinario loci approbatum, inter designatos

Una modifica correlata con il canone sopra commentato è stata introdotta nel § 1 del canone 874 dello *Schema completo*. Mentre la norma proposta indicava la necessità della licenza del superiore religioso perché un sacerdote regolare possa utilizzare la sua facoltà per confessare¹¹, nel testo definitivo del Codice si trova la modifica seguente: “sacerdotes autem religiosi eadem ne utantur sine licentia saltem praesumpta sui Superioris, firmo tamen praescripto can. 519”¹². Anche se i canoni riguardanti la confessione dei religiosi vengono rielaborati, rimane presente una chiara tendenza alla più grande libertà dei regolari nel ricevere e nel praticare la confessione sacramentale.

Altri suggerimenti riguardano il delicati problemi dei requisiti necessari per concedere l'assoluzione. Il canone 886 dello *Schema completo* spiegava il modo di procedere di confessore nel caso di dubbia disposizione del penitente, nel quale si potrebbe assolverlo sotto condizione¹³. La Penitenzieria “innanzi tutto è dell'opinione, che non sia molto conforme all'indole di un Codice esporre tutta questa dottrina morale: la quale dai confessori potrà trovarsi insegnata più chiaramente ed esattamente negli Autori di Teologia”¹⁴. Infatti il canone pubblicato nella versione definitiva del Codice annuncia solo la regola generale, nel modo molto conciso: “Si confessario nullo modo dubitare possit de poenitentis dispositionibus et hic absolutionem petat, absolutio nec deneganda, nec differenda est”¹⁵. In seguito la Penitenzieria si centra su un importante problema formulato dal canone 903, che con dettagli spiega le esigenze circa la completezza formale della confessione nella situazione della malattia o altre difficoltà¹⁶. Anche in questo caso il consiglio della Segnatura di Penitenzieria è seguente: “Intorno a questo canone la Segnatura premette

non recensitum, confessio, revocato quolibet privilegio, valida et licita est; et confessarius potest religiosum absolvere etiam a peccatis et censuris in religione reservatis”.

¹¹ Cf. *Schema completo 1916*, can. 874 § 1: “Iurisdictionem delegatam ad recipiendas confessiones quorumlibet sive saecularium sive religiosorum confert sacerdotibus tum saecularibus tum religiosis etiam exemptis Ordinarius loci in quo confessiones excipiuntur; sacerdotes autem religiosi eadem uti prohibentur sine licentia sui Superioris” (sottolineatura nostra).

¹² *CIC 1917*, can. 874 § 1.

¹³ Cf. *Schema completo 1916*, can. 886: “Confessarius poenitenti rite disposito absolutionem arbitrato suo ne differat; dubie dispositum ad valide recipiendum sacramentum, non obstantibus confessorii curis ut rite disponatur, absolvat, modo iusta sit causa, sub conditione”.

¹⁴ *Osservazioni*, I, p. 4, ad can. 886.

¹⁵ *CIC 1917*, can. 886.

¹⁶ Cf. *Schema completo 1916*, can. 903.

§1. Si inter confitendum vel etiam antequam incipiat confiteri, vox et loquela poenitenti deficiat, sacerdos conetur, quoad fieri poterit, peccata illius nutibus et signis cognoscere et eundem ad contritionem disponere.

§2. Peccatis vero utcumque vel in genere vel in specie cognitis, aut confitendi desiderio per se vel per alios manifestato, poenitens absolvatur absolute; si vero, atequam usum sensuum amiserit,

i medesimi motivi dinanzi indicati, una osservazione analoga a questa fatta più sopra: cioè che sarebbe più opportuno eliminare dal Codice tutta questa parte della Teologia Pastorale¹⁷. Infatti nel testo definitivo del Codice Pio-Benedettino non troviamo il canone che proporrebbe la casistica simile a quella del can. 903 dello Schema completo.

In seguito la Segnatura della Penitenzieria, a proposito del progetto del canone che riguarda l'obbligo di denunciare la sollecitazione, insiste: "Si dovrebbe modificare il Canone nel senso di far menzione in primo luogo del penitente che fu sollecitato, a differenza di chi semplicemente conobbe da altri la sollecitazione, giacché il primo è tenuto più rigorosamente alla denuncia"¹⁸. Sembra che piccole ma significative modifiche dei canoni 910 e 911 sono anche motivate dal desiderio di difendere il penitente dal pericolo della sollecitazione. Al § 2 del canone 909 circa la grata tra il sacerdote e il penitente Penitenzieria chiede di aggiungere alla parola latina "crate" l'aggettivo "fixa"¹⁹. Al § 1 canone 910, che proibisce di ascoltare le confessioni delle donne fuori del confessionale, a meno che sia opportuno fare diversamente a causa dell'infermità o altra necessità, la Penitenzieria chiede di aggiungere l'aggettivo "verae", ossia che si deve trattare di una vera necessità²⁰. Queste indicazioni sono state accolte e inserite nel Codice del 1917²¹.

Il suggerimento della Penitenzieria fu anche decisivo per la redazione del canone 907 sul precetto della confessione annuale. Mentre il progetto proposto dal cardinale Gasparri prevedeva l'obbligo di accedere annualmente al sacramento della penitenza senza sottolineare i peccati da confessare²², la

nullum confitendi desiderium ostenderit, aut de eius dispositionibus quomodocumque dubitetur, sub conditione absolvatur.

¹⁷ *Osservazioni*, p. 5, can. 903.

¹⁸ *Osservazioni*, p. 6-7, can. 905. Nel Codice del 1983 non c'è più l'obbligo della denuncia da parte del penitente. Tuttavia per provare la sollecitazione la testimonianza del penitente sollecitato rimane fondamentale.

¹⁹ Cf. *Osservazioni*, p. 8, can. 910: "Si propone per ragioni evidenti, di modificare nel modo seguente: "crate fixa ac tenuiter perforata".

²⁰ Cf. *Osservazioni*, p. 8, can. 911.

²¹ *CIC 1917*, can. 909 § 2: "Sedes confessionalis crate fixa ac tenuiter perforata inter poenitentem et confessarium sit instructa". Can. 910. § 1. "Feminarum confessiones extra sedem confessionalem ne audiantur, nisi ex causa infirmitatis aliave verae necessitatis et adhibitis cautelis quas Ordinarius loci opportunas iudicaverit".

²² Cf. *Schema completo*, can. 907: "Omnis utriusque sexus fidelis, postquam ad annos discretionis, idest ad usum rationis, prevenerit, saltem semel in anno obligatione tenetur ad hoc sacramentum accedendi". Cf. anche J. DOHNALIK, *Il precetto pasquale. La normativa sulla Comunione e la confessione annuale alla luce della tradizione canonica*, Tesi Gregoriana Serie Diritto Canonico n. 100, Roma 2015, p. 329. Proprio durante lo studio sul precetto pasquale che l'autore ha scoperto il documento della Penitenzieria che viene esposto nel presente contributo.

Penitenzieria lo critica con queste parole: “Questo Canone come è annunciato, impone una nuova obbligazione non prescritta né dal Laterano, né da Tridentino. Si propone di modificarlo [...] usando le espressioni del Concilio Lateranense”²³. Infatti il Legislatore ha preso in considerazione il suggerimento della Penitenzieria, e quindi la redazione finale del can. 906 del CIC 1917 risulta molto fedele alla costituzione 21 del Laterano IV²⁴.

Un'altra importante problematica trattata nel voto della Penitenzieria riguarda l'assoluzione dalle pene *latae sententiae* nel foro interno sacramentale. Nello *Schema completo* del 1916 si trova la proposta del canone 2273 che permettere al confessore nei casi urgenti di assolvere il penitente ben disposto anche dai peccati riservati, a condizione di ricorrere “[...] intra mensem saltem per epistolam sive per se sive per confessarium ad Superiorem praeditum facultate standi eius mandatis”²⁵. La Segnatura della Penitenzieria Apostolica ha proposto di cancellare le parole “per se”, spiegando tale modifica con la seguente argomentazione: “infatti è prassi di questo Ufficio di richiedere per lo più che i penitenti presentino i loro ricorsi per mezzo del proprio confessore; per essere in tal modo meglio certiorato della verità delle preci e delle disposizioni del penitente”²⁶. Inoltre la Penitenzieria ha proposto di esplicitare l'obbligo di tacere il nome del penitente e di menzionare la Penitenzieria e il vescovo a posto di una indicazione generica del superiore munito della facoltà²⁷. Infatti le *Osservazioni* in questo punto sono stati accolti dai redattori, e alla fine il § 1 del can. 2254 del Codice Pio-Benedettino viene formulato nel modo seguente:

In casibus urgentioribus, si nempe censurae latae sententiae exterius servari nequeant sine periculo gravis scandali vel infamiae, aut si durum sit ponitenti in statu gravis peccati permanere per tempus necessarium ut Superior competentis provideat, tunc quilibet confesarius in foro sacramentali ab eisdem, quoquo modo riservatis, absolvere potest, iniuncto onere recurrenti, sub pena reincidentiae, intra mensem saltem per epistolam et per confessarium, si id fieri possit sine gravi incommodo, reticito nomine, ad S. Poenitentiarium vel ad Episcopum, aliunde Superiorem praeditum facultate standi eius mandatis²⁸.

Un altro importante contributo viene dato dalla Penitenzieria Apostolica circa la questione della dispensa concessa nel foro interno dalle irregolarità per ricevere ed esercitare gli ordini. Il canone proposto dallo *Schema completo*

²³ *Osservazioni*, p. 7, can. 907.

²⁴ Cf. *CIC 1917*, can. 906: “Omnis utriusque sexus fidelis, postquam ad annos discretionis, idest ad usum rationis, prevenerit, tenetur omnia peccata sua saltem semel in anno fideliter confiteri”.

²⁵ *Schema completo*, can. 2273, § 1.

²⁶ *Osservazioni*, p. 21, can. 2273 § 2.

²⁷ Cf. *Osservazioni*, p. 22, can. 2273 § 2: “saltem per epistolam et per confessarium, si fieri potest, reticito nomine, ad S. Poenitentiarium vel ad Episcopum quatenus facultate polleat”.

²⁸ *CIC 1917*, can. 2254 § 1.

prevedeva la possibilità che il confessore dispensi dalle irregolarità occulte nei casi urgenti, quando non si può ricorrere al Superiore competente e c'è il pericolo di grave danno o dell'infamia²⁹. La Penitenzieria fa al riguardo una distinzione importante:

Si può riconoscere la necessità di una tale facoltà nei confessori quando si tratta di penitenti sacerdoti, o di altri ordinati *in sacris* per riguardo all'esercizio del loro ordine; perché questi non possono senza evidente infamia astenersi dall'esercitare i sacri ministeri: una simile necessità, invece, manca nel caso dei laici, oppure di suddiaconi o diaconi, i quali vogliono ascendere ai sacri ordini: perché questi potranno sempre trovare un plausibile motivo per astenersene.

Anzi, sarà meglio e più vantaggioso per la Chiesa, che la dispensa dalle irregolarità *ex delicto* anche occulto *ad suscipiendos ordines* sia riservata agli Ordinari ed alla S. Penitenzieria. Questa e quelli potranno sottoporre il caso a più illuminato esame; a prendere forse l'occasione dalla domanda di dispensa per allontanare dal santuario chi non è degno; come ha già fatto in più di una occasione questo Sacro Tribunale³⁰.

Dietro questa asserzione della Penitenzieria si percepisce una grande esperienza e prudenza. Questo suggerimento fu accolto dai redattori del Codice, e nel testo finale la facoltà concessa al confessore riguarda solo la dispensa dall'irregolarità per esercitare e non per ricevere il Sacramento dell'ordine³¹.

La dispensa non può essere concessa dal confessore nel caso dell'irregolarità a causa dell'omicidio volontario né dell'aborto, compreso anche il delitto della cooperazione in esso³². Penitenzieria mette in risalto il peso dell'irregolarità incorsa a causa dell'aborto ponendolo accanto dell'omicidio come una delle irregolarità per i quali non vale una dispensa generale e si deve informare circa il numero esatto degli delitti³³. Inoltre la Penitenzieria sottolinea che non si dovrebbe mettere insieme la dispensa dalle irregolarità e quella dell'inabilità

²⁹ Cf. *Schema completo*, can. 992 § 1: "Licet locorum Ordinariis per se vel per Vicarium specialiter deputandum suos subditos dispensare ab irregularitatibus omnibus ex delicto occulto provenienti-bus, iis exceptis quae ad forum contentiosum deductae sint, necnon ea quae oritur ex homicidio voluntario. § 2. Eadem facultas competit etiam Superioribus maioribus religiosiis qui suis subditis litteras dimissorias concedere possunt; imo et cuilibet confessario in casibus occultis urgentioribus in quibus Ordinarius adiri nequeat et periculum immineat gravis damni vel infamiae".

³⁰ *Osservazioni*, p. 9-10, can. 992 § 2

³¹ *CIC 1917*, can. 990 § 2: "Eadem facultas competit cuilibet confessario in casibus occultis urgentioribus in quibus Ordinarius adiri nequeat et periculum immineat gravis damni vel infamiae, sed ad hoc dumtaxat ut poenitens ordines iam susceptos exercere licite valeat".

³² *CIC 1917*, can. 990 §1: "Licet Ordinariis per se vel per alium suos subditos dispensare ab irregularitatibus omnibus ex delicto occulto provenienti-bus, ea excepta de qua in can. 985, n. 4 aliave deducta ad forum iudiciale"; can. 985: "Sunt irregulares ex delicto: 4° Qui voluntarium homicidium perpetraverunt aut foetus humani abortum procuraverint, effectu secuto omnesque cooperantes".

³³ Cf. *Osservazioni*, p. 12, can. 993, §§ 1-2.

ad avere gli uffici ed i benefici ecclesiastici specialmente nel caso dell'aborto³⁴. Questo problema viene ancora più sviluppato nel commento al progetto del canone 2370 sulle pene ecclesiastiche contro coloro che fanno o collaborano all'aborto, che prevede per i chierici la deposizione dell'ufficio³⁵. La Segnatura giudica tale soluzione non sufficiente e suggerisce che si dichiari tale sacerdote come perpetualmente inabile a ricevere le dignità ecclesiastiche e l'ufficio del parroco³⁶. L'inabilità proposta non fu comunque introdotta nel Codice del 1917, il quale quasi letteralmente ripete la formulazione dello *Schema completo*. In questo caso l'esperienza del foro interno non fu accolta dai redattori del Codice, ma comunque – come si è visto – in molti casi lo schema fu cambiato esattamente secondo i suggerimenti della Segnatura della Penitenzieria.

In questo breve contributo è stata illustrata l'importanza delle Osservazioni della Penitenzieria Apostolica per la legislazione canonica in tema del foro interno sacramentale e le irregolarità per ricevere gli ordini. Nel futuro andrebbe studiata anche la problematica del influsso di queste Osservazioni sulla normativa circa gli impedimenti matrimoniali e le dispense da essi, nonché i suggerimenti nel campo del diritto penale. Anche oggi l'esperienza particolare e la prudenza pastorale della Penitenzieria potrebbe fornire preziose indicazioni per applicare le norme canoniche non perdendo di vista la salvezza delle anime, che dovrebbe essere la legge suprema della Chiesa.

³⁴ Cf. *Osservazioni*, p. 12, can. 993: "Intorno a questo paragrafo la Segnatura osserva che qui si mette insieme la dispensa dall'irregolarità ad ordines, con la dispensa dall'inabilità ad beneficia ed officia ecclesiastica. Più accuratamente e secondo i concetti comuni dei Canonisti e Teologi sarebbe da distinguere l'una dall'altra [...]". Risulta, però, che questo suggerimento non fu preso in considerazione, cf. *CIC 1917*, can. 991 § 3.

³⁵ Cf. *Schema completo*, can. 2370 § 1: "Procurantes abortum, matre non excepta, incurrunt, effectu sequuto, in excommunicationem latae sententiae Ordinariis reservatam; et si sint clerici, insuper deponantur".

³⁶ *Osservazioni*, p. 24, can. 2370: "... et si sint clerici, insuper deponantur. La Segnatura propone, che pur lasciando, se si vuole, questa pena *ferendae sententiae*: si ristabilisca l'inabilità perpetua *ipso facto incurrenda* alle dignità ecclesiastiche, ed anche all'ufficio di parroco. Perché, se si considera il modo occulto con cui in genere tale delitto viene compiuto, saranno ben rari i casi nei quali al giudice ecclesiastico sarà dato di applicare la pena *ferendae sententiae*. D'altronde la prassi di questo Ufficio dimostra purtroppo che il delitto in questione, non è del tutto ignoto fra il clero, sembra quindi opportuno che si ripristini contro il medesimo anche una pena *latae sententiae*; la quale in conformità alla proposta già fatta di eliminare le privazioni, dovrà essere una inabilità. Questa poi si è limitata alle dignità, ed all'ufficio di parroco: perché è specialmente per questi uffici che apparisce tutta la turpezza, che essi vengano esercitati da un prete, il quale si è reso colpevole della procurazione di aborto".

CANONICAL STATUS OF PARTICULAR CHURCHES IN MISSION TERRITORIES

*Benedict N. Ejeh**

SUMMARY: 1. Mission and Mission Territories. – 2. The Pontifical Missionary Jurisdiction. – 3. Beyond the “Mission” and “Established” Churches Dichotomy.

1. MISSION AND MISSION TERRITORIES

The word “mission” ordinarily defines the goal and entire activity of the church: the church exists for her evangelizing mission. Her nature is missionary and her mission is her identity. So, the concept of mission encompasses the very essence of the church, just as evangelization constitutes the fundamental duty of all the People of God (can. 781, CIC/83). In this sense, the whole church is a mission: a people formed by the Gospel of Christ in order to proclaim this Gospel to all creatures, bringing the light of Christ to all (cf. LG, 1).

R. Naz¹ presents a number of different but related juridical meanings of the concept of mission in the ecclesial context. Basically, he defines it as an act of ecclesiastical authority by which means jurisdiction is conferred, and by association also as the action of the recipient of ecclesiastical jurisdiction in the bid to accomplish the goals of this office. Exercised as pastoral office to strengthen the faith within an already established Christian community, mission is termed “internal”; aimed at introducing and consolidating the faith among non-believers, heretics and schismatics it is termed “external”. This second understanding, also termed “*missio ad gentes*”, defines mission in the proper sense. It refers to the activity by which means the church, in obedience to Christ and led by His Spirit, leads all men at all times to the life of faith in Christ, bringing them to share in His salvation (AG, 5).

By extension, mission as defined above is applied to a designated territory of initial or foundational missionary activity. Derivatively, ecclesiastical

* Facoltà di Diritto Canonico S. Pio X, Venezia.

¹ R. NAZ, “Missions”, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, Librairie Letourzey et ané, Paris 1957, 900-901.

circumscriptions and regions in which the church, though present and operative through missionary activity, is yet to achieve sufficiency and stability in structures, institutions, and means, are considered mission territories, with a special status within the organization of the universal church. Thus, mission not only describes the work of evangelization taking place in a given territory and at a given time but also the juridical status of that territory within the universal structure of ecclesial communion.

2. THE PONTIFICAL MISSIONARY JURISDICTION

On 6 January 1622, Pope Gregory XV instituted a Congregation of thirteen cardinals, two prelates, and a secretary to take charge of the church's evangelizing mission². This marked a new beginning in the annals of the church's missionary enterprise, ushering in the special regime of *missio ad gentes* under the *Propaganda Fide*, as the Congregation was simply called. At inception, the jurisdiction of the Congregation embraced Asia, Africa, Oceania, the Americas, as well as Eastern and Protestant Europe. In 1862 Pope Pius IX split it into two separate sections, respectively governing Eastern and Western Catholicism, though under one Cardinal Prefect³. Apart from this reform, the Congregation's structure, powers, and jurisdiction remained intact for almost three centuries until Pope Pius X overhauled it in 1908, divesting it of authority over certain questions (faith, marriage, liturgy) and assigning same to Congregations ordinarily competent over such matters. He also excluded from the Congregation's jurisdiction most parts of Western Europe and North America hitherto under its domain. The first *Codex Iuris Canonici* (1917), having circumscribed the Congregation's jurisdiction within ecclesiastical regions where the sacred hierarchy was yet to be constituted or not functional, reaffirmed its competence over all missionary matters, except those concerning faith, marriage, and general sacramental norms. It also had the faculty to approve the celebration and outcome of local councils in mission territories⁴. Pope Paul VI again reformed the Congregation in 1967, modifying its name to include, as its primary designation, the appellation *Congregation for the Evangelization of Peoples*⁵ (CEP). This eventually became its exclusive designation, with John Paul II's reform of 1988⁶.

² *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide*, I, Roma 1907, 1, n. 1.

³ PIUS IX, Constitution, "Romani Pontifices", 6 January 1862, in *Pii IX P. M. Acta* I, 8, 402-416.

⁴ CIC 1917, can. 252.

⁵ Cf. PAUL VI, Apostolic Constitution, *Regimini Ecclesiae Universae*, art. 81, AAS 59 (1957) 915.

⁶ JOHN PAUL II, Apostolic Constitution, *Pastor Bonus*, AAS 80 (1988) 881.

Current responsibilities of CEP as stipulated in *Pastor Bonus*⁷ include: direction, coordination and supervision of primary evangelization and missionary cooperation throughout the world; promotion of research in missiology, missionary spirituality and pastoral studies; facilitation of active and effective participation of the faithful in missionary activity; promotion of missionary vocations, formation and distribution; jurisdiction over mission territories, missionary congregations and member of Institutes of Consecrated life engaged in missions; management of subsidies from various components of the Pontifical Missionary Works; administration of resources destined for the missions.

In territories under its jurisdiction, CEP also exercises a number of historic faculties which were confirmed by Pope Benedict XVI in 2005⁸. These include: acceptance of resignation of bishops and apostolic vicars; appointment of apostolic prefects and administrators, ecclesiastical superiors of *sui iuris* missions, and apostolic visitators; modification of boundaries of particular churches, change of name of ecclesiastical circumscriptions, and transfer of title of cathedral churches; granting permission to celebrate up to three daily masses during weekdays and four during Sundays and days of obligation; dispensation from the canonical age for holy orders up to eighteen months; permitting diocesan bishops to delegate lay persons to assist at marriages; approving statutes and complementary norms of episcopal conference; reducing the number of *Missa pro populo* by bishops and pastors up to twelve in a year; presenting to the pope cases of penal dismissal from the priesthood due to violation of the sixth commandment, with automatic dispensation from all priestly obligations, including celibacy, in ecclesiastical circumscriptions lacking adequate judicial structures. According to its functions, therefore, beyond being universally in charge of the church's missionary activity, CEP also has special jurisdiction over ecclesiastical territories or regions categorized as "mission territories", just as the so-called "common law" territories come under the pontifical regime of the Congregation for Bishops.

Generally, dependence of ecclesiastical circumscriptions on one or more dicasteries of the Roman Curia is an expression of vital communion between the Roman Pontiff and bishops, and the mutual, complementary interdependence binding universal and local realities of the Catholic Church. However, being subject to the Congregation responsible for primary evangelization depicts a special, precarious ecclesiastical status: that of a church labouring under signifi-

⁷ *Pastor Bonus*, Artt. 85-92, AAS 80 (1988) 881- 883.

⁸ Cf. CARDINAL FILONI, La ricezione del codice nei territori di missione e le facoltà speciali concesse alla Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli, Paper presented at the University of St. Damasus, Madrid, 10.11.2015, p.8.

cant pastoral challenges of varying kinds and degrees (ministerial, structural, financial, cultural, socio-political, etc.) not ordinarily associated with other particular churches of a more consolidated ecclesiastical tradition⁹. In fact, the peculiar status of this canonical regime means that mission territories could, for some grave reasons, be dispensed from some elements of common or universal Canon Law, and extraordinary measures adopted by CEP to address urgent or peculiar pastoral needs. This was the case, for example, with the church in China, until 27 May 2007 when Pope Benedict XVI ended the regime of special faculties¹⁰ introduced in 1979¹¹ by *Propaganda Fide* to meet the dire pastoral needs of the persecuted Chinese faithful driven into clandestine life.

In the past, extraordinary missionary measures were many and far reaching, but over time they have been considerably trimmed down, gradually bringing the mission territories more or less at par with their ordinary regime counterparts regarding the observance of universal law. Indeed, some of the solutions historically designed for specific missionary problems, like the Pauline and Petrine privileges, have long been incorporated into common law and are applicable wherever the need may arise. Presently, as already stated, CEP is by law assigned some “special pontifical faculties”¹², which permit it to decide on designated issues of major importance without needing the approval of the Roman Pontiff and to intervene directly in others subject to the Pope’s ratification.

3. BEYOND THE “MISSION” AND “ESTABLISHED” CHURCHES DICHOTOMY

The Vatican II fathers underscored the need of newly founded local churches for the missionary support of the whole church to consolidate their growth towards greater maturity and self-reliance (AG, 19). Therefore, elevation of a missionary ecclesiastical circumscription to the status of diocese does not instantly transform it into a fully mature church. Ordinarily, the establishment of dioceses and ecclesiastical provinces in a mission territory ushers in a delicate period of sometimes very rapid development in structures, circumscriptions,

⁹ See J. I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997, 349-350.

¹⁰ BENEDICT XVI, Letter, *Venerati fratres episcopi*, AAS XCIX (2007) 553-581 (especially n. 18).

¹¹ SACRA CONGREGATIO PRO GENTIUM EVANGELIZATIONE SEU DE PROPAGANDA FIDE, *Facultates et privilegia sacerdotibus fidelibusque in territorio sinarum degentibus concessa his perdurantibus circumstantiis*, 27.06.1978, in L. SABBARESE (ed.), *Un momento di inculturazione del Cattolicesimo in Cina. Le facoltà speciali del 1978*, *Quaderni di Ius Missionale* 4, Vatican City 2015, 95-98.

¹² These special faculties, renewed by Pope Benedict XVI in the Audience of 30 April 2005, are published in *Ius Missionale* 1 (2007) 257-261.

clergy, religious, lay faithful, and the apostolate. This requires the close attention and care of the church's supreme missionary authority, until such a time stability, at least in juridical terms, is verified. This process ordinarily goes on for several decades and sometimes centuries, long after the initial constitution of ordinary local ecclesiastical circumscriptions and hierarchy. Under the current arrangement, CEP continues to govern this process until, either unilaterally or sequel to the request of the concerned territory, it considers this goal attained and requests the Supreme Pontiff to modify the status of the said territory.

However, this arrangement today raises a number of issues. Beyond the reason of organizational expediency, the current distinction between "mission" and "established" ecclesiastical territories seems hardly sustainable since both territories considerably manifest a hybrid of positive and negative ecclesial indices, some of which are shared, others peculiar to given territories.

At the time of instituting the missionary congregation, territories in which the work of evangelization was ongoing, or yet to be initiated, and those parts of Europe that had come under Protestant influence automatically came under its jurisdiction. This situation remained unchanged for centuries until the beginning of the last century when Pope Pius X removed most of the remaining ecclesiastical territories in the western hemisphere from the jurisdiction of the then *Propaganda Fide*. This was in the context of the geo-political divide between the powerful, industrialized first world regions of the West and the poor, marginalized third world regions of Africa, Asia, Oceania and South America. With few exceptions, the composition of ecclesiastical territories in the mission category broadly reflected this divide, thus fueling the perception that this categorization had more to do with geo-political expediency than ecclesiality indices.

Today, many of the historical "mission territories" have evolved stable ecclesiastical structures and vibrant communities, generating native missionaries, but are still accorded passive missionary status. In most cases, they are governed by common law and are no longer mission circumscriptions (vicariates, prefectures, and *sui iuris* missions). Their dependence on CEP would seem, therefore, more a matter of functional distribution of competencies among agencies of the Roman Curia. Conversely, much of the traditional Christian territories have had this tradition considerably weakened, in some cases virtually eroded, by years of secularism, communism, and unfavorable government policies. Yet, these remain "established" churches of the "common law regime", despite manifesting huge evangelization deficits in many aspects. The question is therefore pertinent as to whether the church could be regarded as fully constituted

in any continent today¹³, given that the work of evangelization, which never ceases in space and time, encounters various kinds of obstacles in different territories, cultures, and times, and may only be considered accomplished when it transforms lives, societies, and cultures.

In view of the foregoing, the distinction between mission and common law territories, having served its purpose during the era of the great missions, seems to have outlived its usefulness. There is need to review the current division of ecclesiastical circumscriptions in the Latin church between the Congregation for Bishops and CEP. It seems more appropriate to bring all particular churches and ecclesiastical circumscriptions, with their different territorial groupings, under the aegis of a single dicastery of the Roman Curia. This dicastery could be structured according to departments representing continents, each staffed with competent personnel and experts of each region. This would leave CEP with the responsibility of promoting missionary activity in the strict sense, avoiding the risk of getting it bogged down by fringe commitments. It will also help correct the perception of inequality between categories of bishops and churches arising from the current order. Moreover, the suggested rearrangement will return specialized jurisdiction over persons and issues to relevant dicasteries of the Roman Curia. In fact, it seems legitimate to question the effective capacity of CEP, given the vastness and complexity of the territories currently under its care¹⁴, to adequately cater for issues over which various dicasteries of the Roman Curia have specialized competence.

Be that as it may, it is important that distinction between ecclesiastical territories is not based merely on geopolitical and financial considerations. Geopolitics and the degree of economic self-reliance cannot be the overriding yardstick for measuring pastoral or ecclesial maturity, for many reasons. In the first place, there is the risk that economically disadvantaged churches may see their dependence on CEP as a form of paternalism aimed at keeping them subservient to the dictates of the “pay masters”, and the later may be tempted to pursue the logic of “he who pays the piper dictates the tune”. Some mission territories could even choose to remain in this status in order not to lose the largesse accruing from their subordinate status, thus creating a “dependency” complex that could hinder ecclesial maturity.

¹³ Cf. J. YAWOVI ATTILA, *L'azione missionaria della Chiesa ieri e oggi*, Venezia 2015, 108-112.

¹⁴ As at 2011, according to a report by Cardinal Filoni, the Prefect of the Congregation for the Evangelization of Peoples (Le Competenze della Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli, 22.09.2012, see <http://www.centessimusannus.org/media/2silml1349687543.pdf>, accessed 07/09/2017), the Congregation is responsible over about forty percent of ecclesiastical circumscriptions of the Catholic Church all over the world.

Ecclesiastical economic self-reliance is also a very relative concept that, in some cases, is predicated on state subsidies or faith-based taxes that not many local churches enjoy. This privilege could be lost under a hostile political regime. In effect, rather than constituting a negative ecclesiality index, interdependency of particular or regional churches, even in the area of financial solidarity, is an aspect of the essential bond of ecclesial communion that needs to be promoted, not mortified.

Undoubtedly, in many parts of the world evangelization is still at an incipient stage. These are the real “mission” frontiers that need the special care of the pontifical missionary congregation.

L'EVOLUZIONE DELLA NOZIONE DI FORO INTERNO: DAL CAN. 196 DEL CIC17 AL NUOVO CAN. 130 DEL CIC83

Costantino-M. Fabris*

SOMMARIO: 1. Criteri di revisione del *CIC17*: la questione del foro interno. – 2. Il problema della giuridicità del foro interno. – 3. La potestà nel foro interno in funzione della salvezza dei fedeli. – 4. Conclusioni: circa una definizione di foro interno nell'ordinamento giuridico ecclesiale.

1. CRITERI DI REVISIONE DEL *CIC17*: LA QUESTIONE DEL FORO INTERNO

Allorquando il legislatore canonico si propose di rivedere il *CIC17*, si decise di porre mano anche alla riformulazione del criterio distintivo tra foro interno e foro esterno al fine di evitare la confusione, dovuta alla formulazione del can. 196 *CIC17*, tra il foro interno ed il c.d. foro della coscienza. Il secondo dei *Principia* formulati dalla Commissione costituita per la revisione del *Codex* riguardava espressamente tale questione¹.

La questione del foro interno si poneva come una delle questioni assolutamente fondamentali per l'ordinamento canonico; la salvezza dell'anima, infatti, si ottiene anche conformando gli atti interni alla volontà di Dio, e dunque la potestà della Chiesa non poteva esimersi dall'esplicitare la propria funzione anche nell'ambito del foro interno.

La necessità di rivedere la nozione di foro interno dipendeva dalla circostanza che il can. 196 *CIC17*, assimilando di fatto il foro interno al foro della coscienza (quanto meno dal punto di vista semantico), creava notevoli difficoltà interpretative circa la natura dell'istituto, rischiando di relegare il foro interno alle sole questioni di ordine morale venendo queste considerate come coincidenti con la materia riguardante il foro interno². Assai difficile era dunque operare una chiara distinzione tra la materia di competenza della morale e

* Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna.

¹ Il testo integrale dei *Principia* è in «*Communications*» 1 (1969) 77-85, ivi p. 79.

² Cf. J.M. POMMARÈS, *Le deuxième principe pour la réforme du droit canonique du Synode des Évêques de 1967, la coordination des fors dans le droit canonique révisité trente ans après*, in J. CANOSA (a cura di),

quella di competenza del diritto canonico in ordine alle questioni giuridiche che tuttavia rimanevano occulte.

A tali considerazioni di carattere generale se ne aggiungevano altre riguardanti l'ambigua definizione che il CIC₁₇ forniva in merito ai criteri per distinguere tra atti occulti e atti non occulti, circostanza evidentemente di grande importanza ai fini di poter stabilire quali fossero effettivamente i casi in cui si poteva parlare di potestà in foro interno.

Se, infatti, la potestà di foro interno riguardava gli atti occulti, si trattava di stabilire con certezza quali atti potessero essere definiti tali. Il CIC₁₇ offriva un duplice criterio di interpretazione. Da un lato, a norma del can. 1037, si consideravano impedimenti pubblici quelli che «probari in foro esterno potest», legando dunque il concetto di pubblico/occulto alla circostanza di poter provare l'impedimento, dall'altro il can. 2197, definiva pubblico il delitto che fosse stato divulgato o del quale vi fosse pericolo di divulgazione; come si può notare in tal caso il concetto pubblico/occulto appare più sfumato, dal momento che potrebbe essere considerato occulto anche un delitto di cui un certo numero di soggetti abbiano comunque conoscenza, sebbene non intendano renderlo pubblico, lasciando così ampio margine di discrezionalità nella valutazione sulla pubblicità o meno dell'atto delittuoso.

Un'altra difficoltà derivante dal disposto del can. 196 CIC₁₇ era data dalla distinzione tra foro interno sacramentale ed extrasacramentale. Tale distinzione produceva l'effetto di rendere assolutamente impermeabili i due ambiti con la conseguenza che potevano prodursi conflitti insolubili tra i due fori, esterno ed interno, in determinati casi. Nel caso di concessione di dispensa da un impedimento dirimente in foro interno sacramentale, ad esempio, la dispensa non poteva in alcun caso essere annotata o resa pubblica, nemmeno in un momento successivo, motivo per cui il can. 1047 stabiliva che, nel caso di dispensa concessa in foro interno sacramentale, divenendo successivamente pubblico l'impedimento, si dovesse ottenere per esso un'ulteriore dispensa valevole per il foro esterno con ciò determinando appunto un conflitto di competenze tra fori.

2. IL PROBLEMA DELLA GIURIDICITÀ DEL FORO INTERNO

La maggioranza dei canonisti riteneva che il foro interno avesse senza dubbio carattere giuridico³, e pare corretto a maggior ragione ritenere la giuridicità

I Principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II, Milano 2000, pp. 103-126, ivi p. 105.

³ Cf. fra i molti: W. BERTRAMS, *De natura iuridica fori interni Ecclesiae*, in «Periodica» 40 (1951)

del foro interno anche oggi, sulla base di quanto espresso dall'attuale Codice⁴. Il CIC17, secondo l'opinione di Mörsdorf, riavvicinava questi due ambiti dal momento che in esso si tendeva piuttosto a individuare i due fori⁵ come ambiti di azione della Chiesa⁶.

Il testo del can. 196 CIC17 non risolveva le problematiche evidenziatesi nel corso dei secoli precedenti, per cui l'utilizzo ripetuto dell'avverbio *alia* ingenerava dubbi circa la unicità della potestà presente in capo alla Chiesa che si svolgeva nella duplice dimensione esterna ed interna.

Con le modifiche apportate dal CIC83 si è chiarito che, laddove si discute di foro interno in opposizione al foro esterno, lo si fa in relazione agli ambiti di applicazione di un'unica potestà che è quella di governo, che sussiste in capo alla Chiesa e che è unica⁷, solo che essa viene esercitata in due ambiti l'uno visibile (foro esterno), l'altro occulto⁸ (foro interno).

Il criterio di distinzione tra foro esterno e foro interno non riguarda le materie bensì il grado di pubblicità che la persona desidera dare a determinate situazioni giuridiche, per cui il singolo decide se una determinata questione giuridica vada esaminata nel foro esterno o nel foro interno⁹, con la precisazione che, una volta affrontata la questione nel foro esterno, il fedele non sarà poi libero di riproporla nel foro interno: prevarrà, infatti, il criterio per cui dal foro esterno non si potrà tornare al foro interno¹⁰.

307-340; L. BENDER, *Forum externum et forum internum*, in «Ephemerides Iuris Canonici» 10 (1954) 9-27; K. MÖRSDORF, *Der Rechtscharakter der iurisdictio fori interni*, in «Münchener Theologische Zeitschrift» 8 (1957) 161-173.

⁴ F. J. URRUTIA, *Il criterio di distinzione tra foro interno e foro esterno*, in R. LATOURELLE (a cura di), *Vaticano II: bilancio e prospettive venticinque anni dopo (1962-1987)*, vol. I, Assisi 1987, p. 546.

⁵ Sulla distinzione tra i due fori, interno ed esterno, e sulla loro ulteriore suddivisione, cf. C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 2003, p. 173 nota 149 e A. MOSTAZA RODRIGUEZ, *Forum internum-forum externum. (En torno a la naturaleza jurídica del fuero interno)*, in «Revista Española de Derecho Canonico» 23 (1967) 253-331, ivi pp. 272-284.

⁶ K. MÖRSDORF, *Der Rechtscharakter der iurisdictio fori interni*, cit., p. 164.

⁷ I. FUČEK, *Foro interno in generale, organi e materie di esso. Vastità ed importanza dei problemi*, in TRIBUNALE DELLA PENITENZIERIA APOSTOLICA, (a cura di), *Corso sul foro interno*, Roma 2007 (dattiloscritto).

⁸ Cf. F. J. URRUTIA, voce *Foro giuridico (forum iuridicum)*, in S. C. CORRAL – V. DE PAOLIS – G. GHIRLANDA (a cura di), *Nuovo dizionario di diritto canonico*, Cinisello Balsamo 1993, pp. 536-539.

⁹ Cf. K. MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, I, Paderborn 1964, p. 312.

¹⁰ Unica eccezione è quella stabilita dall'attuale can. 64 CIC, in base al quale la Penitenzieria potrà concedere in foro interno una grazia già negata da altro Dicastero della Curia Romana.

3. LA POTESTÀ NEL FORO INTERNO IN FUNZIONE DELLA SALVEZZA DEI FEDELI

Secondo Saraceni era imprescindibile per la Chiesa tenere conto di tutto quanto avviene nella coscienza dell'uomo¹¹, anche perché i due fori interagiscono continuamente tra loro. Saraceni ricorda come le definizioni che tendono a separare i due fori o addirittura a distinguere in maniera netta tra diritto e morale, vadano capite alla luce di difficoltà legate alla concreta traduzione di tali concetti in norme giuridiche.

Urrutia ricorda che i due fori non sono aree o ambiti separati ma: «modi diversi di attuazione sia del singolo fedele, sia dell'autorità nell'esercizio della sua potestà»¹².

La distinzione tra i due fori attiene dunque al modo di agire del fedele che potrà essere occulto oppure pubblico, e dunque giudicabile nel foro interno oppure nell'esterno¹³.

La potestà della Chiesa sul foro interno è di particolare importanza in quanto tale potestà, che di per sé rimarrebbe relegata ad un ambito occulto, viene ad assumere rilievo nell'ordinamento giuridico producendo effetti visibili, che dunque non si limitano al solo ambito della coscienza.

Bertrams ritiene che ciò che avviene nel foro interno in relazione ai diritti personali dei fedeli essendo utile per la salvezza delle anime dei medesimi fa sì che il foro interno possa qualificarsi come ambito giuridico di diritto pubblico ecclesiastico in quanto, contribuire allo sviluppo ed alla costituzione di tali diritti, è senza dubbio un contributo indispensabile al bene comune della Chiesa¹⁴.

Non si può ritenere esservi una netta separazione tra i due fori dal punto di vista soggettivo dal momento che il fedele, considerato nella sua integralità, opera continuamente una scelta interiore che poi a volte produce effetti esteriori, in una continua "osmosi" tra pubblico e privato, tra coscienza (intesa come coscienza del fatto giuridico e non morale) e manifestazioni esteriori di volontà, che non possono essere separate fra di loro¹⁵.

¹¹ Cf. G. SARACENI, *Riflessioni sul foro interno nel quadro generale della giurisdizione della Chiesa*, Padova 1961, p. 105.

¹² F. J. URRUTIA, *Il criterio di distinzione tra foro interno e foro esterno*, cit., p. 557.

¹³ Cf. F. J. URRUTIA, *Il criterio di distinzione tra foro interno e foro esterno*, cit., pp. 552-553. L'A. ricorda peraltro che: «pubblico non è lo stesso che esterno, in quanto l'attività o l'esercizio della giurisdizione *esterni* possono rimanere *occulti*. L'esercizio pubblico è sempre esterno, ma non viceversa, in quanto l'esercizio *esterno* non è sempre *pubblico*».

¹⁴ Cf. W. BERTRAMS, *De natura iuridica fori interni Ecclesiae*, in «Periodica» 40 (1951) 312.

¹⁵ SARACENI, *Riflessioni sul foro interno*, cit., p. 126, parla esplicitamente di un principio «della normale inscindibilità dei due fori».

Saraceni indica un limite ben preciso alla prevalenza di ciò che avviene nel foro interno su quanto avviene nel foro esterno: tale prevalenza può affermarsi: «sino a quando l'atteggiamento individuale, di ripulsione verso l'autorità, non presti, ad altri, occasione di rovina spirituale. È, infatti, precetto inderogabile di diritto naturale e divino positivo che sia evitato lo *scandalo*»¹⁶. D'altronde un limite è ravvisabile pure in senso inverso: «la difesa del "*bonum communitatis*", cui intende l' "*evitatio scandali*", non può mai esigere, da parte del soggetto un'azione o un'omissione che costituiscano peccato, mortale o veniale, perché "*mala non sunt facienda ut eveniant bona*" o, come ammonisce la "*regola iuris*", "*utilius scandalum nasci permittitur, quam veritas reliquatur*"»¹⁷. In questo senso il Codice fa riferimento più volte, enumerando obblighi e diritti dei fedeli, alla necessità che, nell'esercizio dei medesimi, sia evitato lo scandalo.

L'esercizio della potestà di giurisdizione della Chiesa sul foro interno svolge una funzione determinante per il bene dei fedeli, regolando i problemi personali dei singoli fedeli e garantendo ad essi un bene soggettivo, che viceversa non si avrebbe se tali problemi rimanessero confinati alla esclusiva sfera interiore.

In passato si distingueva il foro interno in due ambiti: il foro interno sacramentale ed il foro interno extrasacramentale. Prescindendo qui da un'analisi puntuale circa l'elaborazione dottrinale su tale distinzione, non sempre peraltro univoca da parte della dottrina canonistica, un breve e superficiale sguardo alle materie proprie del foro interno, a prescindere dalla loro rilevanza sacramentale o extrasacramentale, fanno meglio comprendere perché per il fedele e per la sua salvezza sia così importante tale foro.

Sono infatti materie oggetto dell'esercizio della potestà nel foro interno¹⁸: peccati in quanto materia propria del sacramento della Penitenza; le censure *latae sententiae*, in quanto gli atti da cui derivano non siano stati canonicamente accertati e siano pertanto rimasti occulti¹⁹; le irregolarità che abbiano le stesse caratteristiche delle già citate censure; gli impedimenti, parimenti rimasti occulti, all'Ordine Sacro ed al Matrimonio²⁰; fatti e circostanze per i quali non sia possibile fornire prove esterne e che ingenerino incertezze relativamente alla validità o meno di atti sacramentali (specialmente di quelli non reiterabili); stati d'animo personali di vario ordine e natura che il soggetto non vuole siano resi manifesti a terzi; problemi attinenti la vita morale dei singoli, solitamente

¹⁶ G. SARACENI, *op. cit.*, p. 145.

¹⁷ *Ibidem*, p. 147.

¹⁸ Cf. I. FUČEK, *Foro interno in generale*, in *Corso sul foro interno*, cit.

¹⁹ Cf. J. I. ARRIETA, *Le censure canoniche nell'esercizio del ministero pastorale*, in *Corso sul foro interno*, cit.

²⁰ Cf. C.-M. FABRIS, *Alcune considerazioni sull'istituto della sanatio in radice nel diritto della Chiesa. La concessione della sanatio in foro interno*, in «Diritto e Religioni» 13 (2018) 7-36.

manifestati in ambito sacramentale, ma che richiedono una trattazione che superi l'ambito di competenza proprio del confessore.

4. CONCLUSIONI: CIRCA UNA DEFINIZIONE DI FORO INTERNO
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ECCLESIALE

Da questa seppur sommaria ed incompleta elencazione, appare di estrema evidenza l'importanza della volontà del fedele circa la individuazione del foro di competenza. È solamente tale volontà che è chiamata a poter stabilire la eventuale entrata in azione della potestà della Chiesa nel foro interno. In questo senso Saraceni affermava che: «La volontà individuale, spinta dal dovere di coscienza, vi assume un valore preminente, perché indispensabile per la riconciliazione sacramentale con Dio e perché mezzo tecnico per la conservazione dell'ordine stabilito dal diritto, che, senza spontanea osservanza, risulterebbe disatteso e carente di reazioni»²¹.

In estrema sintesi il foro interno può definirsi nel modo seguente: «giurisdizione segreta condizionata dalla volontaria adesione dei soggetti all'ordine etico-teologico o all'ordine giuridico in situazioni occulte»²².

²¹ G. SARACENI, *op. cit.*, p. 179.

²² *Ibidem*, p. 179.

LA NATURA PASTORALE DEL DIRITTO ECCLESIALE E L'INCONTRO TRA DIRITTO CANONICO E CULTURE GIURIDICHE NEL MAGISTERO DI PAOLO VI

Francesco Falchi*

SOMMARIO: 1. Un giusto omaggio a Paolo VI. – 2. Il diritto canonico nei discorsi di Paolo VI: a) la sua armonia col mistero della Chiesa; b) il suo fondamento. – 3. Il diritto canonico e l'incontro con le culture giuridiche. – 4. Note conclusive.

1. UN GIUSTO OMAGGIO A PAOLO VI

Intento di questi appunti è rendere un giusto omaggio a Paolo VI – dando risalto alle sue parole – per il suo magistero sul diritto canonico¹, assai rilevante anche per la concomitanza con gran parte dei lavori conciliari e della revisione del codice del 1917².

È un insegnamento radicato nel Vaticano II, concilio convocato da Giovanni XXIII come un'assise «di rinnovamento, un concilio pastorale, di adattamento ai tempi nuovi» che «doveva aprire alle esigenze del mondo in veloce trasformazione»³. Con lo stesso intento agisce Paolo VI guidando sapientemente tre sessioni del Vaticano II e la sua conclusione e, seguendo l'attività di revisione del Co-

* Università di Sassari.

¹ Alcuni autori ne hanno riportato ampie parti esponendo, in generale, il pensiero di Paolo VI sul diritto canonico, vid., specialmente, J. B. BEYER, *Significato e funzione del diritto canonico. Il pensiero di Paolo VI*, in «Vita Consacrata», 18 (1982) 739-750; E. CAPPELLINI, *Il diritto canonico nel magistero di Paolo VI*, in *Problemi e prospettive di diritto canonico*, a cura di E. CAPPELLINI, Brescia 1977, pp. 9-49; S. TESTA-BAPPENHEIM, *Gli interventi magisteriali di Paolo VI sul diritto canonico*, in «Kritische Zeitschrift für überkonfessionelles Kirchenrecht», n. 2 (febbraio 2015) 57-82 e in <http://www.eumed.net/rev/rcdcp/02/stb.pdf>; PE. M. TENÓRIO DE OLIVEIRA, *Síntese do pensamento do papa Paulo VI sobre o direito canónico*, in «Direito e Pastoral» 5 (1987) 3-18. Altri lo hanno fatto trattando temi specifici, vid., P.C. OLMOS, *La fundamentación del derecho canónico en las alocuciones de Pablo VI*, Romae 2000; A. SCASSO, *L'«aequitas canonica» nel pensiero di Paolo VI*, Romae 1998.

² Vid., A. CATTANEO, *I fondamenti del diritto canonico*. Anno acc. 2009-2010, p. 29.

³ J. B. BEYER, *Dal concilio al codice*, Bologna, 1984, p. 11.

dice – voluta da Giovanni XXIII «come ‘coronamento’ dei lavori conciliari»⁴ – dà un rilievo speciale alla natura pastorale dell’ordinamento giuridico della Chiesa.

Nell’accostarsi a questo magistero non va dimenticato il momento in cui esso si colloca. Infatti nella discussione sulla presenza di un ordine giuridico nella Chiesa si è aggiunto, dopo il Concilio, come argomento critico la presunta inconciliabilità tra diritto canonico e «carattere pastorale» del Vaticano II, giungendo a presentare l’antigiuridismo «come stile proprio dei lavori conciliari»⁵.

Ciò spiega perché a papa Montini, rivolgendosi ai giudici rotali e ai canonisti partecipanti a specifici congressi⁶, stesse assai a cuore confermare la necessità di un sistema giuridico della Chiesa e delineare gli aspetti essenziali del diritto ecclesiale ed il «giusto rapporto fra Chiesa e Diritto Canonico»⁷.

2. IL DIRITTO CANONICO NEI DISCORSI DI PAOLO VI

a) *la sua armonia col mistero della Chiesa*

In proposito Paolo VI rileva che «si è tanto discusso circa l’esistenza d’un Diritto canonico, cioè d’un sistema legislativo, in seno alla Chiesa, fino a qualificare, non senza qualche biasimo e qualche ironia, di «giuridismo» ogni sua sollecitudine normativa, a *squalificare* perciò questo aspetto della vita ecclesiastica, quasi che le espressioni difettose dell’attività legislativa nella Chiesa giustificassero la riprovazione e l’abolizione di tale attività, in virtù di inesatte interpretazioni di certi passaggi scritturali»⁸.

A suo parere, infatti, sono necessarie forme cui attenersi ma non si può classificare giuridismo «ogni determinazione pratica canonica relativa alla vita esteriore del corpo ecclesiastico»⁹: l’accusa di giuridismo può essere rivolta a quegli studi canonici che si attengono alle vecchie posizioni del positivismo giuridico, o dello storicismo giuridico»¹⁰ che, sostiene Paolo VI, non sono in armonia coi principi del Vaticano II.

⁴ J. HERRANZ, *Il Diritto Canonico, Perché?*, in «Communicationes» XXXIV (2002) 25-45: 27.

⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁶ Riguardo ai discorsi in tali occasioni, vid., autori cit., nt. 1. Va precisato che le allocutiones alla Rota saranno citate con Alloc. e la data completa e poi solo coll’anno.

⁷ PAOLO VI, *Alloc.* 28 gennaio 1972, in «AAS» 64 (1972) 202-205: 202.

⁸ *Ibidem*, p. 203, ove il papa si riferisce a S. Paolo, *Gal.* 2, 16-18 e *Rm* 4, 15.

⁹ PAOLO VI, *Alloc.* 25 gennaio 1966, in «AAS» 58 (1966) 152-155: 153.

¹⁰ PAOLO VI, *Ad clarissimum Virum Romae studiorum universitatis Rectorem...*, 20 gennaio 1970, in «AAS» 62 (1970) 106-111: 110.

A sostegno della compatibilità del diritto canonico con la comunità ecclesiale ripropone alcune espressioni di Pio XII¹¹ ossia che «a torto si distingue una Chiesa giuridica dalla Chiesa della carità» e che la Chiesa, «ch'è giuridicamente fondata, con a capo il Pontefice, è la medesima Chiesa di Cristo, la Chiesa della carità»¹².

Paolo VI sottolinea, pure, che la Chiesa «in quanto società visibile» ha «il suo diritto, fondato sulla natura stessa della Chiesa»¹³ come «popolo costituito in corpo sociale, organico in virtù di un disegno e di un'azione divina, che promuove, dirige, ammaestra e santifica in Cristo l'umanità che a Lui aderisce mediante un ministero di *servizio pastorale* nella fede e nella Carità»¹⁴. Fa notare, inoltre, che «la società visibile è comunità spirituale» e che «questa non può esistere senza e al di fuori di quella Societas» ed è una «realtà organica *quae iuridicam formam exigit et simul caritate animatur*»¹⁵: quindi, «Diritto e Carità non possono essere in opposizione là dove sono essenzialmente uniti»¹⁶. Mette in rilievo, altresì, che il Vaticano II dedica all'«esplorazione teologica» del mistero della Chiesa «una delle sue più significative e luminose meditazioni»¹⁷ e «non solo non ripudia il Diritto Canonico, la norma cioè che precisa i doveri e difende i diritti dei membri della Chiesa, ma la auspica e la vuole, come conseguenza delle potestà lasciate da Cristo alla sua Chiesa, come esigenza della sua natura sociale e visibile, comunitaria e gerarchica, come guida alla vita religiosa e alla perfezione cristiana, e come tutela giuridica della stessa libertà»¹⁸.

b) *il suo fondamento*

Per Paolo VI, nella Chiesa è necessario un ordine giuridico ma «una Chiesa in cui un Diritto Canonico, esteriore e formalistico, prescindesse dallo spirito del Vangelo, o prevalesse sulla speculazione teologica, o soffocasse la formazione della coscienza illuminata all'autodeterminazione e ritardasse lo sviluppo della vita ascetica e propriamente religiosa, non risponderebbe agli orientamenti

¹¹ Vid., *Alloc.* 1966, p. 153.

¹² Pio XII, *Ad alumnos seminariorum*, in «AAS» 31(1939) 245-250: 250. Concetti su cui Pio XII si sofferma nell'enc. *Mystici Corporis*, 29 giugno 1943, in «AAS» 35 (1943) 193-248: 224-226.

¹³ PAOLO VI, *Ad clarissimum...*, cit., p. 108. Invero Paolo VI talvolta richiama anche il concetto di *societas perfecta* precisando che si tratta di una *societas* «non univocamente eguale a quella civile, ma originale e singolare» derivante dalla sua fondazione divina, vid., *Alloc.* 27 gennaio 1969, in «AAS» 61 (1969) 174-178: 175.

¹⁴ PAOLO VI, *Ad clarissimum...*, cit., p. 108.

¹⁵ PAOLO VI, *Alloc.* 8 febbraio 1973, in «AAS» 65 (1973) 95-103: 97.

¹⁶ *Ibidem*, p. 97.

¹⁷ *Alloc.* 1966, p. 153.

¹⁸ *Alloc.* 1969, p. 177.

rinnovatori del Concilio»¹⁹, e perciò neppure ai suoi²⁰. Vi deve essere un ordinamento «che definisce le istituzioni, dispone le esigenze della vita mediante leggi e decreti, completa i tratti essenziali dei rapporti giuridici fra i fedeli, Pastori e laici, per mezzo delle sue norme, che sono a volta a volta consigli, esortazioni, direttive di perfezione, indicazioni pastorali»²¹. Tuttavia «limitare il Diritto ecclesiale ad un ordine rigido di ingiunzioni sarebbe far violenza allo Spirito che... guida verso la carità perfetta nell'unità della Chiesa»²².

Ad essa, in ogni caso, non occorre un generico sistema giuridico ma un complesso di norme in armonia coll'identità datale dal suo fondatore, che coopera, anche col diritto processuale, alla *salus animarum*²³. Il diritto canonico, dunque, è per la missione della Chiesa ed ha una natura pastorale su cui Paolo VI spesso si sofferma, e che delinea specialmente nel discorso del 1973 alla Rota²⁴.

Mentre il legame tra teologia e diritto canonico va infrangendosi²⁵, Paolo VI vede nel Vaticano II – che pure «ha lasciato impregiudicata la questione del fondamento teologico del diritto ecclesiale»²⁶ – la base per ribadirlo. A suo parere, infatti, la riflessione del Concilio sulla Chiesa obbliga «il Canonista a ricercare più profondamente nella Sacra Scrittura e nella teologia le ragioni della propria dottrina»²⁷ e perciò «dopo il Concilio, il Diritto Canonico non può non essere in relazione sempre più stretta con la teologia e con le altre scienze sacre, perché è anch'esso una scienza sacra»²⁸. Proprio «questa più stretta parentela tra la teologia e il diritto canonico», afferma il papa, «infonderà in quest'ultimo caratteristiche nuove» da cui trarrà origine «la revisione del Codice», giacché dopo il Vaticano II nell'elaborazione del diritto canonico è necessario «cercare nella natura intima e misteriosa della Chiesa le ragioni e i principi della sua disciplina canonica»²⁹. Così, a suo giudizio, «si è definitivamente chiuso il tempo in cui certi Canonisti ricusavano di considerare l'aspetto teologico delle discipline studiate, o delle leggi da essi applicate» e ritiene che nell'epoca

¹⁹ *Ibidem*, p. 176.

²⁰ *Vid.*, *ibidem*, p. 176.

²¹ PAOLO VI, *Ad participes Congressus internationalis Iuris Canonici...*, 17 settembre 1973, in «Communications» V (1973) 123-131: 131.

²² PAOLO VI, *Ad participes...*, cit., p. 131.

²³ PAOLO VI, *Alloc.* 28 gennaio 1978, in «AAS» 70 (1978) 181-186: 182.

²⁴ *Alloc.* 1973, pp. 96-98.

²⁵ Sul processo di separazione tra teologia e diritto canonico, *vid.*, tra gli scritti recenti, C. FANTAPPIÈ, *Ecclesiologia e canonistica*, Venezia 2015, pp. 16-23.

²⁶ *Vid.*, G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Bologna 2002, p. 62.

²⁷ PAOLO VI, *Ad clarissimum...*, cit., p. 108.

²⁸ PAOLO VI, *Ad participes...*, cit., p. 124.

²⁹ PAOLO VI, *Ad clarissimum...*, cit., p. 109.

post-conciliare «è impossibile compiere studi di Diritto canonico senza una seria formazione teologica» e che «il rapporto intimo tra Diritto canonico e Teologia si pone... come urgenza» e, di conseguenza, «la collaborazione fra Canonisti e Teologi deve farsi più stretta»³⁰.

A Paolo VI sta a cuore anche porre in risalto, accanto al corpo normativo, la funzione rilevante dell'*aequitas* ed in proposito ricorda che il Codice del 1917 ha «fatto proprie le esigenze di misericordia e di umanità in vista di una giustizia più dolce, più comprensiva» precisando «la portata dell'*aequitas* e la funzione che le spetta» consistente «in una giustizia superiore in vista di un fine spirituale»³¹. Siccome «l'influenza del Concilio Vaticano II si fa sentire sempre più sull'evoluzione del diritto», Paolo VI si chiede se non si renderà «necessario un ripensamento dell'*aequitas canonica* alla luce del Concilio stesso, per conferire ad essa un valore più cristiano e un significato più fortemente pastorale»³².

3. IL DIRITTO CANONICO E L'INCONTRO CON LE CULTURE GIURIDICHE

La Chiesa è a contatto con le culture e «fin dalla sua origine assunse nella sua vita tutto ciò che nella vita sociale e nelle aspirazioni degli uomini vi era di vero, di nobile, di giusto e di bello, facendo così risplendere la carità di Dio nell'umanità divinizzata dallo Spirito di Amore»³³.

Invero l'incontro tra diritto canonico e culture in genere e giuridiche in specie avviene in momenti e modi diversi. Così, a volte, la produzione legislativa dello Stato pone, in varia misura, la Chiesa nella necessità di analizzare gli effetti che tale normativa produce nella corpo sociale e le ripercussioni che ciò può avere in ambito ecclesiale. Anche la riflessione sui progressi della scienza giuridica può indurre il legislatore ad apprezzare i profili utili al diritto canonico. Occasione d'incontro è, pure, l'applicazione stessa del diritto canonico in seguito alle indicazioni o alle direttive di chi guida la comunità ecclesiale e, infine, la fase giurisdizionale in cui il giudice con senso pastorale svolge la sua attività.

In realtà, a questa tematica, Paolo VI ha fatto solo qualche cenno ricordando che la Chiesa nel corso della sua storia ha «preso da altre culture», non solo «dal diritto romano, alcune norme anche per l'esercizio del suo potere giudiziario»³⁴.

³⁰ PAOLO VI, *Ad participes...*, cit., p. 124.

³¹ *Alloc.* 1973, p. 99.

³² *Ibidem*, p. 100.

³³ *Alloc.* 1973, p. 99.

³⁴ PAOLO VI, *Alloc.* 28 gennaio 1971, in «AAS» 63 (1971) 135-142: 139.

Non trascura, comunque, gli effetti positivi e talvolta negativi che ne possono derivare. Quanto ai primi, a suo parere, è da «riconoscere che la Chiesa – per quel che riguarda il diritto di Roma – bene ha fatto ad ispirarsene, quando quel *jus* si imponeva per sapienza, equilibrio e giusta stima delle cose umane, scoprendo nel corpo dell'antico diritto civile positivo, più che l'arbitrio dell'abile legislatore, quella «*recta ratio naturae congruens*», che conferisce alla legge il prestigio della razionalità giusta ed umana»³⁵. Perciò a lui non desta «meraviglia che i codificatori del primo codice canonico si siano in qualche modo ispirati, anche nella parte che riguarda i giudizi, alla sapienza del diritto antico e profano»³⁶.

Come esempio di effetti negativi Paolo VI fa notare «che la Chiesa ha derivato dalle legislazioni civili nei secoli passati anche gravi imperfezioni, anzi veri e propri metodi ingiusti, almeno *obiective*, nell'esercizio del potere sia giudiziario (processuale) sia coattivo (penale) »³⁷. Invita, però, a non «dimenticare che le stesse norme del diritto romano e civile subirono nel corso del tempo profonde modificazioni non solo per l'influsso di altre culture e legislazioni, ma anche e, forse, per l'animazione che ne fece la dottrina cristiana, mediante quel fenomeno interessantissimo del *diritto comune*, che tanto influsso ha poi avuto nelle successive legislazioni canoniche e civili, fino ai codici dei tempi moderni, nella formazione dei diritti dell'uomo, oggi universalmente proclamati»³⁸.

In questa luce e con lo sguardo rivolto al diritto canonico radicato nel mistero della Chiesa e alla sua natura pastorale va considerato l'invito ai canonisti a tener conto che la loro «prima preoccupazione» non deve essere «quella di stabilire un ordine giuridico puramente esemplato sul diritto civile, ma di approfondire l'opera dello Spirito che deve esprimersi anche nel Diritto della Chiesa»³⁹.

Da ciò segue che la fedeltà all'essenza della Chiesa e del suo ordinamento e la prudente valutazione sono criteri per la recezione dell'apporto culturale esterno, che in ogni caso non è automatica e, secondo il pontefice, le stesse pronunce della Rota «filtreranno nel nuovo Codice i risultati felicemente raggiunti dalla più recente elaborazione del diritto civile delle Nazioni»⁴⁰.

Egli, comunque, non ha in mente un sistema "chiuso" ma un ordinamento caratterizzato – come spesso ha sottolineato – dalla riflessione del Concilio sulla Chiesa che ha «obbligato il Canonista a ricercare più profondamente nella Sacra

³⁵ *Ibidem*, p. 139.

³⁶ *Ibidem*, p.140.

³⁷ *Ibidem*, p. 139.

³⁸ *Ibidem*, pp. 139-140.

³⁹ PAOLO VI, *Ad participes...*, cit., p. 131.

⁴⁰ PAOLO VI, *Alloc.* 12 febbraio 1968, in «AAS» 60 (1968) 206.

Scrittura e nella teologia le ragioni della propria dottrina» e dalla “spiritualità” del Vaticano II da lui così sintetizzata nel discorso di chiusura: «La religione del Dio che si è fatto Uomo s’è incontrata con la religione (perché tale è) dell’uomo che si fa Dio». Ci sarebbe potuto essere «uno scontro, una lotta, un anatema. . . ma non è avvenuto. L’antica storia del Samaritano è stata il paradigma della spiritualità del Concilio. Una simpatia immensa lo ha tutto pervaso»⁴¹.

Questa spiritualità aperta verso il mondo, cui guarda senza pessimismo, è alla base del magistero di Paolo VI il quale ne auspica la presenza nell’ordinamento della Chiesa con un Codice rinnovato e un’estensione dell’*aequitas*⁴². Da essa è indotto ad un fiducioso incontro con le culture che traspare dall’impegno per la revisione del Codice «secondo criteri. . . più aderenti alla missione pastorale della Chiesa e alle legittime esigenze della vita moderna»⁴³ e, pure, dall’aspettativa di un «ripensamento dell’*aequitas canonica*» nei termini ricordati «alla luce del Concilio stesso»⁴⁴.

4. NOTE CONCLUSIVE

Il magistero di Paolo VI sul rapporto tra diritto canonico e culture appare, da quanto esposto, in piena armonia con l’affermazione conciliare secondo cui la Chiesa nella sua missione «nulla sottrae al bene temporale di qualsiasi popolo, ma al contrario favorisce e accoglie tutta la dovizia di capacità, risorse e consuetudini dei popoli, in quanto sono buone, e accogliendole le purifica, le consolida ed eleva»⁴⁵. Ciò è coerente in un papa – cui non sfuggono travagli, oscuri misteri e sofferenze dell’esistenza – per il quale, però, tutto è dono, tutto è grazia, “segno e invito”, e che vede il «quadro che circonda la vita dell’uomo. . . degno d’esaltazione e di felice stupore»: un «mondo immenso, misterioso, magnifico» un «universo dalle mille forze. . . leggi. . . bellezze. . . profondità» cioè un «panorama incantevole» che gli «pare prodigalità senza misura»⁴⁶.

In questo scenario vi è l’idea della Chiesa pronta a recepire, in virtù della natura pastorale del suo ordinamento, quanto di positivo le pongono dinanzi i popoli verso cui rivolge l’attività evangelizzatrice.

⁴¹ PAOLO VI, *Invito del Successore di Pietro all’umanità di oggi. . .*, testo it., 7 dicembre 1965, in *Insegnamenti di Paolo VI*, vol. III, 1965, pp. 725-732: 729.

⁴² *Alloc.* 1973, p. 99.

⁴³ *Alloc.* 1969, p.100.

⁴⁴ *Alloc.* 1973, p.100.

⁴⁵ *Cost. Lumen Gentium*, n. 13b.

⁴⁶ PAOLO VI, *Pensiero alla morte*, in *Nell’intimità di Paolo VI*, a cura di P. MACCHI, Brescia 2000, p.

Per Paolo VI, infatti, il diritto canonico non è «una legge dominante, un'espressione di potere autocentrico, un «iussum» dispotico e arbitrario, ma piuttosto una norma... promotrice e proteggente, equilibratrice, quanto meglio è possibile... dei diritti e dei correlativi doveri, della libertà e della responsabilità, della persona e nel contempo della sovrana esigenza del bene comune, e – ciò ch'è proprio della Chiesa – dell'immutabile sua costituzione unitaria e comunitaria e della sua versatile adattabilità nelle attività contingenti di lingua e di costume alle peculiari esigenze delle varie civiltà e peculiari condizioni storiche dell'umano consorzio»⁴⁷.

La revisione del Codice appare a Paolo VI, l'occasione affinché il diritto canonico, sotto ogni profilo, corrisponda ai principi del Vaticano II ed abbia «l'impronta di quella nota pastorale» che «deve imprimere alla legge della Chiesa un carattere più umano, ove ce ne fosse bisogno, più manifestamente sensibile alla carità, che tale legge deve promuovere e tutelare nella comunità ecclesiale e nei confronti della società profana»⁴⁸.

Vi è da vedere se questa aspettativa di Paolo VI abbia avuto risposta in qualche misura. In proposito ci si limita a ricordare, innanzitutto, che lo stesso pontefice dicendo che la revisione del Codice era «fervorosamente in corso» lasciava intendere che procedeva secondo i suoi intenti⁴⁹. Sono, poi, rilevanti le parole pronunciate da Giovanni Paolo II, subito dopo la promulgazione del Codice, ossia che a lui sembra «che l'auspicio di Paolo VI si sia pienamente avverato nei testi legislativi del nuovo Codice: la dottrina ecclesiologica, conforme agli orientamenti del Vaticano II, e le indicazioni pastorali in essa contenute gli assicurano una ricchezza stimolante ed una aderenza concreta alla realtà, che meritano di essere attentamente studiate per essere poi generosamente applicate alla vita della Chiesa»⁵⁰.

Nel concludere questi appunti è giusto sottolineare, in merito ai reciproci apporti culturali, che Paolo VI, nel suo ultimo discorso alla Rota, si augura che «continui sempre a fiorire rigogliosa nel mondo»... «la civiltà giuridica, alla quale la Chiesa ha dato cospicui contributi anzitutto con la luce del Vangelo, che è fondamento della dignità dell'uomo, poi anche con la mediazione da lei svolta quale tramite storico del patrimonio del Diritto Romano, ed ancora con la monumentale elaborazione canonistica»⁵¹.

⁴⁷ PAOLO VI, *Ad clarissimum...*, cit., p. 109.

⁴⁸ *Alloc.* 1972, p. 205.

⁴⁹ *Alloc.* 1969, p. 177.

⁵⁰ GIOVANNI PAOLO II, *Alloc.* 26 febbraio 1983, in «AAS» 75 (1983) 554-559: 556.

⁵¹ *Alloc.* 1978, pp. 185-186.

LA CUESTIÓN DE LA ADMISIÓN AL MATRIMONIO DE LOS QUE NOTORIAMENTE ABANDONARON LA FE Y DE LOS CENSURADOS EN LAS FUENTES HISTÓRICAS Y EN LA CODIFICACIÓN DE 1917. UNA VISIÓN DE SÍNTESIS Y COMENTARIO

José Fernández San Román, L.C.*

SUMARIO: 1. Términos del debate. – 2. Antecedentes históricos y doctrinales. – 3. Las fuentes de los cánones y los trabajos de la Comisión de la Codificación. – 4. Conclusiones principales.

La presente comunicación es fruto de un estudio del *iter* redaccional de los cann. 1065 y 1066 CIC de 1917, y de sus fuentes. Los cánones mencionados tratan de la admisión al matrimonio de las figuras de los que han abandonado notoriamente la fe, los miembros notorios de asociaciones condenadas por la Iglesia, los pecadores públicos y los incursores notoriamente en censura.

Estos cánones se ocupan de lo que tradicionalmente se llamaba el matrimonio *cum indignis*. En resumen, estos matrimonios se desaconsejan y, consultando al Ordinario al respecto, se piden una serie de garantías, sobre todo en orden a la educación católica de la prole, pero son válidos. Tales cánones se han reproducido sustancialmente en el vigente Código de 1983¹.

1. TÉRMINOS DEL DEBATE

Algunos han sostenido que la cuestión de la falta de fe personal en aquellos que quieren casarse, así como el principio de inseparabilidad entre el pacto y el sacramento del matrimonio, se presentan en los tiempos más recientes

* Università Europea di Roma.

¹ Can. 1071 §1 (4º y 5º) y §2 CIC de 1983.

en un contexto histórico diferente al de los pronunciamientos precedentes del Magisterio y, por tanto, esta doctrina debe ser modificada².

En 1981, en *Familiaris consortio* San Juan Pablo II respondió a estas inquietudes afirmando que establecer criterios de admisión al matrimonio que tengan en cuenta el grado de fe de los esposos contradice la tradición eclesial³.

Por este motivo en la investigación que se expone en síntesis, con relación a la situación pastoral de aquellos que se acercan a las bodas con escasa fe personal, se busca en cierta manera una especie de explicitación o confirmación, a la luz de las fuentes, de la mencionada afirmación de *Familiaris consortio*.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINALES

Se puede iniciar recordando cómo con ocasión de la controversia donatista la Iglesia profundizó en la doctrina por la cual los sacramentos tienen como origen de la propia eficacia el hecho de ser acciones de Cristo (causa principal) y no de los ministros (son solamente la causa instrumental)⁴.

Una piedra miliar en la reflexión sobre la fundamentación sacramental del matrimonio la constituyó la aportación de Hugo de Pisa (†1210). En el camino de una reflexión que culmina con este maestro, el impedimento de disparidad de cultos (entendido en sentido amplio) se bifurca dando origen, con el matrimonio de los herejes, al impedimento específico de religión mixta. En este último impedimento los futuros esposos están válidamente bautizados, y esta es la base de la bifurcación entre ambos impedimentos⁵. De hecho, aunque en los siglos anteriores la Iglesia desaprobó los matrimonios mixtos, sin embargo, no los consideró como nulos⁶.

² Cfr. PROFESSORES PONTIFICIAE UNIVERSITATIS GREGORIANAE, ed., *Dialogus. Acta Congressus Commemorativi Primi Centenarii Facultatis I.C. (14-19 februarii 1977)*, in «Periodica de re canonica» 67 (1978) 84-85.

³ Cfr. JUAN PABLO II, *exhortación apostólica Familiaris consortio*, 22 noviembre 1981, n. 68, in «AAS» 74 (1982) 163-165. Los debates continuaron y el Papa Juan Pablo II, en los discursos al Tribunal de la Rota Romana de 2001 y 2003, confirmó y profundizó en esta doctrina. Cfr., respectivamente, «AAS» 93 (2001) 363; «AAS» 95 (2003) 397.

⁴ Cfr. A. PIOLANTI, *Donatismo*, in *Diccionario de teología dogmática*, a cura di P. PARENTE, A. PIOLANTI, S. GAROFALO, Barcelona 1955, pp. 114-115.

⁵ Cfr. J. GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, Torino 1989, p. 152.

⁶ Cfr. F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, Prati² 1912, t. IV. Ius Matrimoniale Eccles. Catholicae, Pars Secunda, p. 435.

Santo Tomás de Aquino (†1274) siguió a Hugo de Pisa en la cuestión antes señalada⁷. Y con respecto a la cuestión de la fe, en el contexto del error de los cátaros con relación al sacramento del matrimonio, Santo Tomás afirmó que con tal de que uno entienda hacer o recibir aquello que da la Iglesia, si bien no le atribuya ningún valor⁸, entonces se realizaría un verdadero matrimonio sacramental⁹.

Con la doctrina teológica del *ex opere operato*¹⁰ el Concilio de Trento confirmó la verdad de fe católica según la cual no se requiere en el ministro la santidad, ni el estado de gracia, ni la fe, para la válida celebración y administración de los sacramentos. Se confirma también expresamente la doctrina por la cual en los sacramentos es suficiente la intención de hacer aquello que hace la Iglesia¹¹.

Entre los siglos XVI a XVIII se van conformando, con relación al matrimonio *cum indignis*, dos grandes corrientes doctrinales: una, favorable a la benignidad pastoral (T. Sánchez, P. Laymann, J. De Lugo y C. La Croix); otra, que se inclina más al rigor y a evitar el peligro de escándalo en la comunidad (P. Lambertini). Este debate será especialmente vivaz en torno a dos cuestiones: la admisión al matrimonio de los que ignoran la doctrina cristiana y el matrimonio con personas excomulgadas.

En esta discusión doctrinal, por lo que se refiere a la ignorancia de la doctrina cristiana, hay tres posiciones principales.

En primer lugar se encuentra la postura de T. Sánchez (†1610), que no considera la ignorancia de la doctrina cristiana como un impedimento porque no ha sido un impedimento establecido como tal por la Iglesia¹².

Otra opinión es la de P. Lambertini (†1758), el cual insiste con fuerza en que los que ignoran la doctrina cristiana deben ser rechazados por su relación con el pecado, pero reconoce que se trata de una prohibición temporal¹³.

⁷ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Supplementum*, q. 59, a. 1, ad 5, in *Suma Teológica*, Madrid 1956, t. XV. En este sentido cfr. F. CANTELAR, *El matrimonio de herejes*, Salamanca 1972, p. 147.

⁸ «Dummodo intendant facere vel recipere quod Ecclesia dat, quamvis credat nihil esse». TOMÁS DE AQUINO, *In IV Sent.*, dist. 30, q. 1, a. 2, ad 2, in *Commento alle Sentenze di Pietro Lombardo*, Bologna 2001, vol. 9.

⁹ Algunos autores afirman que faltando la fe no puede existir la recta intención. Sin embargo, la Iglesia siempre ha considerado que el bautismo administrado por un hereje o un infiel es un verdadero sacramento. Esta intención es suficiente ya que el ministro del sacramento actúa en la persona de toda la Iglesia, cuya fe suple la falta de la fe del ministro. La praxis secular de la Iglesia ha considerado suficiente para la validez la intención "implícita". Cfr. U. NAVARRETE, *Matrimoni misti: conflitto fra diritto naturale e teologia?*, in «Quaderni Diritto Ecclesiale» 5 (1992) 284.

¹⁰ CONC. TRIDENTINO, sess. 7, De sacram., can. 8, in COD, p. 685. (COD= *Conciliorum Oecumenicorum Decreta. Edizioni bilingue*, a cura di G. ALBERIGO et alii, Bologna 1991).

¹¹ CONC. TRIDENTINO, sess. 7, De sacram., can. 11, in COD, p. 685.

¹² Cfr. T. SÁNCHEZ, *De Sancto Matrimonii Sacramento Disputationum*, Lugduni 1739, t. I, liber III, disputatio XV, n. 18.

¹³ Cfr. BENEDICTO XIV, *De Synodo dioecesana*, I, Ferrariae 1758 [obra escrita cuando era arzobispo

San Alfonso de Ligorio (†1787) representa, en cierto sentido, una tercera posición de tipo intermedio. Por un lado, hace una conexión entre el tema de la ignorancia de la doctrina cristiana y los pecadores públicos. Sin embargo, no desaprueba la doctrina por la cual en el caso de indignidad pública, aparte del caso de la excomunión, una persona puede lícitamente contraer matrimonio si la otra parte no puede renunciar al matrimonio sin grave dificultad¹⁴.

Entre los autores que reflexionan sobre el matrimonio con los excomulgados conviene resaltar el pensamiento de J. De Lugo (†1660) para quien el matrimonio es un derecho, y hay una diferencia entre lo que es obstáculo al matrimonio por razón del sacramento (como es el caso de la excomunión o el pecado mortal) y aquello que es obstáculo por razón del contrato (los otros impedimentos). Ya que el párroco es un testigo, solamente puede rechazar a aquellos que piden la admisión al matrimonio debido a un impedimento contra el matrimonio como contrato¹⁵. La prohibición de casarse con una persona excomulgada no guarda relación con la validez, sino solamente con la licitud de este tipo de matrimonios¹⁶.

3. LAS FUENTES DE LOS CÁNONES Y LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE LA CODIFICACIÓN

Sobre todo en el siglo XIX tuvieron lugar varias respuestas de organismos de la Santa Sede que constituirán las fuentes en las cuales se inspira el texto de los cánones objeto de nuestro estudio. En estas indicaciones nunca se pone en cuestión la validez de los matrimonios en los cuales a los futuros esposos les falta la fe, aunque a nivel pastoral se realiza la exhortación de alejarse de este tipo de matrimonios¹⁷.

de Bolonia], t. I, lib. VIII, cap. XIV, n. 5. Sobre esta cuestión es considerado como mero doctor privado. Cfr. F.M. CAPPELLO, *De Sacramentis*, Taurini – Romae⁷ 1961, vol. V. De Matrimonio, pp. 150-151.

¹⁴ Cfr. A.M. DE LIGORIO, *Theologia moralis*, lib. VI, tract. 1, cap. 2, dubium 2, n. 55, in *Opera moralia Sancti Alphonsi Mariae de Ligorio. Doctoris Ecclesiae. Theologia Moralis*, a cura di L. GAUDÉ, Romae 1909, vol. III.

¹⁵ Cfr. I. DE LUGO, *De sacramentis in genere*, Lugduni 1670, disputatio VIII, sectio XIII, n. 216.

¹⁶ Cfr. A.M. DE LIGORIO, *Theologia moralis*, lib. VII, cap. 2, dubium 2, n. 148, in *Opera moralia* cit. ..., Romae 1912, vol. IV.

¹⁷ Incluso se emanaron algunos decretos que en manera explícita mencionan que, si no es posible evitarlos, se acepta el matrimonio con apóstatas (Sagrada Congregación del Santo Oficio [=SCSO], respuesta *Leodien.* 30 enero 1867, in P. GASPARRI, ed., *Fontes*, IV, Romae 1926, pp. 301-302, n. 998) y librepensadores que niegan la entera fe católica (SCSO, respuesta, 25 mayo 1897, in P. GASPARRI, ed., *Fontes* ..., cit., p. 493, n. 1186). Evitar un matrimonio meramente civil, o el concubinato, se

Por lo que respecta a los trabajos iniciales de la codificación, la estructura de los cánones que estamos estudiando se basa en el *Votum* o trabajo previo de G. Van Rossum¹⁸. Del estudio de las actas de las reuniones de las Consultas Parciales¹⁹ de la codificación se pueden resaltar los siguientes puntos:

Primero, los consultores al inicio se referían al caso de la apostasía y el matrimonio, y para hacer una ampliación que incluya al herético, a propuesta de F.X. Wernz se formula entonces el concepto de “abandono de la fe”²⁰. Como también dijo P. Gasparri, con tal concepto no pensaban en personas no practicantes²¹.

Segundo, en todos estos debates no se reducen solamente a los casos en que solamente uno de los dos ha abandonado la fe, sino que se habla frecuentemente en plural²².

Tercero, F.X. Wernz origina con una propuesta suya la introducción del calificativo de «notorie», que reduce más el campo del concepto de abandono de la fe, en vez de «publice», también en armonía con la parte del canon que se refiere a quienes notoriamente dieron su nombre a asociaciones condenadas por la Iglesia²³.

En la siguiente fase de la codificación, es decir, las Congregaciones Particulares de los Cardenales, algunos de ellos propusieron dulcificar y moderar los futuros cann. 1065 y 1066 permitiendo este tipo de matrimonios para evitar males mayores. El cardenal C. Gennari pide moderar la expresión «arcendi sunt», es decir, “deben evitarse”, respecto a la ignorancia de la doctrina cristiana. Como consecuencia de esta intervención, P. Gasparri recibe la aprobación para trasladar esta cuestión a otra parte del Código, la dedicada a la preparación al matrimonio²⁴.

retienen como causa suficiente para permitir estos matrimonios. Esta línea, ya antes defendida por J. De Lugo, será la seguida posteriormente en los cann. 1065 y 1066. Cfr. E. FERNÁNDEZ REGATILLO, *Ius sacramentarium*, Santander⁴ 1964, p. 730.

¹⁸ Cfr. ARCHIVO SECRETO VATICANO (ASV), *Commissione cod. Diritto Canonico* (CCDC), scatola (scat.) 8.

¹⁹ Cfr. ASV, CCDC, scat. 55.

²⁰ Cfr. ASV, CCDC, scat. 55, p. 199.

²¹ Cfr. ASV, CCDC, scat. 55, p. 286. Los consultores rechazan la extensión a estos tipos de matrimonios de la categoría del matrimonio mixto. Los motivos fueron que no existía un tal impedimento para el “simple” abandono de la fe y porque provocaría el aumento de los matrimonios meramente civiles. Cfr. ASV, CCDC, scat. 55, p. 309.

²² Cfr. ASV, CCDC, scat. 55, p. 199.

²³ Cfr. ASV, CCDC, scat. 55, p. 287. Respecto al futuro can. 1066 F.X. Wernz también aportó dos contribuciones, que se seguirán posteriormente. La primera, indicando que la ignorancia de la doctrina cristiana es en realidad una cuestión que se sitúa entre las condiciones previas al matrimonio. Cfr. ASV, CCDC, scat. 55, p. 187. La segunda, la sustitución de la referencia a los pecados (argumento más propio de la teología moral) por el concepto jurídico-canónico de “pecadores públicos”. Cfr. ASV, CCDC, scat. 55, p. 287.

²⁴ Cfr. ASV, CCDC, scat. 56, busta VII.

Después de estas reuniones se fueron sucediendo varios Esquemas de cánones en los cuales se aprecia la gran receptividad de P. Gasparri y de sus colaboradores a acoger las Observaciones recibidas por parte del episcopado mundial²⁵.

4. CONCLUSIONES PRINCIPALES

No obstante que se reconocen los límites del presente estudio prevalentemente histórico, se ha confirmado, por así decir, la afirmación de *Familiaris consortio* por la cual establecer criterios de admisión al matrimonio que tengan en cuenta el grado de fe de los esposos contradice la tradición eclesial. Esta ha sido la doctrina unánime hasta el Concilio Vaticano II. Esto no excluye seguir profundizando en un tema de tanta actualidad.

Una cuestión relacionada con la anterior es si la respuesta de la Iglesia estaba condicionada por una específica situación de cristiandad.

A este respecto conviene recordar que *Familiaris consortio*, en continuidad con la praxis secular de la Iglesia, admite expresamente como suficiente la «intención implícita»²⁶ de aceptar aquello que la Iglesia tiene la intención de hacer cuando celebra el matrimonio. Pensamos, por tanto, que la Iglesia fundamentalmente no ha modificado su doctrina a lo largo de la historia²⁷ porque se trata una cuestión basada sobre principios teológicos. Tanto en el Código de 1917 como en el vigente de 1983 esta enseñanza se apoya en el principio basilar del derecho matrimonial canónico de la inseparabilidad entre pacto y sacramento en los bautizados, y en el dato teológico de la peculiaridad del sacramento del matrimonio en el cual los ministros son los propios esposos²⁸.

²⁵ Entre estas Observaciones se debe resaltar la preocupación de los obispos canadienses por el escándalo y la afirmación del Ordinario de Wratislavia de que el can. 1065 causará problemas con el gobierno civil. Cfr. ASV, CCDC, scat. 85. También el Beato Andrea Carlo Ferrari (Cardenal Arzobispo de Milán) propone la mitigación de los cann. 1065 y 1066 porque, si no se cambian, los párrocos se encontrarán en grandes dificultades pastorales. Cfr. ASV, CCDC, scat. 84.

²⁶ JUAN PABLO II, exhortación apostólica *Familiaris consortio* . . . , cit., n. 68, p. 164.

²⁷ «È bene ribadire con chiarezza che la qualità della fede non è condizione essenziale del consenso matrimoniale, che, secondo la dottrina di sempre, può essere minato solo a livello naturale (cfr. CIC, can. 1055 § 1 e 2)». FRANCISCO, *alocución «Ad Tribunal Rotae Romanae, occasione Inaugurationis Anni Iudicialis»*, 22 enero 2016, in «AAS» 108 (2016) 138-139.

²⁸ Cfr. J. HERVADA, *La inseparabilidad entre contrato y sacramento en el matrimonio*, in *Cuestiones fundamentales sobre Matrimonio y Familia. II Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra (9-11 abril 1980)*, a cura di A. SARMIENTO, E. TEJERO et al., Pamplona 1980, pp. 259-272; U. NAVARRETE, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 2007, pp. 201-290.

LE DEROGHE AL DIVIETO DI MATRIMONIO MISTO NEL DIRITTO CANONICO E NEL DIRITTO EBRAICO

*Mariangela Galluccio**

SOMMARIO: 1. Ragioni ed obiettivi dello studio sul tema. – 2. I divieti di nozze miste nel diritto canonico e nel diritto ebraico. 2.1. L'evoluzione. 2.2. La disciplina. – 3. Le deroghe al divieto di matrimonio misto. – 4. Sintesi conclusiva.

1. RAGIONI ED OBIETTIVI DELLO STUDIO SUL TEMA

Il confronto fra diritto canonico e culture giuridiche nei cento anni dalla prima codificazione canonica può costituire lo spunto per uno studio sul divieto di matrimonio misto (ossia celebrato fra fedeli di diverse confessioni religiose) nel diritto canonico e nel diritto ebraico, nonché sulle rispettive modalità di superamento dello stesso divieto.

Se, infatti, l'endogamia religiosa soddisfa principalmente l'esigenza di tutela della fede di appartenenza e la conservazione del bagaglio teologico-dottrinale di riferimento (anche ai fini della sua trasmissione alla prole), allora un'analisi comparata dei divieti di nozze miste in alcuni diritti religiosi, potrebbe costituire uno strumento efficace per valutare come una confessione religiosa sia disposta a mettere alla prova la tenuta dei propri principi fondanti per incontrare l'"altro", avvalendosi di regole che consentano di assicurare, sia la conformità del diritto vivente ai dettami del sistema valoriale estrinseco di riferimento, sia l'adattamento del diritto vigente alle istanze provenienti dalla comunità dei propri fedeli nell'esercizio di diritti fondamentali, qual è – indubbiamente – anche il diritto al matrimonio.

Infatti, al di là dell'inconciliabilità dei sistemi dottrinali-teologici, i diritti confrontati potrebbero presentare moduli operativi pratici sostanzialmente simili per la risoluzione dei medesimi problemi; allo stesso tempo, dalla consa-

* Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina.

pevolezza di una sostanziale convergenza operativa potrebbe trarre vigore il dialogo tra sistemi distanti¹.

In quest'ottica si rivela particolarmente interessante un raffronto dell'istituto del divieto di matrimonio misto e delle modalità adottate per il suo superamento nel diritto canonico (della Chiesa latina) e nel diritto ebraico (della corrente ortodossa); e ciò sia in quanto tali diritti sono espressione di sistemi teologici seppur distanti, ma in qualche modo connessi, sia in quanto, nell'evoluzione storico-giuridica del divieto, i due diritti sembrano essersi assestati su posizioni opposte in ordine al superamento delle proibizioni matrimoniali c.d. "a tutela della fede": l'ordinamento canonico, infatti, nel can. 1086 CIC, prevedendo il divieto, ne indica altresì le modalità di disattivazione; l'ordinamento ebraico, invece, sembra disporre un divieto che non ammette eccezioni e che, anzi, si è rafforzato nel corso del tempo.

Una tale comparazione – certamente non esaustiva –, dovrà avere presente che gli ordinamenti considerati «hanno elaborato meccanismi volti a garantire l'adeguamento dei propri apparati normativi (inclusi quelli di origine divina) alle trasformazioni sociali»² che promanano e si strutturano in conformità ai loro principi teologico-dottrinali ispiratori.

Al riguardo, si è evidenziato che il ricorso a forme di positivizzazione di tipo "pattizio" prevale nella storia dell'Ebraismo, mentre il Cristianesimo si caratterizza per un modello di comunicazione dei principi fondanti basato sulla nozione di "incarnazione" della divinità. Infatti, nel delineare il rapporto tra norma e fedele, il Cristianesimo si basa sull'affermazione della partecipazione degli uomini, per via c.d. sacramentale, allo speciale potere che il Cristo (il *logos*, la norma) divenuto uomo, condivide con il Padre e lo Spirito Santo (c.d. *economia trinitaria*), cosicché i fedeli possono incidere direttamente sul sistema giuridico in base al carisma proprio (presbiteri, laici, consacrati), determinandone l'evoluzione.

Nell'ordinamento giuridico ebraico, invece, la relazione norma/fedele viene regolata dalla stipula di un'Alleanza tra Dio e il popolo ebraico che, come è proprio di ogni contratto, è esclusiva, nel senso che lascia fuori tutti i non aderenti al patto e crea tra le parti "incluse" un rapporto tipicamente "contrattuale", i cui termini vengono definiti non soltanto una volta per tutte nella *Torà*, ma "progressivamente" anche attraverso l'interpretazione rabbinica del testo sacro.

¹ Sul dialogo fra le confessioni religiose a livello giuridico, ossia nel momento in cui la dottrina teologica si traduce nel comportamento di attuazione affidato ai fedeli, si veda: S. FERRARI, *Diritti e religioni*, in *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, a cura di S. FERRARI, Bologna 2008, pp. 17-18.

² S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Bologna 2002, p. 13.

Inoltre, anche la diversità della forma con cui nei due sistemi confrontati si è strutturata la chiamata di partecipazione al messaggio di salvezza propugnato ha avuto un peso nel meccanismo di superamento del divieto di matrimonio misto. Da un lato, bisogna cioè tener conto della *missionarietà* essenziale della Chiesa e del fatto che il messaggio di salvezza è diretto a tutti gli uomini; dall'altro lato, si deve tener conto dell'*esclusività* dell'ebraismo e del fatto che il suo messaggio di salvezza è riservato al popolo eletto.

Pertanto, se nel diritto canonico il fenomeno delle nozze miste, fin dal suo presentarsi, è stato considerato e trattato giuridicamente con una certa tolleranza³, nel diritto ebraico, invece, la progressiva rigidità sviluppata al riguardo risulta non solo funzionale al rispetto dell'Alleanza ma, in considerazione delle vicende storiche che hanno interessato il popolo ebraico, costituisce uno strumento di tutela della stessa identità del popolo di Israele e delle sue tradizioni.

2. I DIVIETI DI NOZZE MISTE NEL DIRITTO CANONICO E NEL DIRITTO EBRAICO

2.1. *L'evoluzione*

Nel diritto canonico la proibizione di nozze miste è comparsa prima nella prassi apostolica e successivamente nei canoni dei Concili, fin quando ha assunto la definitiva natura di impedimento dirimente (in concomitanza con la "maturazione" della categoria sostanziale dell'incapacità giuridica a contrarre matrimonio: c.d. *inhabilitas*), rivestendosi della forma giuridica con la quale si riassume la massima astrattezza e genericità della legge: la forma codicistica⁴.

Nel sistema giuridico ebraico la proibizione di matrimonio misto, nata con i Patriarchi quale suggerimento di carattere sociale, dopo la rivelazione sinaitica si configura come divieto connesso all'Alleanza e, successivamente, si definisce come uno dei principali fattori di tutela della identità del popolo ebraico, a mano a mano che questa rischia di diluirsi a causa degli avvenimenti storici che hanno interessato il popolo israelitico. Tale andamento evolutivo rispecchia perfettamente il rapporto esistente tra le fonti del diritto ebraico quale sistema giuridico destinato ad evolversi mediante l'interpretazione rabbinica del testo sacro (*Torà-*

³ Si pensi alle indicazioni di prassi dell'Apostolo (cfr. *1 Cor.* 7, 12-14) a seguito delle quali le nozze miste, considerate come possibili strumenti di diffusione del messaggio evangelico, vengono tollerate, tuttavia con la possibilità di un loro scioglimento nel caso di pericolo per la fede del cristiano.

⁴ Sull'evoluzione delle fonti del diritto canonico si vedano: A. M. STICKLER, *Historia Iuris Canonici Latini*, I. *Historia fontium*, Roma 1986; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 2003.

Legge Orale), in quanto il rafforzamento del divieto di nozze miste è il risultato dell'opera interpretativa dei rabbini sul testo formalizzato a partire da *Dt.* 7, 1-4.

2.2. *La disciplina*

Nel diritto canonico il divieto di matrimonio interreligioso costituisce un impedimento matrimoniale da cui deriva la nullità delle nozze (cfr. can. 1086 CIC). Dal punto di vista formale, esso si differenzia dagli altri impedimenti, configurandosi come un «difetto di legittimazione derivante non già dalla condizione o dalla posizione soggettiva della parte cattolica [...] (ma) scaturente [...] dalla qualità soggettiva dell'altra parte»⁵. Dal punto di vista sostanziale, la disparità di culto presenta una disciplina peculiare poiché, oltre alla previsione dell'effetto dirimente, il can. 1086 CIC contempla anche le modalità da adottarsi per superare lo stesso divieto.

Il diritto ebraico provvede a sanzionare direttamente le unioni matrimoniali tra ebrei e non ebrei con la nullità, in conseguenza dell'incapacità giuridica a contrarre un valido matrimonio ebraico da parte di un soggetto non ebreo⁶; indirettamente, invece, si prevedono alcune cautele per scongiurare tali unioni: in primo luogo, la trasmissione dell'identità ebraica alla prole per via matrilineare⁷; in secondo luogo, le conseguenze sui rapporti patrimoniali fra gli interessati, tra i quali non sussistono né i reciproci diritti successori, né insorge, per la donna, il diritto agli alimenti; in terzo luogo, disponendo un divieto generale di conversione all'ebraismo se la stessa è dettata esclusivamente dal desiderio di contrarre matrimonio con un ebreo⁸.

3. LE DEROGHE AL DIVIETO DI MATRIMONIO MISTO

Nell'ordinamento canonico il superamento dell'impedimento di disparità di culto è possibile mediante il rilascio della dispensa da parte della competente autorità ecclesiastica, a condizione che vengano adempiuti alcuni incombeni

⁵ S. BERLINGÒ, *La natura canonica dei matrimoni misti*, in AA. Vv., *I matrimoni misti*, Città del Vaticano 1998, p. 105.

⁶ «Costoro [ossia non ebrei] non hanno in effetti la capacità giuridica di contrarre matrimonio», *Shuchan Aruch, Even Haezer*, 44, 8, 9.

⁷ In riferimento al principio matrilineare di trasmissione dell'identità ebraica cfr. *T.B. Kiddushin* 66b, 68b; *T. B. Jevamot* 17a; MAIMONIDE, *Mishnè Torà, Hichot Ishurè Bià* 12.

⁸ Sul divieto di conversione all'ebraismo a scopo matrimoniale si veda: *T. B. Jevamot* 24b; MAIMONIDE, *Mishnè Torà, Hichot Ishurè Bià*, 13,14.

(le c.d. *promissiones*), cui oggi è tenuto il solo contraente battezzato, nel rispetto della religione professata dall'altro contraente. Ciò significa che alla *causa iusta ac rationabilis*, fondamento per l'esercizio del potere di dispensare, si aggiungono ulteriori elementi da valutarsi da parte dell'Ordinario, coincidenti con le informazioni raccolte nella fase di preparazione al matrimonio e funzionali all'adempimento delle *promissiones*.

A tal proposito, occorre precisare che non sarà l'appartenenza religiosa del non battezzato astrattamente considerata a determinare l'eventuale negazione della dispensa dall'impedimento, quanto piuttosto conterà valutare come la specifica coppia si orienterà a vivere la propria differenza di appartenenza religiosa, nel contesto socio-culturale di riferimento.

Nel diritto ebraico, la soluzione prospettata a fronte di un'unione mista consiste nell'aggrare il divieto "trasformando" l'unione mista in un matrimonio ebraico, ossia consentendo, in determinati casi, con un meccanismo di "inclusione", la conversione all'ebraismo del coniuge non ebreo. Tale soluzione si pone come un rimedio eccezionale e costituisce l'esito di una complessa ed approfondita valutazione da parte di rabbini o decisori i quali, a partire dal caso concreto ed avvalendosi delle tecniche di interpretazione giuridica, operano un bilanciamento fra la proibizione di matrimonio misto, il divieto di conversione all'ebraismo a scopo matrimoniale e una serie di altri valori ritenuti altrettanto importanti, quali la tutela della fede del singolo ebreo, o dell'altro contraente, la conservazione dell'identità della famiglia ebraica e la tutela dell'ordine pubblico.

4. SINTESI CONCLUSIVA

Se è pur vero che Ebraismo e Cristianesimo, partendo da sistemi teologico-dottrinali distanti, hanno assunto forme profondamente diverse (attinenti al sistema delle fonti giuridiche, ai soggetti cui è demandata l'attività di intervento creativo sul diritto stesso, al significato sostanziale di molte categorie ed istituti), tuttavia, nel caso del divieto di matrimonio misto, sembra che la specifica attività posta in essere dalle autorità competenti per "disattivare" la proibizione presenti tratti di notevole somiglianza.

Infatti, nonostante la differenza di ruolo tra i soggetti competenti a rimuovere il divieto (l'Ordinario è un sacerdote, mentre il rabbino è un giurista), l'attività svolta dagli stessi consiste essenzialmente in un'opera di "ponderazione" diretta a valutare, sulla base di taluni elementi concreti, se il caso pratico sia tale da mettere in dubbio l'applicazione dei principi generali del sistema nell'ambito specifico dell'istituto di cui si tratta. Sembra così evidenziarsi l'esi-

stenza di una sorta di DNA mitocondriale comune ai due sistemi confrontati e riconducibile alla struttura di tipo casistico che adottano le autorità competenti per addivenire alla risoluzione dei problemi pratici relativi alla libertà matrimoniale dei propri fedeli. Ciò trova conferma nel ricorso, da parte del diritto canonico, all'uso dello strumento "antico" della dispensa, ossia di un istituto giuridico capace di imporsi sulle forme più evolute ed astratte del diritto (le leggi) e risalente agli albori dell'ordinamento della Chiesa, il primo nucleo del quale si formò intorno alle tecniche di prassi riconducibili agli insegnamenti degli Apostoli, imbevuti – non a caso – di cultura ebraica.

La contiguità rilevata sembrerebbe inoltre poter trovare conferma nel fatto che entrambe le tecniche messe in opera al fine di eludere il divieto di nozze miste, possono considerarsi di tipo sostanzialmente "pastorale". Nel caso del diritto canonico, l'attività svolta dall'Ordinario può definirsi "pastorale" sia in quanto la concessione della dispensa risulta condizionata dall'esistenza di una "giusta causa" – coincidente con la salvaguardia della salvezza spirituale del battezzato –, sia in quanto l'adempimento delle *promissiones* presuppone l'attivazione di un cammino "pastorale" di preparazione della coppia mista considerata.

Nel diritto ebraico l'attività svolta dai rabbini, nel momento in cui si determinano al superamento del divieto di conversione, ammettendo il non ebreo nella comunità di Israele, è stata giustificata in alcuni casi come forma di espressione legittima del comportamento del "pastore fedele", richiamato nel passo biblico contenuto in Ez. 34, 1-31⁹.

In conclusione, in entrambi i diritti confrontati, la soluzione concreta al divieto di matrimonio misto viene adottata sempre nel rispetto della salvezza del fedele, da intendersi, nel diritto canonico, come "salvezza spirituale" e nel diritto ebraico quale garanzia di tutela e di rafforzamento dell'identità dell'ebraismo, mostrando così che il livello ermeneutico nel quale è possibile rintracciare una convergenza tra i due diritti religiosi è il piano dei valori morali tra i quali un ruolo primario è giocato dal principio di "benevolenza"¹⁰ e dalla regola aurea: «Tutto quanto volete che gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro: questa infatti è la Legge e i Profeti»¹¹, ha proclamato il Cristo; «Non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te: questa è tutta la Torah. Il resto è commento»¹², aveva insegnato il rabbino Hillel.

⁹ Si veda in merito S. SHILO, *Halakhic leniency in modern responsa regardin conversion*, in «Israel Law Review», 22, 3 (1988) 362.

¹⁰ Sul punto: E. DIENI, *Comparando comparazioni. Per una biblioteca di diritto comparato delle religioni*, in «Daimon. Annuario di Diritto comparato delle religioni» 3/2003, p. 307.

¹¹ Mt. 7, 12

¹² T.B., Shabbhat 31 a.

L'AVVICENDAMENTO DELLE CODIFICAZIONI CANONICHE NELLA CONTINUITÀ DELLA TRADIZIONE DISCIPLINARE DELLA CHIESA. L'APPORTO DELLE INTERPRETAZIONI AUTENTICHE *PER MODUM LEGIS*

*Manuel Ganarin**

SOMMARIO: 1. L'interpretazione autentica per *modum legis* quale strumento di valorizzazione della *traditio canonica*. – 2. L'influsso dello *ius vetus* nella risoluzione dei dubbi di diritto: alcune esemplificazioni. 2.1. Il ripristino della continuità disciplinare mediante la promulgazione del responso autentico restrittivo. 2.2. L'aggiornamento del significato abituale dei termini legali: l'apporto "creativo" della *traditio canonica*. – 3. L'apporto strutturante del fattore storico nell'esperienza giuridica della Chiesa: "assiologicità", "vitalità" e "mutabilità" della tradizione canonica.

1. L'INTERPRETAZIONE AUTENTICA *PER MODUM LEGIS* QUALE STRUMENTO DI VALORIZZAZIONE DELLA *TRADITIO CANONICA*

Come precisa la *Praefatio* al vigente Codice di Diritto Canonico promulgato da Papa Giovanni Paolo II, il *Codex* del 1917 ebbe una finalità essenzialmente ordinatrice del diritto della Chiesa. L'impiego del modello codificatorio diede così luogo ad un intervento di ristrutturazione complessiva del sistema delle leggi canoniche, per fare sì che fosse individuato con chiarezza il *corpus* normativo da applicarsi nella vita concreta dei *christifideles*¹.

L'innovazione precipuamente metodologica introdotta tramite la prima codificazione implicò di conseguenza la preservazione della maggior parte dei contenuti del diritto sino a quel momento in vigore. Il can. 6 rispecchiava con

* Università degli Studi di Bologna.

¹ Si veda la *Praefatio* al Codice di Diritto Canonico del 1983, in «AAS» 75 (1983), II, XV-XXX: XVIII-XIX.

coerenza l'impostazione razionalizzatrice sottesa al Codice, nel disporre come vi fosse un'"identità fondamentale"² tra la legislazione precedente e quella nuova, anche se non si escludeva all'interno di quest'ultima l'apporto di alcune modifiche opportune³.

Il Codice giovanneo-paolino, per converso, è l'approdo di un percorso riformatore finalizzato non solo a riordinare ulteriormente il plesso legislativo, ma "anche e soprattutto"⁴ a tradurre nel linguaggio canonistico le acquisizioni ecclesologiche del Concilio Vaticano II. Uno sforzo di traduzione che ha mutato incisivamente la portata delle relazioni che lo *ius novum* intreccia con lo *ius vetus*⁵: il can. 6, § 2, infatti, prescrive che nella misura in cui i canoni del Codice riportino il diritto antico, essi sono da valutarsi anche secondo la *traditio canonica*⁶.

In raffronto al can. 6 del Codice del 1917, la formulazione testuale del can. 6, § 2 delimita l'incidenza ermeneutica dello *ius vetus*. Il legislatore anzitutto precisa implicitamente attraverso il termine "*quatenus*" come il Codice non si limiti a riprodurre ordinariamente il diritto antico⁷. Occorre poi soffermarsi sui due verbi impiegati nella disposizione: la circostanza che i canoni possano "riportare" il diritto antico, evidenzia come il Codice del 1983 sia stato posto in linea di continuità all'atto di subentrare al Codice del 1917⁸, reiterando principi e norme che, in quanto "tradizionali", sono consolidati⁹ in un ordinamento giuridico pur sempre sottoposto ad un continuo processo di adattamento «alle mutabili circostanze della realtà storica del Popolo di Dio»¹⁰.

² Così M. CABREROS DE ANTA, *El Código y el antiguo derecho escrito (can. 6)*, in *Comentarios al Código de derecho canónico*, a cura di M. CABREROS DE ANTA, A. ALONSO LOBO e S. ALONSO MORÁN, Madrid 1963, p. 85.

³ Si veda in argomento E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Roma 2013, pp. 239-240.

⁴ Cfr. ancora la *Praefatio* al Codice di Diritto Canonico, cit., pp. XV-XXX: XX.

⁵ In questa sede l'espressione "*ius vetus*" fa riferimento alle fonti di diritto canonico non più in vigore, mentre l'espressione "*ius novum*" indica le norme canoniche attualmente in vigore nell'ordinamento giuridico della Chiesa.

⁶ Il dibattito che si ebbe in occasione della redazione del canone è sintetizzato in PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO. COETUS STUDII «DE NORMIS GENERALIBUS DEQUE PERSONIS PHYSICIS ET IURIDICIS», *Sessio XIV (diebus 12-16 ian. 1976 habita)*, in «Communicationes» 23 (1991) 121-123.

⁷ Cfr. L. CAVALAGLIO, *Traditio Canonica and Legal Tradition*, in «Monitor ecclesiasticus» 129 (2014) 377-408: 392.

⁸ Cfr. H. PREE, *Traditio canonica. La norma de interpretación del c. 6 § 2 del CIC*, in «Ius canonicum» 35 (1995) 423-446: 441; J. GARCÍA MARTÍN, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Venezia⁶ 2015, p. 70.

⁹ Cfr. H. PREE, *Traditio canonica. . . , cit.*, pp. 423-446: 435-436.

¹⁰ BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al Convegno di Studio organizzato dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi in occasione del XXV anniversario della promulgazione del Codice di Diritto Canonico*, 25 gennaio 2008, in «L'Osservatore Romano» 26 gennaio 2008, pp. 4-5: 5.

Il Codice tuttavia indica di “*aestimare*” il canone che riporta il diritto antico, ossia di compiere un discernimento critico ma obiettivo¹¹ che sia in grado di coniugare continuità e innovazione, specie al momento di investigare le interrelazioni tra le codificazioni avvicendatesi nel corso del XX secolo: interpretando, sì, il testo legale alla luce della sua evoluzione storica¹², eccetto qualora sia comprovato il mutamento del significato della norma interpretanda abitualmente invalso nell’esperienza giuridica della Chiesa¹³.

La tradizione canonica dunque figura quale mezzo di interpretazione del dettato codiciale che ben può essere adoperato per la soluzione di un *dubium iuris* emerso nella fase di applicazione della legge. Un dubbio che potrebbe essere risolto anche tramite un’interpretazione autentica “presentata a modo di legge” (can. 16, § 2)¹⁴.

Una parte dei responsi promulgati a seguito dell’entrata in vigore del Codice del 1983 ha avuto per oggetto canoni che soggiacciono al criterio di interpretazione di cui al can. 6, § 2, in quanto riproducono al loro interno disposizioni ricollegabili allo *ius vetus*: segnatamente, i corrispondenti canoni del Codice pio-benedettino.

Entro tale contesto la *traditio canonica* ha potuto esercitare un multiforme influsso ermeneutico, proporzionale al tipo di interpretazione autentica promulgata.

2. L’INFLUSSO DELLO *IUS VETUS* NELLA RISOLUZIONE DEI DUBBI DI DIRITTO: ALCUNE ESEMPLIFICAZIONI

2.1. *Il ripristino della continuità disciplinare mediante la promulgazione del responso autentico restrittivo*

La risoluzione data *per modum legis* a un dubbio di diritto può talvolta concretarsi nell’esercizio della funzione nomogenetica per tramite della pro-

¹¹ Cfr. H. PREE, *Traditio canonica...*, cit., pp. 423-446: 439-440.

¹² Cfr. S. TERRÁNEO, *Sentido y significado de la historia para el canonista*, in «Anuario argentino de derecho canónico» 17 (2011) 179-200: 186-187.

¹³ Cfr. J. MIRAS, *Tradición canónica y novedad legislativa en el concepto de prelaturo*, in «Ius canonicum» 39 (1999) 575-604: 578.

¹⁴ Cfr. J. OTADUY, *Sub can. 16*, in *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, a cura di Á. MARZOA, J. MIRAS e R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, Pamplona³ 2002, vol. I, p. 356. Si veda in argomento R.J. CASTILLO LARA, *De iuris canonici authentica interpretatione in actuositate Pontificiae Commissionis adimplenda*, in «Communicationes» 20 (1988) 265-287; J. HERRANZ, *Interpretación auténtica*, in *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di J. OTADUY, A. VIANA e J. SEDANO, Cizur Menor 2012, vol. IV, p. 715 ss.

mulgazione di responsi autentici restrittivi, che introducono una nuova legge trascendendo il significato ovvero l'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione originario del canone interpretato, sussistente cioè nel momento in cui è entrato in vigore¹⁵. Ciò si è verificato allo scopo di ripristinare la continuità disciplinare tra i due Codici di Diritto Canonico, reintroducendo nel *Codex* del 1983 disposizioni che, essendo in precedenza contemplate nel Codice del 1917, dovevano ritenersi abrogate a norma del can. 6, § 1, n. 1. Un'omissione alla quale non è possibile ovviare mediante il ricorso al criterio ermeneutico della *traditio canonica*: infatti, tale criterio di per sé non è in grado di colmare una lacuna di legge al fine di determinare la "reviviscenza" di una norma antecedentemente codificata, salvo alcuni elementi propri della tradizione stessa non siano implicitamente inclusi tra le fonti del diritto suppletorio enumerate nel can. 19¹⁶.

Così, per esempio, un responso autentico ha precisato un aspetto ulteriore della condizione giuridica assunta dal religioso insignito della dignità episcopale – definita in termini generali dal can. 705 –, stabilendo che egli è privato nel proprio istituto di appartenenza della voce attiva e passiva¹⁷.

Il responso, riferendosi indistintamente al "Vescovo religioso" trova applicazione anche nei confronti dei Vescovi "collocati a riposo", che attualmente non ricoprono un ufficio esterno all'istituto di provenienza: basti pensare, per esempio, al Vescovo religioso che diviene "emerito" della diocesi cui era preposto (can. 402, § 1). È stata così promulgata una legge inabilitante analoga a quella di cui al can. 629 del Codice del 17, che obbligava il Cardinale o il Vescovo religioso che avesse terminato il suo incarico esterno all'istituto di farvi ritorno (§ 1): egli tuttavia poteva scegliere in quale casa risiedere, ma era privato della voce attiva e passiva (§ 2), vale a dire della possibilità di partecipare alle consultazioni elettorali o di essere investito di un incarico.

A ben vedere tale disposizione è riconducibile al diritto umano e, perciò, suscettibile di essere dispensata¹⁸, perché non vi è un'incompatibilità assoluta tra la condizione giuridica derivante dalla consacrazione episcopale e quella

¹⁵ Cfr. J.M. HUELS, *Classifying Authentic Interpretations of Canon Law*, in «The Jurist» 72 (2012) 605-640: 610.

¹⁶ Cfr. H. PREE, *Traditio canonica. La norma de interpretación del c. 6 § 2 del CIC*, cit., pp. 423-446: 444.

¹⁷ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER L'INTERPRETAZIONE AUTENTICA DEL CODICE DI DIRITTO CANONICO, *Responso ad propositum dubium circa can. 705*, 11 maggio 1986, in «AAS» 78 (1986) 1324.

¹⁸ Cfr. SACRA CONGREGAZIONE PER I RELIGIOSI, *Rescriptum. part. Facultas datur ut Episcopi O.F.M. qui absoluto vel dimisso munere ad Ordinem Fratrum Minorum redeunt, voce activa et passiva ceterisque iuribus religiosorum propriis gaudere possint*, 23 luglio 1979, prot. n. 3383/79, in *Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae*, a cura di X. OCHOA, Roma 1987, vol. VI, n. 4724, col. 7791.

derivante dalla professione dei consigli evangelici¹⁹. Il responso invero ha altresì privato del diritto di elettorato attivo e passivo i Vescovi religiosi “in servizio attivo”, come quelli posti a capo di una diocesi o di una circoscrizione equiparata: una legge “odiosa” non formalizzata nel Codice del 1917, ma che presenta tuttavia un fondamento “metapositivo” desumibile dalla “posizione ecclesiologicala”²⁰ nella quale si trova colui che non può impegnarsi nell’istituto – con conseguente assoggettamento alla giurisdizione dei Superiori interni – e, al tempo stesso, provvedere alla cura pastorale di una porzione del Popolo di Dio dipendendo esclusivamente dal Romano Pontefice²¹. La norma stabilita dal responso autentico dunque non è in tale circostanza evidentemente dispensabile (can. 86).

2.2. *L’aggiornamento del significato abituale dei termini legali: l’apporto “creativo” della traditio canonica*

In altre ipotesi le interpretazioni autentiche hanno aggiornato, all’insegna della continuità disciplinare, il significato di alcuni termini legali indeterminati.

Segnatamente la *traditio canonica* rappresenta il punto di partenza dell’itinerario interpretativo, perché individua il significato abituale che la norma già esprime in modo chiaro²²; e il responso, procedendo dallo *ius vetus*, innesca un “processo creativo”²³ per ampliare, ad esempio, ai sensi del can. 18 entro il significato proprio, l’accezione semantica delle parole incluse nel testo legale²⁴. In questo modo ulteriori fattispecie che presentano una *ratio* simile a quella della legge interpretata possono essere sussunte all’interno di quest’ultima.

Così, l’interpretazione autentica esplicativa del can. 1367²⁵, rispondendo ad un quesito sollevato dalla Penitenzieria Apostolica²⁶ ha precisato che il verbo

¹⁹ Cfr. J. BEYER, *Il diritto della vita consacrata*, Milano 1989, p. 384.

²⁰ Cfr. G. GIROTTI, *Sub can. 705*, in *Commento al Codice di Diritto Canonico*, a cura di P.V. PINTO, Città del Vaticano 2001, p. 449.

²¹ Cfr. E. GAMBARI, *I religiosi nel Codice. Commento ai singoli canoni*, Milano 1986, p. 384; J. BEYER, *Il diritto della vita consacrata*, cit., p. 433; V. DE PAOLIS, *La vita consacrata nella Chiesa*, nuova ed. a cura di V. MOSCA, Venezia 2011, p. 593.

²² Cfr. K. OTIENO MWANDHA, *Doubt of law. Juridical and moral consequences*, Roma 2016, pp. 157-159.

²³ Cfr. H. PREE, *Traditio canonica. La norma de interpretación del c. 6 § 2 del CIC*, cit., pp. 423-446: 440.

²⁴ Cfr. A. PRIETO PRIETO, *La interpretación de la norma canónica*, in *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1983, pp. 631-634.

²⁵ Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER L’INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, *Responsio ad propositum dubium circa cann. 1367 et 1442 CCEO*, 3 luglio 1999, in «AAS» 91 (1999) 918.

²⁶ *L’attività della Santa Sede nel 1999. Pubblicazione non ufficiale*, Città del Vaticano 2000, p. 1067.

“*abicerere*” debba essere inteso in senso lato, affinché sia sanzionato non soltanto l’atto di gettare per terra le specie consacrate – come comunemente sosteneva la canonistica²⁷ anche in merito all’interpretazione del can. 2320 del Codice del 17²⁸ –, ma pure qualsiasi altra azione volontariamente e gravemente spregiativa commessa nei confronti dei “beni” tutelati dalla norma penale²⁹. Come del resto rilevò il Consiglio interprete, «la “*mens legislatoris*” sia quella di punire ogni azione grave, esterna e dolosa contro il rispetto e la venerazione dovuti alla SS.ma Eucaristia»³⁰.

3. L’APPORTO STRUTTURANTE DEL FATTORE STORICO NELL’ESPERIENZA GIURIDICA DELLA CHIESA: “ASSIOLOGICITÀ”, “VITALITÀ” E “MUTABILITÀ” DELLA TRADIZIONE CANONICA

A conclusione della nostra breve rassegna può porsi in evidenza come vi sia un filo conduttore che lega i responsi autentici nel contesto più ampio della tradizione canonica.

Il diritto della Chiesa presenta una dimensione storica che non può essere ignorata. La *traditio*, del resto, è un concetto che esprime una continuità assiologica caratterizzante l’evoluzione diacronica della realtà giuridica ecclesiale, la quale si sviluppa pur sempre in rispondenza a principi e valori che non mutano, costituendo l’identità della Chiesa stessa³¹.

Assumendo tale angolo prospettico è indispensabile che l’interprete scorga la “storicità integrale”³² dello *ius Ecclesiae*, che vede nella tradizione sia un mezzo di interpretazione da impiegarsi anche quando la legge di per sé ha un significato chiaro; sia, soprattutto, un elemento strutturante la norma giuridica, la quale perciò presenta un’intrinseca natura tradizionale³³: il fattore storico,

²⁷ Cfr. la ricostruzione di P. DAL CORSO, *I Delicta graviora contro l’Eucaristia*, Venezia 2016, p. 242.

²⁸ Cfr. *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria. Texto latino y versión castellana, con jurisprudencia y comentarios*, a cura di L.M. DOMÍNGUEZ, S. ALONSO MORÁN e J. LÓPEZ ORTIZ, Madrid 1969, p. 857. Nello stesso senso il verbo fu tradotto in alcune edizioni in lingua nazionale del Codice del 1983: cfr., per esempio, *Codice di diritto canonico. Edizione bilingue commentata*, II, a cura di P. LOMBARDÍA e J.I. ARRIETA, Roma 1987, p. 977. In una versione del Codice del 1983 in lingua italiana invece «abicit» è tradotto in senso ampio: «profana» (cfr. *Codice di Diritto Canonico. Testo ufficiale e versione italiana*, Roma 1983, p. 785).

²⁹ Cfr. J. HERRANZ, *Tutela della Santissima Eucaristia*, in «L’Osservatore Romano» 9 luglio 1999, n. 5, p. 1.

³⁰ *L’attività della Santa Sede nel 1999. Pubblicazione non ufficiale*, cit., p. 1067.

³¹ Cfr. H. PREE, *Traditio canonica...*, cit., pp. 423-446: 424.

³² Cfr. S. TERRÁNEO, *Sentido y significado...*, cit., pp. 179-200: 198-199.

³³ Cfr. H. PREE, *Traditio canonica...*, cit., pp. 423-446: 443; J. GARCÍA MARTÍN, *Le norme generali...*, cit., p. 70; L. CAVALAGLIO, *Traditio canonica...*, cit., pp. 377-408: 402.

infatti, non è estrinseco al dato normativo, concretandosi in una "tradizione viva"³⁴ che innerva il *corpus* legale vigente³⁵.

All'operatore del diritto dunque compete il delicato compito di rinvenire le radici storiche della legge canonica, sospesa tra l'esigenza di preservarne il fondamento giuridico impreteribile e l'esigenza di attualizzarne il contenuto dispositivo perché assicurati in modo efficace il bene comune. È stato scritto che mediante il ricorso alla *traditio canonica* la *lex* coincide sostanzialmente con lo *ius*³⁶: in effetti, già Papa Benedetto XVI aveva sottolineato come la legge umana debba ricollegarsi ad un «ordine giusto della Chiesa, in cui vige una legge superiore», nel quale vi è uno *ius* che precede e dà fondamento alla legge, riflettendo quel «nucleo di diritto naturale e divino positivo, con il quale deve essere in armonia ogni norma per essere razionale e veramente giuridica»³⁷. Una *rationabilitas* che dà legittimazione alla norma positiva ed è stata più volte corroborata e salvaguardata dalle interpretazioni autentiche, che hanno potuto ribadire, ripristinare o interrompere la continuità del diritto canonico, se non anche aggiornarla non discontinuamente. D'altro canto, la tradizione oltre ad essere viva è aperta, non potendo rinchiudersi in uno sterile conservatorismo né cedere a temerarie innovazioni³⁸: lungi da qualsivoglia degenerazione, occorre promuovere un'«ermeneutica della riforma», del rinnovamento nella continuità dell'unico soggetto-Chiesa»³⁹ anche nell'ambito del diritto, che presidi la fedeltà alla tradizione e la coerenza interna dell'ordinamento giuridico⁴⁰.

Trattasi di una duplice caratteristica qualificante l'economia giuridica canonica ed attualmente determinante la sua divaricazione dall'esperienza giuridica secolare. La parabola evolutiva del diritto ecclesiale, infatti, non può assecondare moti disgregativi che minino il fondamento trascendente del diritto, al punto da scindere la prescrizione legale dalle sue origini radicate nella tradizione. Una separazione che si rivelerebbe, da ultimo, un "tradimento" non tanto del passato quanto piuttosto dell'apporto strumentale dato dal diritto alla missione salvifica della Chiesa.

³⁴ Cfr. S. TERRÁNEO, *Sentido y significado . . .*, cit., pp. 179-200: 198.

³⁵ Cfr. J. MIRAS, *Tradición canónica . . .*, cit., pp. 575-604: 576.

³⁶ «Thanks to the example of canonical tradition, law (*every law*) can ultimately remain *ius*»: L. CAVALAGLIO, *Traditio Canonica . . .*, cit., pp. 377-408: 408.

³⁷ BENEDETTO XVI, *Allocuzione alla Rota Romana del 21 gennaio 2012*, in «AAS» 104 (2012) 103-107: 105-106.

³⁸ Si vedano le considerazioni di O. GIACCHI, *Innovazione e tradizione nella Chiesa dopo il Concilio*, in «Ephemerides iuris canonici» 26 (1970) 9-24: 23-24.

³⁹ BENEDETTO XVI, *Discorso alla Curia Romana in occasione della presentazione degli auguri natalizi*, 22 dicembre 2005, in «AAS» 98 (2006) 40-53: 46.

⁴⁰ Cfr. O. ECHAPPÉ, *La tradizione tra interpretazione e legislazione nell'ordinamento canonico*, in «Monitor ecclesiasticus» 129 (2014) 369-376: 374.

DERECHO CANÓNICO Y TEOLOGÍA: UN DIÁLOGO NECESARIO PARA AFRONTAR LOS DESAFÍOS DE LA PASTORAL FAMILIAR

*Montserrat Gas-Aixendri**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El matrimonio sacramental en perspectiva teológica. – 3. La dimensión jurídica del sacramento. – 4. La posición del magisterio eclesial. – 5. Una propuesta resolutoria.

1. INTRODUCCIÓN

La tarea de evangelización tiene como uno de sus ejes fundamentales la familia. De ahí la centralidad de la pastoral familiar, evidenciada por la convocatoria de los Sínodos de 2014 y 2015. En ese contexto se ha puesto de relieve la necesidad de dar respuesta a las nuevas situaciones que plantea un mundo secularizado, en el que las creencias religiosas influyen cada vez menos en la vida individual y social. La pastoral familiar se enfrenta hoy al desafío de preparar a las nuevas generaciones para el sacramento del matrimonio, y ante el dilema de admitir o no a la celebración sacramental a quienes están imperfectamente dispuestos. Por otra parte, es sangrante el aumento de las situaciones de familias heridas por la plaga del divorcio. La necesidad de atender pastoralmente a esas personas es también una llamada al discernimiento sobre la validez del matrimonio contraído ante la Iglesia por parte de quienes se encontraban en una situación de alejamiento de la fe. Así, el Sínodo sobre la familia celebrado en 2014, uno de cuyos objetivos fue la recuperación de la idea sacramental del matrimonio¹, sugirió la necesidad de volver a profundizar en la cuestión de la relevancia de la fe de los contrayentes en vistas a la validez del matrimonio entre bautizados².

* Universitat Internacional de Catalunya.

¹ G. MÜLLER, *La esperanza de la familia*, Madrid 2014, p. 5.

² *Relatio ante discernationem*, 6-10-2014, n. 3, e). *Relatio synodi*, de 18-10-2014, n. 48.

La acción pastoral de la Iglesia sobre el matrimonio y la familia necesita fundarse en la verdad alcanzada desde las diversas ciencias implicadas en su estudio: principalmente la Teología y el Derecho canónico³. El Derecho tiene que contar con la aportación teológica, en este caso sobre el carácter sacramental del matrimonio. Y la Teología tiene que tener en cuenta la dimensión natural que está en la base del mismo sacramento, y ser capaz de contrastar sus reflexiones con la realidad de justicia inherente a la sociedad eclesial⁴.

2. EL MATRIMONIO SACRAMENTAL EN PERSPECTIVA TEOLÓGICA

Es conocido el intenso debate teológico desarrollado a partir de los años 70, principalmente a raíz de la cuestión de la admisión a la celebración del matrimonio sacramental de aquellos cristianos que se encuentran alejados de la fe. Para algunos autores la ausencia de fe sería como un obstáculo, que impide al bautismo desarrollar su papel de transformar la realidad humana del amor conyugal en sacramento⁵. Otros ven en la fe el elemento diferenciador entre el matrimonio-realidad natural y el matrimonio-sacramento, atribuyéndole el papel de elemento constitutivo del sacramento⁶. En 1977 la Comisión Teológica Internacional aprobó cinco series de proposiciones acerca del matrimonio cristiano, en las que se trataba directamente la cuestión de la sacramentalidad. En la segunda serie la Comisión sostiene que es necesario distinguir la intención matrimonial de la fe, afirmando que aquélla nace y se nutre de la fe hasta el punto de que sin ninguna fe la validez del matrimonio podría quedar cuestionada. Se abrió así el debate oficial sobre el papel de la fe personal en la validez del matrimonio sacramental⁷.

En el contexto de la celebración de los Sínodos sobre la familia de 2014 y 2015 se ha reabierto esta cuestión. En la Ponencia de apertura de la reunión del Consistorio extraordinario de cardenales, Kasper cuestionaba si en la presente situación podemos presuponer sin más que los novios comparten la creencia

³ BENEDICTO XVI, *La pastoral del matrimonio debe fundarse en la verdad*, en «Revista Académica e Institucional de la UCP», 90 (2011) 91-98.

⁴ El Papa FRANCISCO, en *Amoris laetitia* advierte sobre la necesidad de evitar «un ideal teológico matrimonial demasiado abstracto, casi artificialmente construido, lejano de la situación concreta y de las posibilidades efectivas de las familias reales» (n. 36).

⁵ J.M. AUBERT, *Foi et sacrement dans le mariage. A propos du mariage de baptisés incroyants*, en «La Maison-Dieu» 104 (1970) 116-143: 140.

⁶ L.M. CHAUVET, *Le mariage, un sacrement pas comme les autres*, en «La Maison Dieu» 127 (1976) 64-105: 104-105.

⁷ COMMISSIO THEOLOGICA INTERNATIONALIS, *De doctrina catholica sacramenti matrimonii*, en IDEM, *Documenta (1969-1985)*, Città del Vaticano 1988, pp. 204-253.

en el misterio que se significa por el sacramento⁸. También el Cardenal Müller, entonces Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, planteó que «el matrimonio como sacramento se puede entender y vivir sólo en el contexto del misterio de Cristo. Cuando el matrimonio se seculariza o se contempla como una realidad meramente natural, queda impedido el acceso a su sacramentalidad»⁹. En ocasiones se analiza esta cuestión desde la óptica pastoral, como vía para resolver la situación de los divorciados en nueva unión¹⁰.

Otros teólogos, como los cardenales Scola y Ouellet, se han pronunciado por la necesidad de un “minimum fidei” sin el cual el sacramento del matrimonio no sería válido¹¹. Con respecto a la cuestión sobre si es necesario este mínimo de fe, Ouellet afirma que es suficiente proceder por vía negativa, denegando el acceso al sacramento –o reconociendo la nulidad– «si los contrayentes no se reconocen ya como miembros de la Iglesia por su bautismo, si se declaran abiertamente incrédulos y no manifiestan ningún interés de seguir un cierto curso de preparación más allá de una reunión considerada como una simple formalidad legal»¹².

En este mismo contexto, otros teólogos han tratado de analizar esta misma cuestión, pero han puesto en valor la dimensión sagrada del matrimonio natural o del principio (sacramento primordial)¹³. Se considera así que la elevación del matrimonio a sacramento ha respetado y asumido los valores inherentes al matrimonio “del principio”. Por consiguiente, la voluntad de unirse según un recíproco don que corresponde al designio original divino, es signo de su aceptación, y por tanto es signo de actividad de fe, que parece encontrarse en estado latente, casi oculta entre las cenizas; pero es verdadera fe, algo bien diverso de su ausencia¹⁴. El sacramento del matrimonio es signo eficaz del misterio de la unión entre Cristo y la Iglesia, en virtud de lo que ambos cónyuges son y llegan a ser. Y ello se fundamenta en la realidad ontológica

⁸ W. KASPER, *Bibbia, eros e famiglia*, en «Il Foglio quotidiano», 1-III-2014.

⁹ G. L. MÜLLER, Testimonio a favor de la fuerza de la gracia, Sobre la indisolubilidad del matrimonio y el debate acerca de los divorciados vueltos a casar y los sacramentos. Texto publicado en 2013 y disponible en la web del Vaticano: <http://www.vatican.va> [último acceso 20 de diciembre 2017].

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ A. SCOLA, *Marriage and the Family between Anthropology and the Eucharist: Comments in view of the Extraordinary Assembly of the Synod of Bishops on the Family*, en «Communio» 41 (2014) 208-225: 223.

¹² M. OUELLET, *Mystery and Sacrament of Love. A Theology of Marriage and the Family for the New Evangelization*, Michigan-Cambridge 2015, p. 85.

¹³ J. GRANADOS, *The Sacramental Character of Faith: Consequences for the Question of the Relation between Faith and Marriage*, en «Communio» 41 (2014) 245-268.

¹⁴ A. MIRALLES, *Fe y sacramento del matrimonio*, en Almudi.org [último acceso 20 de diciembre 2017].

del bautismo y el carácter que éste imprime en el cristiano¹⁵. Después, su conducta deberá mostrarse según esta realidad como exigencia de autenticidad, pero la significación sacramental es anterior a la conducta conyugal. El signo sacramental es la unión constituida, no la vida matrimonial. Un ulterior acto de fe personal, más allá del consentimiento, sería necesario sólo si la significación sacramental radicara en el testimonio de vida de los esposos. Entonces, sin una fe consciente de la referencia de ese amor y proyecto de vida al misterio de Cristo, la sacramentalidad quedaría como algo vacío¹⁶.

Todo esto puede quizá hacer pensar en un excesivo automatismo sacramental, como si el matrimonio naciese del simple hecho del bautismo, al margen de la intención de los dos que se casan. En realidad el matrimonio no nace independientemente de la voluntad de los esposos, porque es su recíproca donación la que lo hace nacer. Que ésta implique además una intención sacramental sin ser explícitamente consciente, deriva de la naturaleza misma del sacramento del matrimonio¹⁷.

En síntesis, podemos afirmar que algunas corrientes teológicas plantean la dimensión sagrada del pacto conyugal de un modo marcadamente centrado en aspectos subjetivos (fe personal), y dejan en la sombra la dimensión objetiva primordial del sacramento, ya presente en el orden natural. Se aprecia en ello un cierto temor a la secularización del matrimonio, a que éste quede como algo meramente profano. Esta visión, sin embargo, inconscientemente desvaloriza la dimensión sagrada del orden natural. Esta visión no deja de tener consecuencias prácticas en el ámbito jurídico y en el pastoral. Por otra parte, estas tesis parecen no valorar suficientemente un hecho fundamental que ha subrayado el Concilio Vaticano II: la relación de toda persona con el misterio de la salvación y la posibilidad de que la gracia actúe en quienes desconocen la existencia de Dios. Tampoco parecen apreciar cómo queda afectado el derecho de la libertad religiosa en la Iglesia, que también el Concilio ha querido redescubrir¹⁸.

3. LA PERSPECTIVA JURÍDICA DEL SACRAMENTO

No es infrecuente entre los teólogos cierto desconocimiento del sentido más profundo del Derecho canónico en la Iglesia, que perciben sólo como un con-

¹⁵ J. GRANADOS, *El entrecruzarse de relatos: vínculo conyugal, carácter sacramental y disciplina eucarística*, en «Anthropotes» 30 (2014) 17-42.

¹⁶ A. MIRALLES, *Fe y sacramento del matrimonio*, cit.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ CONCILIO VATICANO II, Constitución Dogmática *Lumen gentium*, capítulo I y Declaración *Dignitatis humanae*.

junto de normas positivas para garantizar el orden externo eclesial. Este hecho se observa de modo particular en el ámbito matrimonial, donde el Derecho se limitaría a tomar en consideración la legítima constitución del matrimonio y sus patologías, y a determinar las consecuencias de una unión conyugal inválida¹⁹. El objeto del Derecho canónico, en cambio, es la consideración del matrimonio y de la familia desde la óptica de lo justo en las relaciones interpersonales. Desde este punto de vista, el Derecho se entrelaza con la vida y con el amor como su intrínseco “deber ser”²⁰. De este modo, el matrimonio celebrado por los esposos, del que se ocupa la pastoral y el regulado por la doctrina canónica, son una sola realidad natural y salvífica²¹.

El matrimonio es un vínculo de justicia que nace del consentimiento de los esposos y que se establece en el nivel natural de la modalidad masculina y femenina del ser personal²². La expresión jurídica del matrimonio cristiano descansa sobre el hecho fundamental de que el matrimonio forma parte del designio de Dios sobre la criatura humana, de modo que los elementos que lo definen y estructuran como relación de justicia no responden a una ley *exterius data*, sino a una normatividad *natura indita*. Por eso la consideración de la dimensión jurídica del matrimonio canónico va íntimamente unida a su carácter de institución natural, que a la vez es “sacramento primordial” con un significado teológico originario²³. Es por tanto necesario subrayar la índole salvífica y sobrenatural de las relaciones de justicia que constituyen la esencia del matrimonio y la familia. Pero esta relevancia eclesial presupone y asume la especificidad del sacramento del matrimonio y por tanto de la dimensión de Derecho natural que lo caracteriza esencialmente²⁴.

4. LA POSICIÓN DEL MAGISTERIO

En la asamblea ordinaria del Sínodo de Obispos de 1980, tanto la cuestión pastoral de los matrimonios de los católicos con fe imperfecta, como el debate teológico desarrollado en torno a ella, encontraron una amplia repercusión. San

¹⁹ G. MÜLLER, *La esperanza de la familia*, cit., pp. 7-8.

²⁰ BENEDICTO XVI, *Discurso a la Rota romana*, 27-1-2007.

²¹ IDEM, *Discurso a la Rota romana*, 22-1-2011.

²² JUAN PABLO II, *Discurso a la Rota romana*, 1-2-2001, n. 5.

²³ M. GAS-AIXENDRI, *La dimensión jurídica del matrimonio canónico a la luz del magisterio reciente. Observaciones a propósito de la reforma del proceso de nulidad realizada por el Motu proprio «Mitis iudex»*, en «Ius Canonicum» 57 (2017) 105-128: 108.

²⁴ C.J. ERRÁZURIZ, *Il matrimonio e la familia quale bene giuridico ecclesiale. Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, Roma 2016, p. 17.

Juan Pablo II recuerda en *Familiaris consortio* la especificidad del sacramento del matrimonio respecto a los otros: ser el mismo pacto conyugal instituido por el Creador al principio. La decisión del hombre y de la mujer de casarse según este proyecto divino, implica realmente –aunque no sea de manera plenamente consciente– una actitud de obediencia profunda a la voluntad de Dios, que no puede darse sin su gracia²⁵. Posteriormente, Benedicto XVI en un encuentro con el Clero de Val d’Aosta²⁶, se refirió expresamente al problema del matrimonio celebrado sin fe y manifestó su preocupación por profundizar en esta cuestión. En 2013 en su discurso a la Rota recordó la necesidad de distinguir la fe de la intención matrimonial, reconociendo sin embargo que ambos aspectos están conectados, ya que la recta intención de casarse presupone un acto de obediencia al designio divino. Por eso reiteró las palabras del célebre discurso de Juan Pablo II a la Rota en 2003: «una actitud de los contrayentes que no tenga en cuenta la dimensión sobrenatural en el matrimonio puede anularlo sólo si niega su validez en el plano natural, en el que se sitúa el mismo signo sacramental»²⁷.

Los Discursos del Papa Francisco a la Rota en los años 2015 a 2017 han abordado desde distintos ángulos la relevancia de la fe en la constitución del vínculo sacramental. En 2015 Francisco afirmaba que el abandono de una perspectiva de fe desemboca en un falso conocimiento del matrimonio, que puede tener consecuencias para la maduración de la voluntad nupcial²⁸. Por eso es necesario determinar si esas consecuencias llegan a comprometer la validez del vínculo matrimonial en cada caso²⁹. En el Discurso del año 2016 el Papa declara que la fe no se requiere para la validez del sacramento. Se refiere a la fe como *habitus fidei*, o fe infusa en el momento del bautismo y que actúa también cuando el cristiano no manifiesta una adhesión subjetiva a las verdades doctrinales. En la base de esta afirmación subyace un hecho teológico importante: la sacramentalidad del matrimonio tiene su raíz en el bautismo³⁰. En continuidad con todo el magisterio precedente, el Papa reafirma que «la calidad de la fe no es una condición esencial del consentimiento matrimonial, el cual, de acuerdo con la doctrina de siempre, puede ser minado solamente a nivel

²⁵ JUAN PABLO II, Exhortación apostólica *Familiaris consortio*, n. 68.

²⁶ BENEDICTO XVI, *Discurso al Clero de la Diócesis de Aosta*, 25-07-2005.

²⁷ JUAN PABLO II, *Discurso a la Rota romana*, 30-I-2003, n. 8.

²⁸ FRANCISCO, *Discurso a la Rota romana*, 23-1-2015.

²⁹ M. GAS AIXENDRI, *Cultura, fede e conoscenza del matrimonio*, en «*Ius Ecclesiae*» 27 (2015) 467-477: 473.

³⁰ T. RINCÓN-PÉREZ, *Fe para la celebración del matrimonio*, en *Diccionario General de Derecho Canónico*, a cura di J. OTADUY - A. VIANA - J. SEDANO, ed., Cizur Menor 2012, vol. III, p. 942.

natural»³¹. La Exhortación apostólica *Amoris laetitia* recuerda que los esposos son los ministros del sacramento, cuya centralidad está en el consentimiento del varón y la mujer, que es lo que de por sí establece el vínculo sacramental³². Finalmente, en el discurso de 2017, Francisco vuelve a tratar sobre la relación entre fe y matrimonio, centrándose en la necesidad de replantear la tarea de preparación al matrimonio sacramental.

5. UNA PROPUESTA RESOLUTIVA

Los problemas pastorales exigen, por su misma naturaleza, soluciones pastorales. La Teología aporta el conocimiento necesario para comprender la conexión del matrimonio con el designio de salvación de Dios. Designio que se expresa desde la creación. El Derecho canónico no se limita –como ha quedado dicho– a regular el matrimonio y sus condiciones de validez, sino que expresa la dimensión de justicia presente en la institución matrimonial desde *el principio*. Ni las respuestas teológicas ni las pastorales deberían ignorar los aspectos problemáticos que, en el orden de la justicia en las relaciones eclesiales, crean algunas propuestas. Exigir un *mínimum fidei* a los fieles que piden casarse en la Iglesia conllevaría, por ejemplo: 1) Negar la celebración a quienes se declaran no creyentes o carecen de un mínimo de fe, sin poder aplicar criterios objetivos para medirla. Se podría así caer en juicios discriminatorios y arbitrarios sobre quién debe o no ser admitido a la celebración del matrimonio en la Iglesia. 2) A quienes se les negase tal celebración, se les estaría declarando incapaces para contraer un matrimonio sacramental; se les negaría este derecho fundamental por un hecho –la fe sobrenatural– que en definitiva no depende de ellos. Ninguna de estas opciones parece tener gran sensibilidad pastoral. 3) Exigiría que, al juzgar la validez del matrimonio en un proceso de nulidad, el juez entrase a valorar un estado subjetivo del contrayente –ya de por sí complicado– acontecido en años anteriores.

La tradición y la praxis secular de la Iglesia confirman cuanto estamos afirmando, puesto que siempre han reconocido la validez de los matrimonios entre no bautizados, que son sacramentales al bautizarse ambos cónyuges³³. Tampoco han dudado acerca de la validez del matrimonio de un católico con

³¹ FRANCISCO, *Discurso a la Rota romana*, 22-1-2016.

³² FRANCISCO, Exhortación apostólica *Amoris laetitia*, n. 75.

³³ El Papa ha recordado recientemente que «cuando dos cónyuges no cristianos se bautizan, no es necesario que renueven la promesa matrimonial, y basta que no la rechacen, ya que por el bautismo que reciben esa unión se vuelve automáticamente sacramental». FRANCISCO, *Exhortación apostólica «Amoris laetitia»*, n. 75.

un no bautizado cuando se celebra con la debida dispensa³⁴. Finalmente, han considerado válidos y sacramentales los matrimonios de los cristianos que no están en plena comunión con la Iglesia.

Entre el orden natural y el sobrenatural hay una profunda unidad que se expresa de manera admirable en el matrimonio, ya que en su mismo ser creado lleva integrada una significación cristológica que lo conecta con la salvación. La Teología, el Derecho y la Pastoral deben tener en cuenta esta unidad en sus reflexiones científicas sobre el matrimonio. El consentimiento matrimonial implica una apertura implícita al misterio de Dios y a su plan de salvación. Es decir, supone un acto implícito de fe personal, que sería suficiente para poner en existencia el signo sacramental³⁵. Es fe porque es adhesión al proyecto divino sobre el matrimonio, aunque se ignore o se desconozca al Creador. El problema de la contraposición entre doctrina y praxis, ampliamente debatido en los Sínodos (y que sigue todavía sin resolver, al menos desde el punto de vista especulativo y de fundamentación), es una manifestación más de las actuales dificultades para postular una dimensión objetiva, natural y sobrenatural, del matrimonio más allá de la dimensión subjetiva y psicológica de la voluntad³⁶. La cuestión no es si es necesaria la fe para que haya sacramento, sino si debe exigirse un acto de fe personal por parte de los contrayentes. Pues bien, a la luz de la doctrina sobre el *sacramento primordial*, la obediencia de los contrayentes al plan divino sobre el matrimonio al poner la recta intención matrimonial, debería considerarse suficiente para dar existencia al signo sacramental³⁷.

Puesto que la dimensión de justicia es intrínseca a la Iglesia, Teología y Derecho deben colaborar mutuamente para comprender mejor las realidades eclesiales. Cada uno aporta lo propio de su metodología. La Teología debe tener en cuenta las razones de justicia que el Derecho presenta. A la vez el Derecho debe partir del dato teológico para analizar la dimensión de justicia inherente a Iglesia y a cada una de las relaciones. En el caso del matrimonio esta colaboración es imprescindible, puesto que se trata de una realidad de salvación que descansa en la misma relacionalidad creacional de la persona,

³⁴ JUAN PABLO II, *Discurso a la Rota romana*, 30-01-2003, n. 8.

³⁵ EDITORES DE LA REVISTA COMMUNIO, *La fe y el sacramento del matrimonio. Una respuesta a la propuesta de un nuevo requisito de un «mínimum fidei»*, disponible en https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=oahUKEwiS9b3cjqrYAhXIA8AKHS6YDowQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.communio-icr.com%2Ffiles%2FEditors_Statement_Spanish.pdf&usg=AOvVaw3YgoOJbT4JMQ9NyUpJq5PU [último acceso 20 de diciembre 2017].

³⁶ G. BERTOLINI, *Recenti e meno recenti evoluzioni dottrinali a giurisprudenziali circa il rapporto tra intenzione sacramentale e matrimonio*, en *Ius et Matrimonium*, H. FRANCESCHI, M.A. ORTIZ, vol II, Roma 2017, pp. 405-475: 406.

³⁷ EDITORES DE LA REVISTA COMMUNIO, *La fe y el sacramento del matrimonio*, cit.

varón y mujer. Esta mutua ayuda es esencial para que la acción pastoral de la Iglesia tenga una base de actuación fundada y respete los derechos de todos los fieles, también de quienes se encuentran todavía alejados de ella.

DUE RECENTI MISURE ADOTTATE DALLA CONFERENZA EPISCOPALE SPAGNOLA PER FAVORIRE LA TRASPARENZA

Juan González Ayesta*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il sito web sulla trasparenza della Conferenza Episcopale Spagnola. – 3. Il convegno tra la Conferenza Episcopale Spagnola e *Transparencia Internacional España*. 3.1. *Transparencia Internacional España*: natura e finalità. 3.2. Struttura e contenuti dell'Accordo con la Conferenza Episcopale Spagnola.

1. INTRODUZIONE

È per me un piacere e un onore prendere parte a questo XVI° Congresso Internazionale di Diritto Canonico. Vorrei anzitutto ringraziare gli organizzatori del Congresso per avermi dato questa opportunità ed in particolare il Prof. Luis Navarro, Presidente della *Consociatio Studio Iuris Canonici Promovendo*.

Il mio intervento verserà, come indicato dallo stesso titolo, su due misure adottate dalla Conferenza Episcopale Spagnola riguardanti una questione di primo ordine e di grande rilievo com'è quella della trasparenza¹. Si tratta di due misure relativamente recenti: la prima, riferita alla creazione di un sito web dedicato in modo specifico alla trasparenza, risale al 2017; la seconda, riguardante l'Accordo di collaborazione tra la Conferenza Episcopale e *Transparencia Internacional España*, risale al 2016.

Entrambe queste misure sono state adottate in un contesto ecclesiale segnato dalle riforme portate avanti da Papa Francesco², e in diretto collegamento con la legislazione spagnola in materia di trasparenza.

* Universidad de Oviedo – Universidad Internacional de La Rioja (UNIR).

¹ La presente comunicazione si inserisce nel marco dei lavori del *Grupo de Investigación "Culturas, Religiones y Derechos Humanos"* de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) e più concretamente fa parte delle ricerche del Progetto "Estudio del régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas", in corso d'opera.

² Su queste riforme, si possono vedere, tra altri: D. ZALBIDEA, *La reforma de la Curia Romana en materia económica*, in *Reforma de los Procesos de Nulidad y otras novedades legislativas de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, a cura di L. RUANO ESPINA y C. GUZMÁN PEREZ, Madrid 2017,

Per quanto riguarda il primo aspetto, è sufficiente in questa sede ricordare che la responsabilità della Chiesa in materia patrimoniale non può limitarsi all'osservanza di quei meccanismi atti a garantire una corretta gestione dei beni temporali. Tale responsabilità si estende ben oltre, al punto di poter affermare che oggi la Chiesa ha un obbligo morale di dare esempio di trasparenza nella gestione economica dei suoi beni, non solo nei confronti dei fedeli, ma anche della società nel suo insieme³.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, occorre far riferimento alla Legge 19/2013 della Spagna, sulla "Trasparenza, l'accesso all'informazione e il buon governo"⁴. Secondo quanto da essa disposto, la trasparenza deve essere garantita attraverso misure di pubblicità attiva riguardanti tre sfere: quella istituzionale (struttura delle organizzazioni, competenze ad esse affidate ed identità dei relativi responsabili); quella giuridica (criteri di interpretazione delle norme e le procedure seguitene per l'approvazione) e quella economica (atti di gestione amministrativa che possono avere un impatto patrimoniale o di bilancio)⁵.

La medesima legge contiene inoltre due disposizioni da evidenziare, in quanto trovano riflesso in certe misure di trasparenza adottate dalla Conferenza Episcopale Spagnola. La prima è la creazione di portali di trasparenza nelle pubbliche amministrazioni, per consentirne ai cittadini l'accesso all'informazione⁶. La seconda è la creazione del *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno* come organismo di controllo indipendente, con il compito di verificare l'adempimento o meno degli obblighi di trasparenza previsti dalla stessa legge⁷. Come

pp. 147-158; J. MIÑAMBRES, *Riorganizzazione economica della Curia Romana: considerazioni giuridiche in corso d'opera*, in «Ius Ecclesiae», 27 (2015) 141-165.

³ Con riferimento al Governo centrale della Chiesa, Papa Francesco ha affermato che «la gestione dei settori economico e finanziario della Santa Sede è intimamente legata alla sua specifica missione, non solo al servizio del ministero universale del Santo Padre, ma anche in relazione al bene comune, nella prospettiva dello sviluppo integrale della persona umana» (FRANCESCO, *Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio "Fidelis dispensator et prudens"* [24 febbraio 2014]). Tali parole possono essere anche valide per gli altri contesti ecclesiali e per le diverse istituzioni della Chiesa, collegandone la gestione economica con la missione.

⁴ *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. In dottrina, vid., fra altri, J. RODRÍGUEZ-ARANA, y M.A. SENDÍN GARCÍA, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Granada 2014; E. GUICHOT REINA (Coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid 2014. Per altri riferimenti bibliografici, vid: M.A. BLANES CLIMENT, *La transparencia informativa de las administraciones públicas: el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Cizur Menor 2014, pp. 689-717.

⁵ Cfr. Articolo 8 della legge 19/2013, sulle informazioni economiche, di bilancio e statistica.

⁶ Cfr. Articoli 6, 7 e 10 della Legge 19/2013 e anche il n. II del Preambolo.

⁷ Cfr. Articoli 9 e 33-40 della Legge 19/2013.

in seguito avremmo opportunità di vedere, tutti questi elementi trovano un qualche riflesso nelle misure di trasparenza di cui parleremo in seguito.

2. IL PORTALE DI TRASPARENZA DELLA CONFERENZA EPISCOPALE SPAGNOLA

Dall'anno 2015, all'interno del sito web della Conferenza Episcopale Spagnola vi era uno spazio riservato alla pubblicazione d'informazione istituzionale e di gestione economica. Tuttavia, essendoci aspetti suscettibili di miglioramento, si è voluto andare avanti ed offrire un'informazione più completa e più accessibile attraverso un nuovo Portale di Trasparenza⁸

Tre erano le finalità perseguite da questa misura: in primo luogo, compiere con la legalità vigente; in secondo luogo, rispondere alle esigenze sociali d'informazione; in terzo luogo, diventare uno strumento per far conoscere l'attività sviluppata dalla Chiesa⁹

In una siffatta prospettiva, niente di strano se i contenuti del nuovo Portale di trasparenza sono in evidente sintonia con la legislazione spagnola in materia di trasparenza, a cui abbiamo accennato prima. Di fatti, non è difficile scoprire il parallelismo tra le informazioni delle diverse sezioni del Portale ("Inicio", "Quienes somos", "Oficio transparencia", "Financiación de la Iglesia", "Actividad de la Iglesia", "Normativa" e "Contacto") e le esigenze di pubblicità attiva delineate dalla Legge 19/2013.

L'informazione essenziale di carattere istituzionale si trova nella sezione "Chi siamo", dove si possono ritrovare dei dati sulla realtà della Chiesa cattolica in Spagna, e anche sulla stessa Conferenza Episcopale. In questa sezione si trova anche informazione relativa al bilancio della stessa Conferenza Episcopale. *L'informazione di carattere giuridico* appare nella sezione sulla "Normativa", ove sono disponibili gli Statuti della Conferenza Episcopale Spagnola, l'Accordo tra la Santa Sede e la Spagna del 1979 su affari giuridici e quello sugli affari economici, nonché altri Convegni sull'assistenza religiosa in centri penitenziari e ospedali. *L'informazione di carattere economico* si trova nella sezione sul "Finanziamento della Chiesa", riguardante i fondi ricevuti dallo Stato attraverso il sistema dell'assegnazione tributaria e le relative problematiche. In particolare, sono messe a disposizione di chiunque interessato le *Memorie di*

⁸ Al Portale di Trasparenza si accede attraverso il seguente link: <http://www.transparencia.conferenciaepiscopal.es/> [visitato il 27/09/2017].

⁹ Cfr. Intervento di E. MARTÍNEZ, Direttrice dell'Ufficio Trasparenza della CEE, nell'atto di presentazione del "Portal di Trasparenza" (Intervento videoregistrato, disponibile su: <http://www.conferenciaepiscopal.es/presentacion-nuevo-portal-transparencia/> [visitato il 27/09/2017].

attività, inviate ogni anno dalla Conferenza episcopale spagnola al Ministero di Giustizia¹⁰.

Il nuovo Portale di Trasparenza allestito dalla Conferenza Episcopale Spagnola sembra da valutare positivamente, sia dal punto di vista dell'informazione offerta, che dal modo in cui essa è fornita. Infatti, il disegno scelto per la Web è intuitivo, con elementi di sostegno grafico; inoltre, i testi sono redatti in modo abbastanza chiaro, a portata pure dei non specialisti in materia. Questi particolari non sono irrilevanti, dal momento che la vera trasparenza si gioca più sulla qualità dell'informazione data ai cittadini, che sulla quantità di dati loro offerti¹¹.

3. L'ACCORDO CON *Transparencia Internacional España*

3.1. *Transparencia Internacional España: natura e finalità*

Transparencia Internacional España è un'associazione spagnola, senza scopo di lucro, integrata in una più ampia organizzazione internazionale, denominata *Transparency International*, la cui sede centrale si trova a Berlino. L'organizzazione, sia a livello internazionale che nazionale ha come scopo principale la prevenzione e il contrasto alle diverse forme di corruzione, favorendo l'approvazione e l'attuazione di strumenti riconosciuti come efficaci a tale fine¹².

Oltre le finalità appena accennate, l'Associazione rivede e attesta anche i livelli di trasparenza esistenti all'interno di diverse organizzazioni e istituzioni della Spagna, sia pubbliche che private. A tale scopo, essa ha concluso accordi

¹⁰ La presentazione di questa relazione annuale di attività è un impegno che la Conferenza Episcopale Spagnola aveva già assunto nel 2007, con la finalità di rendere conti della destinazione data ai soldi ricevuti dall'assegnazione fiscale e di fornire informazioni sulle attività che sviluppate dalle entità della Chiesa in Spagna. Questa è la ragione per cui sul nuovo "Portale di Trasparenza" sono disponibili in formato pdf le Memorie annuali dal 2007 fino al 2015.

¹¹ Così lo faceva notare con chiarezza Il Consiglio per la Trasparenza della Spagna, nella sua *Memoria del 2015*. Per questo autorizzato organismo, uno degli aspetti che doveva essere migliorato nei portali di trasparenza delle amministrazioni pubbliche spagnole, era appunto quello relativo alla chiarezza dell'informazioni, poiché, in molti casi, non veniva offerta ai cittadini una vera informazione, ma semplicemente dati senza spiegazioni, né riepiloghi grafici che fossero di aiuto per la loro comprensione (cfr. CONSEJO DE LA TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, *Memoria Anual 2015*. Disponibile sul sito: http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/plan_memoria/memorias.html).

¹² "Transparency International è la più grande organizzazione a livello globale che si occupa di prevenire e contrastare la corruzione. Fondata nel 1993, con sede a Berlino, è diffusa in oltre 100 Paesi del mondo. La sua missione è dare voce alle vittime e ai testimoni di corruzione e collabora con Governi, aziende e con i cittadini per mettere un freno alla piaga della corruzione" (<https://www.transparency.it/visione-missione-valori/>).

di collaborazione con diversi ente ed istituzioni della Spagna, come la *Fiscalia General del Estado*, il *Consejo General del Poder Judicial*, il *Consejo General de la Abogacía Española* o la *Generalitat Valenciana*, per menzionarne soltanto i più rilevanti¹³. A tutti questi accordi si unisce, dal maggio 2016, quello firmato con la Conferenza Episcopale Spagnola, cui sarà in seguito analizzato sul piano sostanziale¹⁴.

3.2. *Struttura e contenuti dell'Accordo con la Conferenza Episcopale Spagnola*

L'Accordo tra la Conferenza Episcopale Spagnola e *Transparencia Internacional* presenta, a mio avviso, tre parti ben differenziate: a) Un *preambolo*, dove sono indicati, oltre che le parti e i loro rappresentanti, alcuni elementi relativi alla finalità e contesto in cui si colloca l'accordo; b) una *parte dispositiva*, con nove clausole: quattro riferite agli impegni assunti dalle parti (1^a a 4^a); due sulla durata e le cause di estinzione (5^a e 6^a); ed altre tre relative a: la protezioni di dati personali, il finanziamento ed il foro competente per risolvere eventuali controversie (7^a, 8^a e 9^a, rispettivamente); c) un *Allegato* che raccoglie più dettagliatamente gli impegni assunti dalla Conferenza Episcopale Spagnola in materia di trasparenza.

Questi ultimi impegni sembrano il vero cuore dell'Accordo e sul loro adempimento o meno pare giocarsi la serietà della volontà di trasparenza manifestata dalla Conferenza Episcopale Spagnola. In una estrema sintesi, tali impegni si possono raggruppare in tre ambiti:

- In primo luogo, gli impegni riguardanti i fondi ricevuti via l'assegnazione tributaria: pubblicizzare i risultati delle campagne, cioè riportare gli importi iscritti in questo concetto (cfr. n. 1); segnalare il destino dato a tali fondi particolari (n. 2); creare un portale per la trasparenza come strumento pratico per fornire queste informazioni (n. 3) e impulsare anche la creazione di questo strumento nelle diocesi (n. 6).
- In secondo luogo, gli impegni riguardanti l'attività della Chiesa: elaborare una Relazione sulle attività della Chiesa cattolica in Spagna (n. 4); sottoporre detta Relazione a un processo di revisione esterna (n. 5).

¹³ Cfr. <http://transparencia.org.es/convenios-con-otras-instituciones/>.

¹⁴ Il testo completo dell'Accordo è disponibile sul "Portale di Trasparenza" della Conferenza Episcopale Spagnola: www.transparenciaconferenciaepiscopal.es/convenio.html [visitato il 30 dicembre 2017].

- In terzo luogo, gli impegni che riguardano la gestione economica della Chiesa spagnola: preparare un piano dei conti per le entità religiose cattoliche (n. 7); sottoporre a revisione contabile i conti della Conferenza Episcopale (n. 10); avviare un ufficio di rendiconto per le Fondazioni e le Associazioni religiose di ambito nazionale, facente capo alla Conferenza Episcopale (n. 8); preparare manuali di buone pratiche in queste materie, che possano essere utilizzate dalle diocesi (n. 9).

Da notare che alcune di queste misure (in particolare, quelle dei primi due ambiti) sono in stretto rapporto con normativa spagnola in materia di trasparenza, specialmente per quanto riguarda i cosiddetti obblighi di pubblicità attiva. Essendoci però già soffermati su tali argomenti, non è necessario tornarvi sopra.

Invece, interessa ora spendere qualche parola sull'importanza degli impegni relativi alla gestione economica. Essi sono indirizzati in larga misura a rendere possibile un effettivo rendiconto da parte della Chiesa ed i suoi enti. Di fatti, è prevista sia la creazione di organismi deputati a questa funzione, che lo sviluppo di adeguati meccanismi contabili. In questo senso, è stato creato un apposito Ufficio per la trasparenza, all'interno della Conferenza Episcopale Spagnola, con funzioni sorveglianza economica e patrimoniale, sotto il nome di "Oficina de rendición de cuentas para Fundaciones y Asociaciones religiosas de ámbito nacional"¹⁵. Inoltre, la 108ª Asamblea plenaria Conferenza Episcopale Spagnola ha emanato, nel novembre 2016, un apposito regolamento su questa materia¹⁶. Due ne sono le finalità principali: da una parte, consentire un'effettiva applicazione delle norme del Libro Cinque del Codice di Diritto Canonico agli enti ecclesiali che fanno capo alla Conferenza Episcopale Spagnola; dall'altra, allineare il regime giuridico di questi stessi enti alle esigenze fiscali, contabili e di trasparenza, previste dalla Legge 49/2002, nella misura in cui tali enti godano dei benefici previsti da tale Legge per il settore non-profit¹⁷.

¹⁵ L'informazione relativa ai i compiti affidati a questo nuovo Ufficio per la trasparenza, è stata presa da: <http://transparenciaconferenciaepiscopal.es/oficina.html>.

¹⁶ *Reglamento de rendición de cuentas para las entidades inscritas en el Registro de Entidades Religiosas de ámbito nacional*, 24 novembre 2016 (il testo ufficiale si può trovare sulla banca dati dell'archivio documentale della CEE: <http://www.conferenciaepiscopal.es/base-documental/> [visitato: 30 dicembre 2017]).

¹⁷ *Reglamento de rendición de cuentas para las entidades inscritas en el Registro de Entidades Religiosas de ámbito nacional*, Preambolo.

LA RICEZIONE DEL CODEX IURIS CANONICI DEL 1917 IN POLONIA

Wojciech Góralski*

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Contributo della dottrina. – 2. Il ruolo dell'insegnamento del diritto canonico. – 3. La risposta delle Chiese particolari. – Conclusioni.

INTRODUZIONE

Avvenne che l'introduzione del Codice del 1917 in Polonia coincise con la riconquista dell'indipendenza, e ciò ebbe una grande importanza per la Chiesa locale. L'urgenza di un'azione di ricostruzione e di riattivazione di molte strutture ecclesiastiche, dopo 123 anni di schiavitù nazionale, avrebbe potuto in qualche modo rallentare il processo di recepimento del CIC. Tuttavia, in tutte le diocesi fu avviato vigorosamente l'adeguamento delle strutture e delle istituzioni ecclesiastiche alle nuove norme¹.

In merito alla durata del complesso processo di recepimento del CIC in Polonia, è difficile indicare qui il momento *ad quem*, tuttavia, si può presupporre che il periodo fondamentale di assimilazione di questo insieme di norme includa il ventennio interbellico, pertanto gli anni 1918-1939.

1. CONTRIBUTO DELLA DOTTRINA

Fin dall'inizio, il CIC suscitò il vivo interesse dei canonisti, contribuendo in modo significativo allo sviluppo della scienza del diritto canonico, soprattutto nel primo decennio di vigenza della codificazione. Sulla scia dei primi manuali

* Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia.

¹ H.E. WYCZAŃSKI, *Ogólna sytuacja w Kościele powszechnym i w Państwie polskim*, in: *Historia Kościoła w Polsce*, a cura di B. KUMOR, Z. OBERTYŃSKI, Poznań-Warszawa 1979, vol. II, parte II (1918-1945), p. 6.

e commentari, che apparvero a Roma e poi anche in altri ambienti², anche in Polonia non mancarono contributi simili.

Già nel 1917, fu pubblicato lo studio *Nuova codificazione del diritto canonico* del J. Roth, dedicato a una presentazione generale del nuovo Codice³ e, nell'anno che segue, il suo successivo studio *Il nuovo e il vecchio diritto canonico*, che rilevava le modifiche essenziali al diritto canonico corrente⁴. Nel 1918, apparve il prezioso studio *Il nuovo Codice di diritto canonico*, il cui autore era uno dei più eminenti canonisti polacchi, W. Abraham⁵.

Alla diffusione delle disposizioni del Codice, non solo in ambito accademico, ma anche tra i collaboratori dell'amministrazione della Chiesa, la magistratura ecclesiastica e un gran numero di sacerdoti, contribuirono in modo significativo i manuali di diritto canonico. L'autore del primo di questi fu I. Grabowski. Il commento generale al Codice da egli pubblicato: *Il diritto canonico secondo il nuovo Codice*⁶ per molti anni fu utilizzato dagli studenti di diritto canonico e dai candidati al sacerdozio.

Molto più perfezionato fu un altro libro di testo, il cui autore era F. Bączkiewicz: *Diritto canonico. Manuale per il clero*. Questa opera in due volumi, pubblicata nel 1923⁷, costituiva un dettagliato e profondo commento a tutto il CIC. Nella sua seconda edizione, questo manuale ebbe un grande riconoscimento e una notevole influenza sulla formazione canonistica di molte generazioni di sacerdoti in Polonia⁸. Andando oltre il periodo iniziale di recepimento del Codice, può essere menzionato il fatto che la terza edizione, molto vasta (in tre volumi), integrata negli anni 1957-1958 da due altri canonisti, divenne uno strumento indispensabile per lo studio dello *ius canonicum* per le successive generazioni di futuri sacerdoti⁹. Ne beneficiarono abbondantemente anche i professori di questa disciplina, senza peraltro dimenticare i dipendenti del-

² C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna 2011, pp. 271-272.

³ J. ROTH, *Nowa kodyfikacja prawa kanonicznego*, in «Przegląd Powszechny» 136 (1917) 541-552 e 685-695.

⁴ J. ROTH, *Nowe kościelne prawo a dawne*, in «Przegląd Powszechny» 137-138 (1918) 3-38.

⁵ W. ABRAHAM, *Nowy Kodeks prawa kanonicznego*, «Polonia Sacra» 1 (1918) 1-28; Vid. anche B. ŻONGOLÓWICZ, *O kodyfikacji prawa kościelnego*, in «Przegląd Teologiczny» 8 (1927) 1-16 e 142-161; L. HALBAN, *Zasady społeczne nowego kodeksu prawa kościelnego. Próba syntezy*, Poznań 1922; P. HEMPEREK, *Kanoniastyka polska w 60-leciu wolnej Polski (1918-1978)*, in «Prawo Kanoniczne» 24 (1981) 64.

⁶ I. GRABOWSKI, *Prawo Kanoniczne według nowego Kodeksu*, Lwów 1918, vol. I-II (ed. II: Lwów 1921; ed. III: Lwów 1927); IDEM, *Prawo Kanoniczne*, Warszawa 1948.

⁷ F. BĄCZKOWICZ, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, Kraków 1923, vol. I-II.

⁸ F. BĄCZKOWICZ, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, Kraków 1932, vol. I-II.

⁹ F. BĄCZKOWICZ, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, ed. III (integrata da J. Baron i W. Stawinoga), vol. I, Opole 1957; vol. II-III, Opole 1958.

l'amministrazione della Chiesa e la magistratura ecclesiastica. Quest'opera, accompagnata da un'ampia introduzione che considerava la storia di ciascuna istituzione e che faceva riferimento ai commenti classici, continua ad essere citata, persino in elaborati moderni. Senz'ombra di esagerazione, possiamo dire che quest'opera sistematica abbia costituito a partire dagli anni venti uno strumento fondamentale per il recepimento del CIC in Polonia.

In aggiunta a questi commentari alla normativa complessiva del Codice, non sono mancate nella dottrina numerose monografie relative a particolari aree di tale regolamento. Ci hanno fornito una fonte utile per la diffusione delle nuove norme canoniche, che dovevano essere applicate in tutti i settori della vita ecclesiale.

Con riguardo al Libro I del CIC un lavoro significativo scaturì dalla penna di un eminente professore dell'Università Cattolica di Lublino, G. Michiels¹⁰. Si tratta di un'opera in due volumi: *Normae generales iuris canonici. Commentarius libri I Codicis Iuris Canonici*, edita nel 1929 (ristampata 20 anni dopo), che anche attualmente ha perso poco del suo valore¹¹.

Diversi studi sono stati dedicati ai temi trattati nel Libro II del CIC. Parliamo innanzitutto di un'importante opera in due volumi di G. Michiels: *Principia generalia de personis in Ecclesia. Commentarius Libri primi Codicis Iuris Canonici. Canones praeliminares 87-106* (del 1932, ristampa nel 1955)¹².

La maggior parte delle pubblicazioni fu elaborata in relazione al Libro III. In queste, domina il diritto matrimoniale. Il primo libro sul diritto matrimoniale nel Codice, con un'inclinazione pratica è destinato principalmente ai sacerdoti: *Diritto matrimoniale canonico* scaturì nel 1919 dalla penna di J. Pycia, ed ebbe due ulteriori edizioni¹³.

Altri lavori nell'ambito del diritto matrimoniale furono dedicati ai seguenti temi: il concetto di matrimonio¹⁴, la separazione dei coniugi¹⁵, la com-

¹⁰ Vid. M. MYRCHA, *Śp. Ojciec Gommarus a Booischot Michiels*, in «Prawo Kanoniczne» 9 (1966), fol. 2, pp. 429-444; P. PAŁKA, *Śp. o. prof. dr Gommar Michiels*, in «Zeszyty Naukowe KUL» 9 (1966), fol. 3, pp. 94-98; A. PETRANI, *Wydział Prawa Kanonicznego Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego i jego działalność naukowa w czasie ostatniego dwudziestolecia*, in «Zeszyty Naukowe KU» 8 (1965), fol. 3, pp. 27-32; A. PETRANI, *Wydział Prawa Kanonicznego Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego i jego działalność dydaktyczno-naukowa w ciągu ubiegłego pięćdziesięciolecia*, in «Roczniki Teologiczno-Kanoniczne» 15 (1968), fol. 5, pp. 14-15.

¹¹ G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici. Commentarius libri I Codicis Iuris Canonici*, Lublin 1929, vol. I-II (ed. II: Romae-Tornaci 1949).

¹² G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia. Commentarius Libri primi Codicis Iuris Canonici. Canones praeliminares 87-106*, Romae-Tornaci 1932, vol. I-II (ed. 2: Romae-Tornaci 1955).

¹³ J. PYCIA, *Prawo kanoniczne małżeńskie*, Kielce 1919 (ed. 2: Kielce 1920; ed. 3: Kielce 1922); Vid. W. GÓRALSKI, *Polskojęzyczne podręczniki i komentarze do skodyfikowanego prawa małżeńskiego Kościoła Łacińskiego i Kościołów Wschodnich*, in «Ius Matrimoniale» 27 (2016) fol. 1, pp. 9-10.

¹⁴ I. GRABOWSKI, *Zagadnienie małżeństwa*, Warszawa 1934.

¹⁵ H. INSADOWSKI, *Separacja małżeńska*, Lwów 1928.

petenza delle autorità nelle questioni matrimoniali, gli effetti dell'adozione civile nel diritto canonico matrimoniale¹⁶, gli impedimenti occulti al matrimonio¹⁷, l'impatto delle malattie mentali sulla validità del matrimonio¹⁸, gli annunci prematrimoniali¹⁹, il valore del *metus indirecte incussus* in relazione al consenso matrimoniale²⁰.

Per quanto riguarda il Libro IV, i rappresentanti della dottrina concentrarono la loro attenzione su diverse questioni procedurali, quali: principi generali del processo canonico²¹, l'avvocatura²², il notaio²³, il difensore del vincolo matrimoniale²⁴, la procedura in materia matrimoniale²⁵, la prova testimoniale nel processo canonico²⁶.

Infine, in merito al Libro V dobbiamo innanzi tutto menzionare l'opera di G. Michiels *De delictis et poenis. Commentarius libri V Codicis Iuris Canonici, t. 1: De delictis. Canones 2195-2213*²⁷. Questo libro incontrò un riconoscimento ampio, non solo in Polonia. Inoltre, apparve un commento completo al diritto penale di già menzionato I. Grabowski²⁸ e le altre opere²⁹.

¹⁶ I. GRABOWSKI, *Kompetencje władz w sprawach małżeńskich*, in «Przegląd Katolicki» 71 (1933) 133-136, 149-151, 166-168, 181-184, 213-215, 230-237, 151-164, 271-179, 293-295, 311-313, 373-377, 406-408, 421-424, 454-457.

¹⁷ P. BOBER, *Pojęcie tajnej przeszkody małżeńskiej w prawie kanonicznym*, Lublin 1935.

¹⁸ T. BENSCH, *Wpływ chorób umysłowych na ważność umowy małżeńskiej w prawie kanonicznym*, Lublin 1936.

¹⁹ F. OLSZEWSKI, *Głoszenie zapowiedzi małżeńskich w prawie kanonicznym*, Lublin 1936.

²⁰ M. WYSZYŃSKI, *Czy „metus indirecte incussus” może unieważnić małżeństwo*, in «Przegląd Teologiczny» 11 (1930) 60-76, 183-220 e inoltre (in latino) in «Ius Pontificium» 10 (1930) 193-200; 11 (1931) 42-51; 12 (1932) 43-52 e 122-127; 13 (1933) 52-63.

²¹ I. GRABOWSKI, *Proces kanoniczny w nowym Kodeksie*, Lwów 1918.

²² I. GRABOWSKI, *Adwokatura w ustawodawstwie kościelnym*, Włocławek 1935.

²³ I. GRABOWSKI, *Notariusz w ustawodawstwie kościelnym*, in «Collectanea Theologica» 16 (1936) 585-636.

²⁴ S. BISKUPSKI, *Zagadnienie obrońcy węzła*, Włocławek 1939.

²⁵ I. GRABOWSKI, *Procedura kanoniczna w sprawach małżeńskich*, Warszawa 1938; J. ROTH, *Zarys procesu małżeńskiego*, Kraków 1920.

²⁶ M. MYRCHA, *Dowód ze świadków w procesie kanonicznym*, Lublin 1936.

²⁷ G. MICHIELS, *De delictis et poenis. Commentarius libri V Codicis Iuris Canonici*, vol. I: *De delictis. Canones 2195-2213*, Romae-Tornaci 1934 (ed. II: Romae-Tornaco 1949).

²⁸ I. GRABOWSKI, *Karne prawo kościelne w nowym Kodeksie*, Lwów 1918.

²⁹ W. SZMYD, *Kary kościelne*, Kraków 1929. J.W. KRZEMIENIECKI, *Przestępstwo apostazji, herezji i schizmy w Kodeksie Prawa Kanonicznego. Kanon 2314 i jego praktyczne zastosowanie*, in «Ateneum Kapłańskie» 40 (1937) 34-45 e 133-147; J. BAR, *Śp. ks. prof. dr Jan Władysław Krzemieniecki*, in «Polonia Sacra» 8 (1956) 217-222; L. HALBAN, *Zwiększenie odpowiedzialności karnej w prawie kanonicznym z powodu wyższej społecznej godności winowajcy*, in «Przegląd Teologiczny» 9 (1928) 1-21; P. KURCZYŃSKI, *De natura et observantia poenarum latae sententiae*, Lublin 1938.

Va aggiunto che per il recepimento delle norme del CIC in materia di diritto degli ordini religiosi fu di grande aiuto una traduzione dei canoni di questo segmento del Codice effettuata dal succitato J. Roth nel 1918³⁰.

2. IL RUOLO DELL'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO CANONICO

Insieme allo sviluppo della dottrina canonica procedeva parallelamente l'insegnamento del diritto canonico. Questi due fattori, strettamente collegati tra loro, crearono le condizioni idonee alla diffusione della conoscenza del CIC, in particolare tra il clero e i candidati al sacerdozio.

Con riguardo alle università nelle quali si insegnava *ius canonicum*, la Polonia aveva una grande tradizione, risalente all'anno 1364, quando si giunse alla fondazione dell'Università di Cracovia dove, nella facoltà di diritto, accanto a cinque cattedre di diritto romano, esistevano tre cattedre di diritto canonico. Nei secoli successivi, sorsero nuovi centri accademici nei quali si coltivava il diritto canonico³¹.

Quando la Polonia riconquistò l'indipendenza (1918) sul territorio dello Stato rinato c'erano tre università: Università Jagellonica di Cracovia, Università di Leopoli e Università

di Varsavia. In tali atenei si coltivava, ad alti livelli, la canonistica (nelle facoltà teologiche e nelle facoltà di diritto). Nel 1918 fu istituita Università Cattolica di Lublino, dove sorse la Facoltà di Diritto Canonico. Nel 1919 fu ripristinata l'Università di Vilnius e fu anche istituita l'Università di Poznań; il diritto canonico vi era insegnato presso la Facoltà di Diritto³².

Il diritto canonico è stato materia di lezioni e ricerche anche nei seminari, che costituivano centri importanti di diffusione della conoscenza del CIC tra i futuri sacerdoti.

³⁰ S. ROTH, *Prawo zakonne. Przepisy Kodeksu Prawa Kanonicznego*, Kraków 1918 (ed. II: Kraków 1919).

³¹ PAWLUK, *Wprowadzenie do studiów kanonistycznych*, Warszawa 1979, pp. 27-28; A. STANOWSKI, *Spis wykładowców 1918-1939, Wydział Prawa Kanonicznego*, in: *Księga Jubileuszowa 50-lecia Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego*, a cura di M. RECHOWICZ, Lublin 1969, pp. 105-118; J. SAWICKI, *Die Entwicklung der Kirchenrechtswissenschaft in Polen 1918-1957*, in: «Österreichisches Archiv für Kirchenrecht» 9 (1958) 243-269. T. PAWLUK, *Z zagadnień kanonistyki polskiej*, in: «Prawo Kanoniczne» 19 (1976), fol. 3-4, pp. 153-230; W. GÓRALSKI, *Wydział teologiczny na uniwersytecie. Aspekt historyczno-prawny*, in: «Studia Nauk Teologicznych» 3 (2008) 23-47.

³² A. PETRANI, *Wydział Prawa Kanonicznego Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego i jego działalność naukowa w czasie ostatniego dwudziestolecia*, in: «Zeszyty Naukowe KUL» 8 (1965), fol. 3, pp. 11-18; W. GÓRALSKI, *La canonistica polacca oggi*, in: «Ius Ecclesiae» 24 (2012) 349-358; T. PAWLUK, *Wprowadzenie ...*, cit., p. 44.

I particolari riguardanti l'insegnamento di diritto canonico venivano definiti dai congressi dell'Associazione delle Cattedre Teologiche (Sezione legale e canonica). Degno di nota è l'argomento affrontato nel Congresso del 1936, che ebbe luogo a Częstochowa, nell'ultimo periodo di nostro interesse. Fu allora rilevata l'esigenza della conduzione di studi scientifici da parte dei docenti di diritto canonico dei seminari, giacché il loro coinvolgimento in questo ambito di ricerca e di insegnamento risultava inadeguato, soprattutto a causa delle altre attività realizzate, in particolare nelle curie vescovili e nei tribunali ecclesiastici. Nel frattempo, si rilevò che le pubblicazioni dei canonisti potessero avere un impatto significativo, tra l'altro, nell'ambito pastorale. I docenti dei seminari già in precedenza erano stati incoraggiati a pubblicare opere canonistiche³³.

3. LA RISPOSTA DELLE CHIESE PARTICOLARI

La promulgazione del CIC fin dall'inizio mobilitò i vescovi ordinari a intraprendere azioni per la diffusione delle disposizioni di questa raccolta e per il loro recepimento nelle diocesi. Queste azioni furono rivolte in due direzioni fondamentali: informazioni *ad hoc* e istruzione del clero sul nuovo Codice, e tentativo di codifica del diritto diocesano tramite il sinodo.

Sebbene fin dall'inizio nei vescovi polacchi si manifestò l'idea di svolgere nelle loro diocesi i sinodi, che avrebbero consentito l'adeguamento del diritto particolare alla normativa del Codice, richiedendo questo una preparazione adeguata, riconobbero che il primo passo, per così dire l'accesso a questa strada, dovesse essere l'informazione ufficiale ai propri sacerdoti della promulgazione da parte di Benedetto XV del CIC del 1917, nonché delle modifiche introdotte in relazione al diritto comune.

Per quanto riguarda l'attività dei vescovi basta menzionare che il diligente ordinario della diocesi di Płock, Antoni Julian Nowowiejski³⁴, già il 26 settem-

³³ Vid. J. GRĘZLIKOWSKI, *Dyskusje nad nauczaniem prawa kanonicznego w seminariach duchownych w Polsce okresu międzywojennego*, in: *Finis legis Christus*. Księga pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin, a cura di J. WROCEŃSKI, J. KRAJCZYŃSKI, Warszawa 2009, pp. 425-428; W. GÓRALSKI, *Nauczanie prawa kanonicznego w Seminarium Duchownym w Płocku (1710-2010)*, in «*Studia Płockie*» 38 (2010) 59-60; W. WÓJCIK, *Nauczanie prawa kanonicznego w Seminarium Duchownym w Sandomierzu*, in «*Prawo Kanoniczne*» 15 (1972), fol. 3-4, p. 110; I. GRABOWSKI, *Studium prawa kanonicznego*, in: *Pamiętnik piątego zjazdu w Łodzi 3 IV-5 IV 1929*, Kielce 1929, pp. 204-222.

³⁴ Antoni Julian Nowowiejski (1858-1941), vescovo di Płock negli anni 1908-1941 (dal 1930 arcivescovo titolare), l'autore di numerose opere liturgiche, uno dei più eminenti vescovi polacchi di epoca, martirizzato nel campo tedesco di concentramento, nel 1999 beatificato dal Giovanni Paolo II.

bre 1917, quindi quattro mesi dopo la pubblicazione del Codice, presentò (in modo generale) questo insieme di norme nel corso della Conferenza dei decani. Informandoli di tale evento, produsse nel contempo adeguate raccomandazioni: «Ogni sacerdote deve acquisire il Codice non appena diventerà possibile e studiarlo diligentemente, al fine di comprenderne l'ambito di vigenza»³⁵. Sottolineò inoltre che in questa raccolta erano poste molte disposizioni alle quali era necessario prestare attenzione e, di seguito, fornì il contenuto essenziale di alcuni canoni (da diversi libri del Codice)³⁶. Contemporaneamente, il suddetto vescovo si è rivolto così ai sacerdoti: «Dopo aver ricevuto il Codice, tutti dovranno studiarlo attentamente, affinché il diritto ecclesiastico sia osservato con il massimo rigore, per il bene del nostro spirito e per la salvezza dei fedeli»³⁷.

I vescovi assunsero, quale forma corretta di attuazione nella diocesi delle disposizioni del CIC del 1917, l'istituto del sinodo diocesano, che, d'altra parte, aveva una ricca tradizione propria. Negli statuti sinodali videro mezzi efficaci per l'adeguamento delle norme del diritto particolare al diritto comune in vigore in quel determinato periodo³⁸. Nel periodo interbellico si tennero i sinodi in tredici arcidiocesi e diocesi polacche: Inoltre, nel 1936, si tenne un sinodo plenario (a Częstochowa).

Convocando queste assemblee, i vescovi volevano non solo adeguare il proprio diritto particolare, condannato all'oblio a causa dell'interruzione, alle norme del Codice, ma apportare anche delle riforme programmatiche alle strutture e istituzioni diocesane distrutte o pesantemente indebolite e rinnovare la vita religiosa delle diocesi. Entrambi questi obiettivi, del resto, procedevano di pari passo.

I legislatori sinodali costruirono le norme di legge secondo regole modellate sui canoni del Codice, cosicché è possibile intravedere una certa tendenza per il carattere divulgativo, nonché per la fondazione ascetica e morale e la propensione al sacerdozio. Il clero ricevette quindi una codifica del diritto particolare vigente, adattata al CIC, ma anche alla lunga tradizione locale.

Le prime esperienze sinodali nel periodo interbellico mostrarono che, oltre ai sinodi diocesani, era necessario condurre un sinodo plenario, le cui risoluzioni avrebbero armonizzato in larga misura le regole della vita ecclesiale, in conformità al CIC del 1917. Il sinodo plenario si tenne il 26-27 agosto 1936 a Częstochowa. Le sue delibere (151), che si riferivano generalmente alla sistema-

³⁵ *Sprawozdanie z konferencji dziekanów* (26.09.1917), in «Miesięcznik Pasterski Płocki» 12 (1917) 271.

³⁶ Vid. *Biskup Płocki*, in «Miesięcznik Pasterski Płocki» 13 (1918) 37-38.

³⁷ *Ibidem*, p. 101.

³⁸ Vid. W. WÓJCIK, *Ze studiów nad synodami polskimi*, Lublin 1982, p. 201.

tica del Codice, approvate dalla Congregazione del Concilio e promulgate il 15 dicembre 1937, entrarono in vigore il 16 giugno 1938³⁹.

CONCLUSIONI

Il recepimento del CIC del 1917 nelle Chiese particolari in Polonia, come in altri Paesi, avvenne mediante un lungo processo, la cui fase fondamentale nelle terre polacche si svolse nel periodo tra le due guerre. Elementi significativi per questo processo si rivelarono i sinodi diocesani, in quanto consentirono il rinnovo del diritto diocesano allora vigente. La maggior parte dei vescovi mostrò in questo ambito una notevole iniziativa, avviando le assemblee sinodali. I loro statuti, che tenevano conto delle nuove norme del Codice, si diffusero largamente tra il clero, costituendo degli appropriati "supporti comunicativi".

I vescovi e in generale il clero e i laici interessati alle norme del Codice trovarono un aiuto prezioso negli studi dei rappresentanti della dottrina canonistica. Coloro che si occupavano *ex professo* di diritto canonico in quanto disciplina scientifica, mediante le proprie pubblicazioni, soprattutto libri di testo e commentari al CIC (o a sue particolari sezioni), contribuirono significativamente al recepimento delle norme del Codice. Un particolare peso assunse l'ampio ed esauriente commentario di F. Bączkiewicz, basato su una ricca letteratura straniera. Con riguardo invece ai lavori scientifici, la più vasta diffusione la ebbe un raffinato commentario (in latino), sia alle norme generali del CIC e alla parte generale del diritto personale, che al diritto penale, di G. Michiels, professore di lunga data presso la Facoltà di Diritto canonico dell'Università Cattolica di Lublino. Lo stato della letteratura canonistica nell'epoca di nostro interesse può essere generalmente considerato soddisfacente.

Lo stato di recepimento del Codice nell'ambito dell'insegnamento dello *ius canonicum* nelle università polacche e nei seminari risultò positivo. Per quanto riguarda le prime, un posto speciale è da attribuire all'Università Jagellonica e all'Università Cattolica di Lublino. In relazione ai seminari, merita particolare attenzione l'attività dell'Associazione delle cattedre teologiche (sezione canonica e legale), esistente dal 1921.

Sembra pertanto legittima l'affermazione che, nonostante le inevitabili carenze, il complesso processo basilare di recepimento del CIC, protrattosi in

³⁹ A. DZIĘGA, *Walor historyczny Pierwszego Synodu Plenarnego w Polsce z 1936 roku*, in *Dzieło II Synodu Plenarnego w Polsce*, a cura di S. TYMOSZ, Lublino 2001, pp. 44-45, 47 i 49.

Polonia dal 1918 al 1939, presentò un livello soddisfacente. Un'ulteriore fase di questo processo, inaspettatamente interrotto dallo scoppio della Seconda Guerra mondiale, avvenne dopo l'anno 1945 e durò, in generale, fino al Concilio Vaticano II.

IL RUOLO DELLA “CODIFICAZIONE CANONICA” NEL SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO DELLA CHIESA D’INGHILTERRA

Raffaele Granata*

Il diritto della Chiesa d’Inghilterra «deriva da fonti assai varie e differenziate»¹ e pertanto la loro esposizione rende necessario separare nettamente la fase di produzione normativa anteriore alla Riforma (anglicana) da quella ad essa successiva. In tale contesto sarà utile descrivere il ruolo che ha assunto lo strumento codificatorio in particolare rispetto al modello codiciale della Chiesa cattolica latina, formalizzato per la prima volta con la promulgazione del *Codex iuris canonici* del 1917² di cui questo Convegno celebra il centenario.

1. Nel periodo che precedette la scelta scismatica di Enrico VIII Tudor, il diritto della *ecclesia anglicana* era costituito dal diritto canonico classico, meglio definito *pre-Reformation canon law*³, ovvero dal *Corpus iuris canonici* e dai decreti dei sinodi nazionali e provinciali⁴. Infatti la Chiesa anglicana altro non era che quella porzione di Chiesa cattolica presente oltre Manica, divisa già al tempo di Gregorio Magno⁵ nelle province ecclesiastiche di *Canterbury* e di *York*⁶ guidate

* Pontifica Università Lateranense.

¹ Cfr. S. FERRARI, *Diritto della Chiesa d’Inghilterra*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, VI, Torino 2008, p. 181.

² Cfr. *Codex Iuris Canonici*, Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus, in «AAS» 9 (1917), pp. 11-456.

³ Cfr. C. CIANITTO, *Il diritto della Chiesa d’Inghilterra*, in S. FERRARI – A. NERI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Lugano 2007, p. 144.

⁴ Cfr. S. FERRARI, *Diritto*, cit., p. 182.

⁵ Cfr. G.D. MEREWATHER, *Chiesa Anglicana e l’universale unione religiosa*, Bergamo 1868, pp. 4-7.

⁶ Cfr. C. PODMORE, *The History and Principles of Synodical Government in the Church of England*, in A. MELLONI – S. SCATENA (Eds.), *Synod and Synodality. Theology, History, Canon Law and Ecumenism in new contact International Colloquium Bruges 2003*, Münster 2005, p. 215; C. MARABELLI, *Medievali & medievalisti, Saggi su aspetti del medioevo teologico e della sua interpretazione*, Milano 2000, p. 107.

dai rispettivi Primati i quali indossavano il *pallium*⁷, simbolo di unità con il Supremo Pontefice⁸.

Ad ogni modo l'apporto fornito dal diritto canonico al diritto inglese è andato ben oltre l'ambito confessionale, avendo l'ordinamento anglicano ereditato dal primo i concetti «di matrimonio cristiano, della legittimazione dei figli per susseguente matrimonio, della separazione giudiziale, della tutela dei legittimari, della buona fede, dell'elemento psicologico del reato, del carcere come punizione del crimine, dell'usura, dell'ingiuria e della diffamazione»⁹ a testimonianza di una osmosi normativa tra i "sistemi" in parola.

Nel periodo successivo alla Riforma, che il Parlamento di *Westminster* formalizza con l'approvazione di una serie complessa di provvedimenti legislativi (*Reformation Parliament*) adottati tra il 1531 ed il 1534¹⁰, la gerarchia delle fonti, che conserva il diritto canonico classico laddove non contrastante con la normativa successiva¹¹, si arricchisce di *statutes*, *measures* e *canons* nonché di testi a contenuto liturgico e di fonti secondarie¹².

2. Particolarmente importante diviene a questo punto riconoscere l'incidenza che la Riforma ha avuto nella identificazione del "legislatore canonico anglicano", operando un necessario richiamo al *Submission of the Clergy Act (1532)*¹³ ed al *Supremacy Act (1534)*¹⁴ che sul tema hanno avuto un valore determinante.

Con il primo provvedimento Enrico VIII chiede al clero inglese di rinunciare sostanzialmente alla propria autonomia legislativa, affidando nel contempo alle *Convocations*¹⁵ ovvero alle assemblee provinciali del clero, convocate esclu-

⁷ Sul tema cfr. G. SKINNER, *The Pallium: A Brief Guide to Its History and Significance*, Oxford (UK) 2007.

⁸ Cfr. J. ORLANDIS, *Le istituzioni della Chiesa Cattolica. Storia, diritto, attualità*, Cinisello Balsamo (Milano) 2005, pp. 103-107, il quale ricorda come «l'uso del *pallium* fu un obbligo rigoroso: se sulle spalle del papa il pallio significava la pienezza del potere, sul metropolita esprimeva la sua partecipazione subordinata a questo potere».

⁹ Cfr. G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del Diritto Inglese. Le fonti*, Milano 2000, p. 107; M. FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano 2008, pp. 3-102.

¹⁰ Cfr. L. MEZZADRI (a cura di), *Il Tempo delle confessioni (1530-1620/30)*, in G. ALBERIGO (a cura di), *Storia del Cristianesimo. Religione-Politica-Cultura*, VIII, Roma 2001, pp. 184-188.

¹¹ Cfr. S. FERRARI, *Diritto*, cit., p. 182.

¹² Cfr. C. CIANITTO, *Il diritto*, cit., p. 144.

¹³ Cfr. H. GEE – W.J. HARDY, *Documents Illustrative of English Church History*, London (UK) 1896, pp. 176-178.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 243-244.

¹⁵ Cfr. E. GIBSON, *Synodus Anglicana: or the Constitution and Proceedings of an English Convocation, Shown from the Acts and Registers thereof to Be Agreeable to the Principles of an Episcopal Church*, London

sivamente su ordine del Sovrano, il potere di emanare *canons* che tuttavia entravano in vigore ricevuto l'assenso regio ed a condizione di essere conformi al diritto ed alle consuetudini vigenti nel Regno¹⁶. Di fatto queste assemblee rimasero inoperative per oltre tre secoli, ricominciando ad operare quella di *Canterbury* nel 1852 e quella di *York* nel 1861¹⁷.

Con l'atto di supremazia del 1534 invece il Monarca Tudor si fa proclamare "capo supremo sulla terra della chiesa d'Inghilterra"¹⁸ e quindi assume la contestuale titolarità del potere temporale e del potere spirituale in Gran Bretagna. Ciò comportò sotto il profilo legislativo che il Parlamento – attraverso il quale il sovrano esercitava la maggior parte delle sue funzioni – divenisse a pieno titolo anche legislatore ecclesiastico, mediante l'emanazione di *statutes*, esautorando di fatto le assemblee del clero dall'esercizio del potere legislativo nella chiesa.

Soltanto nel 1919 si formalizza una prima modifica del rapporto Stato-Chiesa sotto il profilo della produzione normativa¹⁹, allorquando l'Assemblea di *Westminster* approvò il *Church of England Assembly (Powers) Act*²⁰, con cui venne istituita la *National Assembly*²¹ – composta dalle due *Convocations* e dalla *House of Laity* – alla quale venne assegnato il potere di presentare *measures* «ritenute utili alla vita della Chiesa» che, ottenuta l'approvazione del Parlamento ed il gradimento del Sovrano, acquistavano forza di legge con la conseguenziale capacità di modificare provvedimenti già in vigore²².

Inoltre, con l'approvazione nel 1969 della *Synodical Government Measure*²³, il Parlamento trasferì alla *National Assembly* – da questo momento *General Synod of the Church of England*²⁴ – anche il potere di emanare *canons*, precedentemente

(UK) 1702, (ed. by E. CARDWELL), Oxford (UK) 1854, p. 3; D.B. WESKE, *Convocation of Clergy*, London 1937; E.W. KEMP, *Counsel and Consent: Aspects of Government of the church as exemplified in the history of the English provincial Synod. Bampton Lectures for 1960*, London (UK) 1961, pp. 1-8; J.W.C. WAND, *La Chiesa anglicana*, Milano 1967, p. 19; C. PODMORE, *The History*, cit., pp. 216.218.

¹⁶ Cfr. É.G. LÉONARD, *Storia del protestantesimo*, I, Milano 1971, p. 280.

¹⁷ Cfr. C. PODMORE, *The History*, cit., p. 219.

¹⁸ Cf. É.G. LÉONARD, *Storia*, cit., I, p. 279 e *ibidem*, II, p. 96.

¹⁹ Facciamo riferimento al potere di produzione legislativa che, fino a quel momento, il Parlamento inglese deteneva in esclusiva anche su questioni afferenti la disciplina ecclesiastica e religiosa.

²⁰ Cfr. *Church of England Assembly (Powers) Act 1919*, in URL: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/9-10/76/contents>>, Section 1 (1) (al 30/12/2017).

²¹ Cfr. C. PODMORE, *The History*, cit., p. 220.

²² Cfr. S. FERRARI, *Diritto*, cit., pp. 181-182

²³ Cfr. *Synodical Government Measure 1969* (No. 2), in URL: <<http://www.legislation.gov.uk/ukcm/1969/2/contents>> (al 30/12/2017).

²⁴ Cfr. R. GRANATA, *Il Sinodo generale della Chiesa d'Inghilterra*, in P. GHERRI (Ed.), *Consultare e consigliare nella Chiesa. Atti della Giornata Canonistica Interdisciplinare*, Città del Vaticano 2018, pp. 265-276.

riservato alle assemblee sinodali di *Canterbury* e di *York*²⁵. Tuttavia la minoritaria posizione assunta da questi provvedimenti (*canons*) nell'ambito della gerarchia delle fonti perpetrava la necessità del controllo parlamentare sul culto, sulla liturgia e sulla dottrina. Bisogna così attendere l'approvazione della *Church of England (Worship and Doctrine) Measure* del 1974²⁶ e della *Church of England (Miscellaneous Provision) Measure* del 1976²⁷, per vedere il *General Synod* emanare canoni, nelle cennate materie, sottoposti unicamente all'assenso del Sovrano.

3. Considerato il ruolo che i canoni hanno assunto ed assumono nell'ordinamento della Chiesa d'Inghilterra è possibile parlare di un "codice dei canoni anglicani"? La risposta deve essere inequivocabilmente affermativa, anche se non è possibile parlare di una codificazione generale²⁸. Infatti nel 1603 le *Convocations* di *Canterbury* e di *York*, in una fase di transitoria operatività, approvarono con il Sovrano un codice composto da 141 canoni che riguardavano la costituzione della *Church of England* (1-12), il servizio divino e l'amministrazione dei sacramenti (13-30), i ministri di culto (31-76), l'insegnamento (77-79), i beni delle chiese (80-88), i ministeri laicali (89-91), i tribunali ecclesiastici (92-138) ed i sinodi (139-141)²⁹, e che risultarono vincolanti per il clero e non per il laicato in quanto non confermati dal Parlamento inglese³⁰.

Questo codice, parzialmente innovato nel 1969³¹, anticipa di oltre tre secoli la codificazione nella Chiesa cattolica e rappresenta «l'unica legge della Chiesa d'Inghilterra posteriore alla Riforma»³². Tuttavia la codificazione canonica del 1603 non rappresenta un esempio isolato di ricorso a questa fonte di produzione normativa essendo preceduta dalla *Reformatio Legum Ecclesiasticarum*

²⁵ Cfr. C. PODMORE, *The History*, cit., p. 221; G. LONG, *Ordinamenti giuridici delle chiese protestanti*, Bologna 2008, p. 63.

²⁶ Cfr. *Church of England Assembly (Worship and Doctrine) Measure 1974* (No. 3), in URL: <<http://www.legislation.gov.uk/ukcm/1974/3/contents>>, Section 2 (1) (al 30/12/2017).

²⁷ Cfr. *Church of England Assembly (Miscellaneous Provision) Measure 1976* (No. 3), in URL: <<http://www.legislation.gov.uk/ukcm/1976/3/contents>>, Section 1 (1) (al 30/12/2017).

²⁸ Cfr. U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino 2014⁵, p. 210.

²⁹ Questi canoni sono pubblicati in appendice al volume di J.H. BLUNT, *The Book of Church Law*, London (UK) 1921.

³⁰ Cfr. T.M. DUFFY, *The juridical position of the Church of England and the proposals to revise its canon law*, in «Il Diritto Ecclesiastico» LXI (1950), p. 622.

³¹ Cfr. G.W.O. ADDLESHAW, *The canon law of the Church of England*, in «Il Diritto Ecclesiastico» LXV (1954), p. 299.

³² Cfr. T.M. DUFFY, *The juridical*, cit., p. 621; R.H. HELMHOLZ, *Roman canon law in reformation England*, Oxford (UK) 1990, p. 169.

del 1553³³ che costituisce un codice di leggi canoniche progettato dall'allora Arcivescovo di *Canterbury* Thomas Cranmer, regnando Eduardo VI, mai entrato in vigore ed ancora prima, dagli *Henrician canons* del 1535 ovvero una raccolta delle fonti canoniche primitive composta da 36 titoli separati, divisi a loro volta in 360 distinti canoni³⁴.

4. Data questa premessa, risulta inevitabile segnalare le caratteristiche proprie della codificazione canonica anglicana, distinguendola da quella canonica cattolica e specificamente da quella latina del 1917. La cifra distintiva del codice dei canoni del 1603 è costituita senza dubbio dal sistema giuridico che lo ospita: il *common law*³⁵. Perciò va innanzitutto superata quella diffusa ed erronea convinzione che la codificazione, come tecnica di produzione normativa, non trovi sede nei sistemi giuridici di *common law* ma allo stesso tempo va ribadito come il modello codificatorio angloamericano non riproduce affatto lo schema tipico della codificazione di *civil law* cioè l'idea benthamiana³⁶ della centralità codiciale rispetto alle altre fonti dell'ordinamento giuridico considerato, che invece sembra ispirare il *Codex iuris canonici* del 1917³⁷. Nel contempo bisogna scorgere un invisibile filo rosso che lega le codificazioni canoniche del 1603 e del 1917. In entrambe le esperienze infatti il Legislatore ha inteso operare un riassetto della normativa previgente divenuta oramai poco adatta alla disciplina della vita ecclesiale ed alla risoluzione dei conflitti susseguenti.

Possiamo a tal proposito riproporre le parole del Cardinale Pietro Gasparri che, nella sua Prefazione al Codice pio-benedettino, afferma: «Sembrava che il diritto canonico non potesse definirsi diversamente da quel che aveva affermato Livio per il diritto romano: “*immensum aliarum super alias coacervatarum legum cumulum*” (l. III, c. 34) [...]»³⁸. Tuttavia nell'esperienza anglicana a ben vedere

³³ Cfr. G.R. ELTON (a cura di), *La Riforma (1520-1559)*, in G. CLARK – J. BUTLER – J.P.T. BURY – E.A. BENIANS (a cura di), *Storia del Mondo Moderno*, II, Milano 1967, p. 316.

³⁴ Cfr. G. BRAY (Eds.), *Tudor Church Reform. The Henrician Canons of 1535 and the Reformatio Legum Ecclesiasticarum*, Woodbridge, Suffolk (UK) 2000, xxix.

³⁵ Cfr. A. TORRE (a cura di), *Common Law. Protagonisti e Idee nella storia di un sistema giuridico*, Santarcangelo di Romagna (RN) 2015.

³⁶ Cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano 1979, pp. 599-606; U. MATTEL, *Il modello*, cit., p. 210; V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino 2014⁴, p. 330.

³⁷ Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Sistemi giuridici e certezza del diritto. Tre modelli per il diritto canonico*, in «Monitor Ecclesiasticus» CXXIX (2014), pp. 190-194.

³⁸ Cfr. *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, Roma 1948, pp. XXX-XXXI.

il ricorso alla codificazione non assume solo una funzione di riassetto normativo ma realizza, dato il suo fondamento, anche un passaggio confessionale storico-epocale. Infatti il 1603, data di promulgazione del codice dei canoni anglicani, coincide con la conclusione del regno di Elisabetta I che con i suoi provvedimenti – i cd. *Elizabethan Settlement* – portò a compimento la parentesi riformista della Chiesa anglicana principiata da Enrico VIII Tudor nel 1531, ridefinendone il volto in chiave calvinista³⁹.

³⁹ Cfr. E. ISELOH – J. GLAZIK – H. JEDIN, *Riforma e Controriforma. Crisi-Consolidamento-Diffusione missionaria (XVI-XVII sec.)*, in H. JEDIN (a cura di), *Storia della chiesa*, VI, Milano 1975, p. 493; L. MEZZADRI (a cura di), *Il Tempo*, cit., pp. 205-210; K. BIHLMEYER – H. TUECHLE, *L'epoca delle riforme*, in ID., *Storia della Chiesa*, III, Brescia 2008, pp. 400-403.

L'ESPERIENZA CODIFICATORIA DELLA CHIESA CATTOLICA E IL DIALOGO TRA CULTURE GIURIDICHE

Lucia Graziano*

SOMMARIO: 1. Diritto canonico e culture giuridiche a cent'anni dalla prima codificazione dello *ius Ecclesiae*. – 2. La Chiesa e il suo diritto: la specificità di un percorso *sui generis* nell'evoluzione della cultura giuridica occidentale. – 3. Il crescente e diffuso interesse per le fonti normative dei sistemi giuridici religiosi.

1. DIRITTO CANONICO E CULTURE GIURIDICHE A CENT'ANNI DALLA PRIMA CODIFICAZIONE DELLO *IUS ECCLESIAE*

Portare l'attenzione su diritto della Chiesa cattolica e culture giuridiche, e ciò proprio nel centenario della prima codificazione canonica, significa riflettere su un tema nodale dei nostri tempi. Il contestuale superamento di una concezione dogmatica del diritto – a suo tempo alimentata proprio dallo statualismo giuridico e dal positivismo codicistico –, cui si è accompagnata l'accentuata (per quanto polimorfa e polisensa) riproposizione del fenomeno giuridico e sociale del religioso nella sfera pubblica delle società occidentali laicizzate, costituiscono elementi caratterizzanti il complesso panorama sociale in cui oggi ci troviamo a vivere. In questo contesto, segnato dalla crisi dei sistemi statutali, e dal non agevole rimodularsi di un tessuto sociale culturalmente e religiosamente diversificato, si rinnovano le ragioni dell'interesse per quella solida riserva di risorse gius-prudenziali costituita dallo *ius Ecclesiae*, una riserva di risorse accumulata nel corso del bimillenario dipanarsi dell'esperienza giuridica della Chiesa, il cui apporto critico alle culture giuridiche nelle quali si innesta risulta essere (sin da una prima veloce osservazione) particolarmente incisivo, passando per aspetti fondamentali del vivere comune quali la concezione della persona, dell'ordine sociale e del bene comune, nonché la sottolineatura dello specifico ed irrinunciabile ruolo che compete alle

* Università di Roma, "Sapienza"

autorità ed alle istituzioni civili nell'organizzazione e nel governo delle società contemporanee.

È anche da questa prospettiva che, agli occhi degli osservatori più attenti a cogliere il senso e la portata degli eventi nodali nello sviluppo delle culture giuridiche, risalta nella sua specificità l'importanza della svolta codificatoria attuata un secolo fa nel sistema giuridico ecclesiale. Grazie al lavoro della dottrina canonistica (che, pure, per lungo tempo ha faticato a smarcarsi dal ruolo di mero supporto esegetico alla presentazione ed al consolidamento del rinnovato impianto formale del diritto canonico), al momento risultano ben evidenziati e criticamente scandagliati sia i diversi obiettivi perseguiti con la decisione di dare al diritto ecclesiale la forma del codice, sia i limiti ed i rischi sottesi a tale opzione, pienamente in sintonia con la consapevolezza – successivamente esplicitata – che “lungo il corso dei secoli la Chiesa cattolica ha riformato e rinnovato le leggi della sacra disciplina affinché, in costante fedeltà al suo divino Fondatore, esse ben si adattassero alla missione salvifica che a lei è affidata” (cost. ap. *Sacrae disciplinae leges*).

Nella prospettiva del lungo periodo dalla quale risulta documentato il consolidarsi delle fonti del diritto canonico all'interno dei comuni e complessi circuiti culturali, costituisce infatti un tratto distintivo del sistema giuridico ecclesiale la sua attitudine ad attraversare la storia – provvedendo, quando opportuno, al necessario rinnovamento delle proprie norme, nel rispetto della tradizione e salvaguardando i suoi fondamentali elementi costitutivi –, anche facendo ricorso a vettori (forme) mutuati da altre culture giuridiche. E proprio con le diverse culture giuridiche diffuse nei territori in cui la Chiesa si è via via radicata, l'esperienza giuridica ecclesiale si è potuta confrontare nel corso dei secoli in un dialogo continuo, anche se non sempre sintonico, essendo sempre attenta, se del caso, a rimarcare i necessari distinguo per meglio definire le proprie specifiche inclinazioni ed esigenze – valgano come esempi i reiterati rimandi alla precipua e ricca tradizione giuridica canonica con l'ancoraggio allo *ius vetus* (così, ad esempio, al can. 6 nn. 2 e 3 del *Codex* 1917); il rinvio a fonti normative esterne, attraverso l'istituto della *canonizatio legis civilis* ed altre modalità di recezione della legge civile (cfr., in particolare, il can. 1529 del *Codex* del 1917); il valore riconosciuto alla consuetudine (anche quando *contra legem*); nonché lo stesso consolidarsi dell'istituto matrimoniale canonico a fronte delle marcate trasformazioni registrate negli ordinamenti statali nella regolazione dei legami affettivi –.

2. LA CHIESA E IL SUO DIRITTO: LA SPECIFICITÀ DI UN PERCORSO *SUI GENERIS* NELL'EVOLUZIONE DELLA CULTURA GIURIDICA OCCIDENTALE

In occasione del centenario della prima codificazione canonica si è tornati diffusamente a riflettere sulle motivazioni che hanno portato il legislatore della Chiesa a sistematizzare il patrimonio giuridico ecclesiale in un codice, rispondendo così a quella richiesta di *reformatio iuris* confluita nel Concilio vaticano I e formulata in diversi modi dai Padri conciliari. Se nella fase d'avvio del processo di revisione formale del diritto canonico, diverse sono state le soluzioni ipotizzate riguardo alla specifica forma da adottare per aggiornare il *Corpus Iuris Canonici*, ampiamente condiviso è apparso sin da subito l'obiettivo individuato come primario da tanti padri conciliari: quello di provvedere a 'riformare', a ridare forma, al patrimonio giuridico ecclesiale, e ciò anche in considerazione dell'*hodiernus Ecclesiae status*. È questo, in particolare, l'esplicito auspicio espresso durante il Concilio vaticano I dall'allora vescovo d'Orleans, mons. Félix-Antoine-Philibert Dupanloup, educatore attento ed instancabile pastore: è in considerazione di questo obiettivo (riformare il diritto canonico tenendo conto dell'*hodiernus Ecclesiae status*) che lo stimato prelado – accademico di Francia particolarmente impegnato a scuotere l'indifferentismo religioso dei connazionali, anche attraverso il richiamo a figure emblematiche quali Giovanna d'Arco –, ha ritenuto di dover sollecitare la predisposizione di un *novum iuris canonici corpus*.

Nel contesto delle presenti veloci riflessioni, a noi interessa semplicemente evidenziare che l'avvertita necessità di trovare per l'organizzazione del patrimonio giuridico ecclesiale una forma meglio rispondente alle "odierne esigenze della Chiesa" – preoccupazione accanto alla quale si sono andati sommando i tanti altri interessi ed obiettivi su cui ben ha saputo richiamare l'attenzione la dottrina canonistica, in particolare nelle ultime decadi –, ha visto maturare l'opzione codificatoria del diritto della Chiesa sul presupposto implicito, da un canto, delle potenzialità adattive dell'impianto giuridico canonico per quanto attiene agli aspetti formali, dall'altro, dell'apertura ecclesiale ai linguaggi ed alle forme comunemente in uso nei coevi sistemi giuridici laici. E si tratta di un'apertura che ha concorso a superare senza scarti le eventuali remore riconducibili alla matrice ideologica dell'età della codificazione, a definitiva riprova della inclinazione del sistema giuridico ecclesiale a rendere facilmente accessibili e fruibili i contenuti del proprio patrimonio normativo.

Conferma dell'adeguatezza dell'opzione codificatoria alle "odierne esigenze della Chiesa" sarebbe venuta, molte decadi dopo, anche dal felice (per quanto perfettibile) esito del perseguito obiettivo di recepire con il *Codex* del 1983 l'apporto del Concilio vaticano II. Sarà infatti proprio con la svolta del 1983 che

l'ormai consolidata prassi codificatoria canonica darà ulteriore e piena prova di come la forma *codice* sia idonea a veicolare sistematicamente (anche se non esaustivamente) il diritto del popolo di Dio: la codificazione del 1983 in effetti, oltre che a ratificare la scelta codificatoria maturata in un contesto ben diverso da quello che a suo tempo ha motivato in tal senso il legislatore canonico, si è rivelata idonea a permettere l'assorbimento nel sistema giuridico canonico dell'ecclesiologia post-conciliare. Non a caso la cost. ap. *Sacrae disciplinae leges* parla del nuovo codice come di *un grande sforzo di tradurre in linguaggio canonistico l'ecclesiologia conciliare*, e sottolinea il *carattere di complementarietà che il codice presenta in relazione all'insegnamento del Concilio vaticano II*.

Ma torniamo a cercare di riflettere *ab extra* sul significato della codificazione canonica del 1917, anche in considerazione del fatto che chiunque oggi può facilmente accedere agli importanti studi i quali, in particolare negli ultimi decenni, hanno concorso a ripercorrere le diverse fasi del primo processo codificatorio ed a meglio coglierne gli sviluppi. Rafforzata ne risulta la consapevolezza di trovarci di fronte ad un evento di significativa rilevanza per la stessa storia delle culture giuridiche, in particolare di quella occidentale che, in diverso modo ma per entrambi i suoi due grandi modelli – quello di *civil law* e quello di *common law* –, pone al centro della propria riflessione il tema delle fonti del diritto, tema che oggi vive una nuova stagione per il consolidarsi di un approccio metodologico che, più criticamente consapevole della complessità degli attuali sistemi sociali e giuridici nazionali e sovranazionali, evocando la metafora della rete, tende a ridimensionare gli argini tracciati da una concezione rigidamente gerarchica delle fonti normative, ed a riconoscere il pluralismo, anche normativo, delle odierne società complesse.

Optando da un secolo a questa parte per la codificazione del proprio patrimonio giuridico, il sistema canonico – la cui corroborata e caratterizzante vocazione giurisprudenziale ha costituito, tra l'altro, il felice precedente del richiamato modello di *common law* –, ha scelto, da un certo momento in poi (e fino a quando lo riterrà utile), di avvalersi di uno strumento elaborato nell'ambito della tradizione di *civil law*, tradizione questa derivata e nutrita da ascendenze romanistiche, significativamente modellata nel corso del tempo dall'esperienza del *ius commune*, ed impegnata, anche ai nostri giorni, ad approntare tecniche, modelli e strumenti giuridici adeguati a rispondere alle istanze dei complessi sistemi contemporanei.

A più di due secoli dall'avvio dell'età della codificazione, ed a cent'anni dalla promulgazione del primo *Codex Iuris Canonici*, ci si ritrova oggi pronti ad aprire nuovi percorsi di riflessione, anche in considerazione dell'ormai compiuto percorso di demitizzazione dello strumento *codice*, al quale va riconosciuto

l'indubbio merito di aver facilitato l'agile e più funzionale sistematizzazione dei complessi patrimoni normativi moderni facenti capo ad ordinamenti primari. La distanza che ci separa dalla prima codificazione canonica permette innanzitutto oggi di riconoscere in questa opzione, accanto alle sue ragioni più immediate e contingenti, anche i segni della assai graduale (per quanto specifica) attitudine della tradizione giuridica ecclesiale ad intrattenere nel tempo un vero e proprio dialogo con le altre culture giuridiche. Si tratta di un percorso complesso, ancora tutto da indagare, contrassegnato da prese di distanza accanto a perseguite contaminazioni ed influenze reciproche tra patrimonio giuridico ecclesiale e coeve culture giuridiche alle quali sono riconducibili sistemi, principi e regole che concorrono a formare la struttura giuridica portante dei contesti sociali nei quali la Chiesa stessa, presente ed operante in tutto il mondo, vive con il proprio patrimonio giuridico portando l'annuncio di salvezza che le è stato affidato.

3. IL CRESCENTE E DIFFUSO INTERESSE PER LE FONTI NORMATIVE DEI SISTEMI GIURIDICI RELIGIOSI

A fronte di un più marcato e diffuso interesse riservato ai sistemi giuridici religiosi ed alle rispettive fonti di diritto, l'ordinamento canonico viene così oggi sempre più a caratterizzarsi anche per il fatto di disporre di un apparato normativo facilmente accessibile e fruibile, sistematizzato da oltre un secolo facendo ricorso agli strumenti affinati da quella moderna tecnica codificatoria che ha nel *Code Napoléon* del 1804 il suo prototipo ideale e formale: un apparato normativo, quello ecclesiale che, maturata da parte del legislatore canonico l'opportuna decisione di relegare in un cassetto il progetto di *Lex Ecclesiae fundamentalis*, dispone al momento di due diversi codici (quello sancito per la Chiesa latina nel 1983 e quello sancito per le Chiese cattoliche orientali nel 1990). Una scelta, quella codificatoria che, supportata e consolidata dall'importante lavoro di integrazione normativa assicurata dall'autorità ecclesiastica a livello di Chiesa universale, particolare e locale, continua tutt'oggi a mostrarsi idonea ad organizzare in modo funzionale e fruibile il patrimonio giuridico del popolo di Dio.

Adeguatamente argomentata risulta così ai nostri occhi la consapevolezza dell'eccezionalità dell'azione di attualizzazione e di razionalizzazione del proprio patrimonio giuridico portata avanti dalla Chiesa, di cui non poca parte è accreditabile all'impegno della stessa scienza canonistica. L'esperienza giuridica ecclesiale si presenta, pertanto, nel contesto delle coeve culture giuridiche, come un *unicum* di particolare interesse, specie quando ci si apra alla conoscenza

e – per quanto possibile – alla comparazione con altre tradizioni giuridiche religiose, il cui diritto talora risulta, agli occhi dei più, irrigidito in forme e linguaggi difficilmente conoscibili e decodificabili. Ed altre delicate questioni apre alle contemporanee culture giuridiche (in particolare a quella occidentale che ha diffusamente – anche se non sempre riflessivamente – fatte proprie le ragioni del *dare a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio*) il fatto che talora sia delegato il compito di veicolare il ‘diritto sacro’ proprio alla mediazione di taluni ordinamenti civili (e si pensa subito alla disciplina del matrimonio e del divorzio affidata dall’ordinamento israeliano alla legge ebraica, ed alla recente Costituzione egiziana sottoposta al vaglio di un referendum costituzionale nel gennaio 2014: all’art. 2, non modificato rispetto al precedente sancito nella Costituzione del 2012, i principi della shari’a sono presentati come “la fonte principale della legislazione egiziana”).

Quando ci si apra alla comparazione tra le tradizioni giuridiche religiose e le rispettive fonti normative, agli atti, l’ordinamento canonico appare sin da subito distinguersi per la marcata attitudine a mantenere una certa sintonia metodologica e formale con le coeve culture giuridiche, anche in considerazione della consolidata opzione codificatoria: è questo un ulteriore esito dell’azione di razionalizzazione e di adattamento sistematico del proprio patrimonio giuridico realizzata dal legislatore della Chiesa nel tempo. Quello canonico viene così a distinguersi come il sistema giuridico religioso caratterizzato da una esplicita e connaturale inclinazione adattiva per quel che attiene alla forma, benché risulti al contempo resiliente ed integro nei suoi elementi e principi costitutivi e fondamentali. Adattabilità in quanto alla forma e resilienza in quanto alla sostanza (intesa nel suo nucleo essenziale), caratteristiche queste che hanno positivamente concorso a salvaguardare gli elementi costitutivi ed essenziali del diritto della Chiesa nel lungo percorso compiuto ad oggi dalla sua istituzione, atto che ha esplicitato e storicizzato il progetto redentivo.

Sulla scorta dei molteplici e solidi studi che hanno fatto chiarezza della storia della codificazione canonica, ed accogliendo le domande di una cultura giuridica che apre nuovi interrogativi riguardo all’avvertita esigenza di conoscere via via più adeguatamente le tradizioni giuridiche religiose, sempre più diffusamente ed attivamente presenti nel tempo e nei luoghi della globalizzazione, si può affermare che la codificazione canonica – certo, di là dalle esplicite intenzioni che hanno animato e mosso i fautori ed i primi fruitori della opzione codificatoria –, rappresenta ai nostri giorni la più matura, integrale e consolidata esperienza di ‘traduzione’ di un patrimonio giuridico religioso – nello specifico, del patrimonio giuridico ecclesiale – in linguaggi e tecniche, forme e istituti diffusamente condivisi, nonché facilmente accessibili e comprensibili per le coeve culture giuridiche.

EL CÓDIGO Y LA CÁTEDRA. LAS PRIMERAS OPOSICIONES TRAS EL CIC DE 1917

Aurora M^a López Medina *

SUMARIO: 1. El desarrollo de la oposición a la cátedra de Instituciones de Derecho Canónico de la Universidad de Murcia. – 2. Perfil de los opositores. El catedrático José Pou de Foxá.

En el centenario de la codificación canónica he entendido que podría ser de interés intentar dar una panorámica de cuál era en los primeros años del s. XX la situación del Derecho canónico en la Universidad española donde se estudiaba como una más de las disciplinas jurídicas. Para hacerlo he recurrido a una serie de documentos inéditos custodiados en el Archivo General de la Administración (AGA) en Alcalá de Henares y que gracias al Proyecto de Investigación “La Memoria del Jurista español” están siendo sacados a la luz¹. Entre las carpetas que se han ido extrayendo del Archivo se encuentra la documentación correspondiente a la oposición que tuvo lugar en Madrid a comienzos de 1918 para cubrir la cátedra de “Instituciones de Derecho Canónico” en la entonces recién creada Universidad de Murcia². Los ejercicios para acceder a la plaza se desarrollaron en unos momentos en los que el Código de Derecho Canónico promulgado en 1917 estaba en periodo de *vacatio legis*, y tanto los miembros del tribunal como los opositores conocían algunos aspectos del texto, pero sin duda eran más los interrogantes que se planteaban ante esta novedad legislativa que las certezas sobre el alcance de su aplicación en el ordenamiento de la Iglesia.

En el reducido espacio de este trabajo intentaré analizar qué problemas eran los que más interesaban a estos canonistas vinculados a la Universidad española y por tanto más cercanos a todo lo relacionado a la aplicación del Derecho Canónico en el ámbito civil que a su uso en las curias o en las congregaciones religiosas³.

* Universidad de Huelva. España.

¹ Este trabajo ha sido realizado dentro del Proyecto “La memoria del jurista español: génesis y desarrollo de las disciplinas jurídicas (textos, programas, manuales)” DER2014-55035-C2- 1-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

² AGA 32/07346 Leg. 5363.

³ Casi 90 de los 563 catedráticos reseñados en el “Diccionario de catedráticos españoles de Derecho” (1847-1943) fueron en su momento titulares de una cátedra relacionada con la discipli-

En aquellos momentos las oposiciones a cátedra estaban reguladas por el Reglamento de 8 de abril de 1910⁴. Conviene tener en cuenta cuáles eran los requisitos exigidos por la normativa, y señalar los de interés para averiguar cuáles eran en aquel momento los temas candentes de nuestra disciplina.

De un lado era preceptivo que los miembros del tribunal elaborasen un “Programa” para la oposición, que se daba a conocer a los opositores ocho días antes de la celebración del primer ejercicio. A partir de los epígrafes de este temario se interrogaría a los concursantes en los ejercicios, primero y segundo (las dos preguntas a las que todos deberían responder por escrito, y las cinco que deberán desarrollar oralmente ante el tribunal). El “Programa” quedaría archivado con la documentación de la oposición. Su análisis constituye ahora una oportunidad de comprobar qué temas interesaban a los miembros del tribunal, o lo que es lo mismo qué es lo que consideraban de mayor interés aquellas personas tan prestigiosas en el estudio de la disciplina.

Según el Reglamento de 1910, el tribunal era libre para fijar el caso práctico y las condiciones en que habría de hacerse este ejercicio. De esta elección podemos concluir sobre las intenciones de los examinadores. Además, se estableció que la bibliografía solicitada por los concursantes para el desarrollo del cuarto ejercicio, que consistía en la defensa de uno de los temas del programa del opositor, quedaría recogida también en el expediente. Se tratará de datos bibliográficos de interés, pues sin duda usarían los libros más conocidos, y novedosos.

1. EL DESARROLLO DE LA OPOSICIÓN A LA CÁTEDRA DE INSTITUCIONES DE DERECHO CANÓNICO DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA

¿Qué podemos deducir del temario preparado por el Tribunal, las preguntas que se realizan y la bibliografía que usaron los concursantes en esta oposición? Dejemos “hablar a los papeles”.

Los cinco miembros del tribunal que habría de juzgar a los candidatos a esta plaza se nombraron tal como dictaba el reglamento. En este caso, en atención a la disciplina de que se trataba, el miembro representante del Consejo de Instrucción sería el Obispo de Madrid Alcalá que era el clérigo que formaba parte del este organismo. Ocupaba el cargo D. Prudencio Melo Alcalde, doctor en Derecho, había obtenido ese grado en la Universidad Central en 1891. Los

na eclesiástica. Vid. http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos/lmaterias/dcanonico (consultada 28/12/2018)

⁴ M. MARTINEZ NEIRA, J.M. PUYOL, C. RODRIGUEZ-LOPEZ, *La Universidad Española 1889-1939. Repertorio de legislación*, Madrid, 2004.

tres profesores que formaron parte del tribunal fueron finalmente D. Rafael Ureña, académico y en algún momento dedicado a la disciplina y D. Salvador Torres Aguilar-Amat, prestigiosa jurista del que no consta dedicación especial alguna al estudio del Derecho de la Iglesia y Francisco Gómez del Campillo catedrático de Derecho Canónico en aquel momento de Barcelona. El quinto miembro de la comisión era el “competente”, curiosa denominación con la que se designaba a quien no era docente sino profesional de la materia, y que es su calidad de especialista en la práctica formaba parte de la terna; en esta ocasión desempeñó este puesto el sacerdote D. Javier Vales Failde, capellán real, juez del Tribunal de la Rota de la Nunciatura de Madrid, fallecido prematuramente y en extrañas circunstancias en 1923.

Ellos serían los encargados de redactar los epígrafes del programa sobre los que se efectuarían las preguntas. El “Programa” redactado destaca en primer lugar por su amplitud, son 199 temas que están ordenados parece ser que siguiendo el orden clásico de las Decretales (*iudex, iudicium, clerus, connubia, crimen*), como debió ser costumbre hasta que se impusiera la estructura del Código. Con ser temas muy amplios quedan sin embargo cuestiones muy concretas en algunos de los epígrafes como el del tema 62 «Derechos del primado pontificio: ¿puede el Romano Pontífice designar a su sucesor?» o n° 150 «El consentimiento paterno en el matrimonio de los hijos. Origen, vicisitudes y legislación vigente ¿Es revocable este consentimiento?»; en el tema 155 aparece directamente la interrogación «¿Puede estimarse impedimento el rapto de seducción?» Quiero entender que la inclusión de estas preguntas en el “Programa” viene dada por el interés que despertaban estas cuestiones en ese momento.

En efecto en 1917, además de la codificación resonaban todavía otros ecos del Concilio Vaticano (que ahora conocemos como I). Aquel concilio que se había convocado para tratar de la infalibilidad del Papa y que acabo planteando cómo iba a ser la vida de la Iglesia una vez despojada de los Estados Pontificios. La Iglesia se cuestionaba cómo mantener la competencia de jurisdicción sobre los católicos sin contar para ello con el apoyo de los gobernantes católicos. Italia era el primer reto. Pero al mismo tiempo la desaparición del derecho de veto en la elección del pontífice (otra de las preguntas concretas del “Programa”) abría un atisbo de libertad para la propia Iglesia. El interés por estas cuestiones se aprecia viendo los muchos epígrafes dedicados ellas.

Que la Iglesia había cambiado en este sentido, era evidente. Tras la reforma de la Curia, en 1908 se había prescindido de las congregaciones dedicadas al gobierno y los tribunales romanos ya no veían más causas que las estrictamente canónicas; pero sin embargo, preocupaba a la Iglesia mantener su competencia sobre el matrimonio de sus fieles que a su vez serán ciudadanos de unos estados

donde los nuevos códigos civiles permitirían el divorcio vincular o que fuese necesario el consentimiento paterno para contraer.

Pues bien, entre los 199 temas quiso el azar que los que se extrajeron para que los concursantes desarrollaran en su ejercicio escrito, fueran: «De la codificación canónica; su génesis y vicisitudes» y «Formas del matrimonio canónico. Sus clases e historia». En el archivo se conservan las contestaciones a estas preguntas, que he podido leer con cierta atención y que resumo.

Poco debían conocer aquellos jóvenes de la codificación canónica que acababa de concluir pues no citan siquiera el texto de la *Providentissima Mater* que resume el proceso, y los nombres que cita en este texto de Benedicto XV no son citados por los opositores, que sin embargo sí que se mencionan al Padre Manjón que puso de manifiesto la necesidad de que se hiciera una nueva recopilación de leyes en la Iglesia. También algunos se refieren al contenido, que no al nombre, del *M.P Cum Iuris canonici*, que establecía la “Comisión para la Interpretación auténtica del Codex” y el medio para su actualización (que nunca fue efectivo, por cierto). La poca información es suplida por la erudición que demuestran al citar como precedentes de la codificación muchas compilaciones canónicas. Solo uno de los opositores hace mención a las corrientes contrarias a la codificación. También solo uno se refiere al Congreso de Friburgo donde en 1897 se había debatido sobre el tema. En general predomina la línea “curialista” o pragmática entre estos opositores que citan a Vives y se muestran optimistas ante el Código. Es de notar que los que son presbíteros parecen demostrar un mayor conocimiento sobre las consultas hechas a los obispos, es posible que alguno hubiera sido uno de los especialistas consultados por estos. No olvidan la mención a las normas canónicas con las que Pio X y el propio Benedicto XV había regulado determinados temas en aquellos años previos al Código. Solo uno de los opositores entra en el tema de la diferencia entre compilaciones y codificación y profundiza en lo que supone la introducción de la técnica codificadora en el ámbito del Derecho de la Iglesia.

Por lo que se refiere a la segunda pregunta, cierto desconcierto surge con el enunciado “diferentes formas de matrimonio”, y hay quien contesta refiriéndose al matrimonio por procurador, el celebrado bajo condición, quien se refiere a los tipos de matrimonio (lícito, legítimo..) o quien señala la novedad del matrimonio celebrado en lo que después se ha venido a llamar forma extraordinaria.

Ante esa duda los opositores se inclinan a escribir sobre la evolución de la forma canónica y muy especialmente al problema de los matrimonios clandestinos y de su tratamiento en el Concilio de Trento.

El tribunal decidió que el comentario de texto que habrían de resolver quienes participan en esta oposición versara sobre el can. 1131, las causas de separa-

ción temporal. Un texto complicado, no en vano tuvo una importante interpretación jurisprudencial en los años, 1924, 28, 29, 30 y 32 y la “Comisión Pontificia de Interpretación del Código” tuvo que emitir una respuesta para aclarar el segundo de los párrafos de este canon, que en efecto ninguno de los concursantes supo desentrañar. Se nota cierto desconcierto en los ejercicios de comentario del texto de este can. 1131. Pocos atinan en la distinción entre la separación perpetua y la temporal que creo que es lo que pretendían los miembros del tribunal y ninguno profundiza en el alcance de “dar su nombre a una seta acatólica”.

A partir de la bibliografía utilizada por los ocho concursantes que llegaron a ese ejercicio que se denominaba “la encerrona”, se puede elaborar una “actualidad” bibliográfica de los temas que desarrollaron y que fueron: bienes de la Iglesia; cabildo y capítulos; la vigencia de los concordatos; patriarcas, primados y metropolitanos; oficios eclesiásticos; las censuras en particular; *placito regio*; personas que constituyen la Iglesia. Pues bien, para el desarrollo de estos temas se ayudan de obras principalmente de autores españoles: Joaquín Aguirre, Pedro Benito Golmayo, Anastasio Machuca, Antolín López-Peláez, Tomás Muniz, Juan Bautista Ferreres, y varios acuden al manual del padre Andrés Manjón. También recurren a algunos clásicos no españoles como Johannis Devoti o Carlo Sebastiano Berardi, no en vano habían sido autores “recomendados” en los planes de estudios vigentes en los años finales del XIX.

2. PERFIL DE LOS OPOSITORES. EL CATEDRÁTICO JOSÉ POU DE FOXÁ

¿Quiénes eran las personas que concurrían para obtener esta cátedra de Instituciones de Derecho Canónico en la nueva Universidad de Murcia? Eran quince los jóvenes doctores que la pretendían. Uno de ellos quedó excluido (el granadino Francisco Campo Aravaca⁵). Finalmente fueron nueve los que se presentaron a la oposición y ocho los que concluyeron todos los ejercicios. José Pou de Foxá que ganó la plaza, pero otros cuatro serían más tarde catedráticos: José Escobedo González-Alberú⁶, José Bernal y Montero⁷ de Derecho Canónico,

⁵ Existe un Francisco Campos Caravaca, que fue compañero de estudios de García Lorca, con quien conservó amistad y cónsul de España en Cienfuegos, Cuba. No sabemos si es la misma persona de la que solo sabemos había nacido en Granada en 1893.

⁶ http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionario_decatedraticos/lcatedraticos/escobedo P. HERNANDO SERRA, *Semblanza biográfica de José Escobedo González Alberú* en “Diccionario de catedráticos españoles de Derecho 1847-1943” (consultado el 28/12/2017)

⁷ Llegaría a ser catedrático de la disciplina en Granada. Sería el profesor en aquella Universidad de Bernárdez y Lombardía

mientras Sancho Izquierdo y Carreras Araño, lo llegarían a ser de Derecho Natural. Nunca fue catedrático Miguel de la Villa García, fallecido prematuramente en 1820. Entre los firmantes que no concurrieron dos se convertirían también pronto en catedráticos, Nicolás de Otto y Eloy Montero, que conseguirían sus plazas en 1921 en la siguiente convocatoria de cátedras de “Instituciones de Derecho Canónico”⁸.

Una precisión, al analizar estos documentos he optado por no identificar las respuestas de cada uno de los opositores. No veo justo enjuiciar a personas brillantes por aquello que escribieron nerviosos en un tiempo limitado siendo muy jóvenes. Entiendo que el interés de conocer sus respuestas estriba en la visión de conjunto que aquellos ejercicios nos puedan dar y que ya he deducido en el párrafo anterior. No se trata de examinarles, de nuevo, cien años después.

Parece necesario referirnos a la persona que ganó la plaza tras la oposición, sobre todo porque de él se conserva en el expediente toda la documentación presentada. José Pou de Foxá⁹, era sacerdote e hijo del catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona D. José Pou Ordinas De él encontramos su propio programa, con sesenta y ocho temas y dos trabajos de firma, nombre con el que se conocía a los trabajos inéditos que los concursantes hacían llegar al Tribunal. Los trabajos se titulaban: «Sobre los españoles y el Derecho canónico» en el que se refería principalmente a los trabajos del padre Suárez, un tema de moda entonces con motivo de su centenario y que sin duda debió gustar al Gómez del Campillo que acababa de publicar el Barcelona sobre él, y un segundo trabajo que versaba sobre el pase regio. Pou Foxá, había dado clases de Derecho Romano y aprovecharía más tarde una vacante de esta materia en Zaragoza para solicitar la cátedra de esta disciplina a la que se dedicó durante el resto de su vida (aunque consta que quiso volver a dedicarse al Derecho canónico y solicitó ocupar la vacante de esta disciplina en la Universidad de Zaragoza ya después de la Guerra Civil, cosa que no consiguió). Su discurso inaugural leído en la solemne apertura del curso académico de 1922 a 1923 ante el claustro de la Universidad de Murcia, *Notas marginales al Código canónico*, resulta ser su única publicación de materia canónica.

Recomponer la historia de cómo ha sido la enseñanza universitaria del Derecho de la Iglesia en nuestra Universidad y estudiar las biografías académi-

⁸ AGA 32/07360- Legajo 5369-8. Precisamente en esta oposición sería Pou Foxá, secretario del Tribunal.

⁹ http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionario_decatedraticos/lcatedraticos/pfoxa A. LÓPEZ-MEDINA, *Semblanza biográfica de José Pou de Foxá en “Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1893)”* (consultado 28/12/2017).

cas de quienes la cultivaron, puede ayudar a razonar sobre la oportunidad de su estudio en nuestras Facultades de Derecho. Pero, al mismo tiempo, puede ser una útil para comprender los problemas debe sortear el Derecho canónico actual, para configurarse como una disciplina jurídica, instrumento eficaz para promover la justicia dentro de la Iglesia.

FINALITÀ E TITOLARITÀ NELLA DEFINIZIONE LEGALE DEI BENI ECCLESIASTICI

Jesús Miñambres*

SOMMARIO: 1. La scelta legale di definire i beni ecclesiastici. – 2. Giustificazione teleologica del diritto della Chiesa ai beni. – 3. Lo strumento della personalità giuridica. – 4. La centralità della comunione. – 5. Conclusione.

1. LA SCELTA LEGALE DI DEFINIRE I BENI ECCLESIASTICI

Nel lavoro di redazione dei canoni sui beni temporali della Chiesa, il legislatore del 1917 decise di dare una definizione legale dei beni ecclesiastici:

«Can. 1497. - § 1 CIC'17. *Bona temporalia, sive corporalia, tum immobilia tum mobilia, sive incorporalia, quae vel ad Ecclesiam universam et ad Apostolicam Sedem vel ad aliam in Ecclesia personam moralem pertineant, sunt bona ecclesiastica*».

Era il modo di risolvere la problematica che si sarebbe potuta prospettare se si fosse legiferato sui “beni ecclesiastici” senza precisare cosa s’intendesse richiamare di preciso. In effetti, l’espressione era usata spesso sia dai canonisti che dai testi di documenti adoperati per il governo della Chiesa, e anche dai sussidi preparati per l’insegnamento¹. Ma, in generale, l’espressione “beni ecclesiastici” comprendeva i “beni della Chiesa”, nel senso comune dei termini. Solo alcuni canonisti, studiando il regime beneficiale, erano arrivati ad una descrizione più tecnica che richiamava specificamente i proventi beneficiari che rimanevano alla fine di un esercizio dopo che erano stati pagati gli ufficiali e le spese necessarie per l’attività dell’ufficio stesso (manutenzioni ordinarie, stipendi, ecc.). Questi canonisti cercavano principalmente, come si vede, di determinare bene come dovevano essere gestiti gli eventuali beni avanzati

* Pontificia Università della Santa Croce.

¹ Per indicazioni bibliografiche e altre considerazioni sulla definizione del codice del 1917, cfr. J. MIÑAMBRES, *La nozione di “bene ecclesiastico” nella prima codificazione canonica*, «Ius Ecclesiae» 19 (2007) 77-96.

nell'amministrazione di un beneficio: erano beni ecclesiastici e perciò dovevano essere destinati alla Chiesa e non ad altri scopi. Ma, a parte questo uso un poco più tecnico della nozione elaborata da questi canonisti, l'espressione "beni ecclesiastici" aveva il significato comune di "beni della Chiesa".

Nella prima codificazione si volle dare un regime peculiare a tutti i beni destinati alla missione della Chiesa e, quindi, si definì i "beni ecclesiastici" nei termini del can. 1497, riportato sopra. Si badi che quello che si voleva proteggere era il raggiungimento delle finalità cui i beni dovevano servire. Potrebbe sorprendere che per questo scopo, per proteggere la destinazione dei beni, si sia scelto di individuare i beni cui applicare tale regime legale mediante il richiamo alla titolarità su di essi, o meglio, alla titolarità dei diritti su di essi². Ma tale è stata la scelta del legislatore. Non l'unica scelta, perché lo stesso testo codiciale dava indicazioni anche su altri beni³, come le cose sacre che possono essere nella titolarità di privati («Can. 1510. - § 1. *Res sacrae quae in dominio privatorum sunt (...)*»), ma la scelta principale. Si potrebbe dire che, in qualche modo, il legislatore ha cercato di proteggere la destinazione dei beni indicando il modo di agire che devono seguire coloro che li gestiscono per conto dei titolari di diritti su di essi⁴. La questione, come si vede, è complicata, perché la titolarità dei beni ecclesiastici appartiene a soggetti non fisici (persone morali), rappresentati e amministrati da persone fisiche.

La scelta di proteggere la destinazione delle risorse mediante l'individuazione dei loro titolari è rimasta invariata negli ultimi cent'anni⁵. Anche il Codice latino del 1983 definisce i "beni ecclesiastici" in termini molto simili a quelli precedenti, anche se con la specificazione che i titolari devono essere soggetti pubblici:

«Can. 1257 § 1. *Bona temporalia omnia quae ad Ecclesiam universam, Apostolicam Sedem aliasve in Ecclesia personas iuridicas publicas pertinent, sunt bona ecclesiastica et reguntur canonibus qui sequuntur, necnon propriis statutis*».

E il legislatore orientale del 1990 dà una descrizione ancora più simile a quella del 1917:

² «Can. 1499 § 2 CIC'17. § 2. *Dominium bonorum, sub suprema auctoritate Sedis Apostolicae, ad eam pertinet morale personam, quae eadem bona legitime acquisiverit*».

³ «Can. 1497 § 2 CIC'17. *Dicuntur "sacra", quae consecratione vel benedictione ad divinum cultum destinata sunt; "pretiosa", quibus notabilis valor sit, artis vel historiae vel materiae causa*».

⁴ Cfr. V. DEL GIUDICE, *Beni ecclesiastici. b) Diritto canonico*, in «Enciclopedia del Diritto» V, Varese 1959, p. 207.

⁵ Per un riassunto dell'evoluzione della nozione di "bene ecclesiastico" fra i due Codici, cfr. F.R. AZNAR GIL, *Los bienes temporales de las asociaciones de fieles en el ordenamiento canonico*, in AA.Vv., *Asociaciones canónicas de fieles*, Salamanca 1987, p. 143-213.

«Can. 1009 § 2 CCEO: *Bona temporalia omnia, quae ad personas iuridicas pertinent, sunt bona ecclesiastica*».

Quindi, il legislatore ecclesiastico ritiene di garantire la destinazione dei beni temporali alla missione della Chiesa mediante la protezione che poggia sulla titolarità dei diritti su di essi⁶.

2. GIUSTIFICAZIONE TELEOLOGICA DEL DIRITTO DELLA CHIESA AI BENI

Il riferimento alle finalità non può mancare nella trattazione delle risorse materiali adoperate dalla Chiesa. Già nella prima norma del Libro V del CIC'83, il legislatore stabilisce (can. 1254) che l'acquisto, il possesso, l'amministrazione e l'alienazione dei beni temporali sono giustificati soltanto in funzione del raggiungimento delle finalità della Chiesa (§ 1)⁷, finalità che sintetizza nell'ordinazione del culto, il sostentamento dei ministri e l'esercizio delle opere di apostolato e di carità (§ 2)⁸. Il CCEO descrive lo stesso principio in parole forse più chiare:

«Can. 1007 - *Ecclesia in procurando bono hominum spirituali bonis temporalibus eget et utitur, quatenus propria eius missio id postulat; quare ipsi ius nativum competit acquirendi, possidendi, administrandi atque alienandi ea bona temporalia, quae ad fines ei proprios praesertim ad cultum divinum, ad opera apostolatus et caritatis atque ad congruam ministrorum sustentationem necessaria sunt*».

L'elenco delle finalità nel canone non è esaustivo (come palesano gli avverbi che precedono le liste: *precipue*, nel CIC; *praesertim*, nel CCEO). Durante la preparazione del CIC'83, nella riunione del 25 gennaio 1967 del Coetus studii "De bonis Ecclesiae temporalibus", un consultore aveva proposto di elencare tutti i fini che giustificano l'uso di beni temporali da parte della Chiesa. Un altro invece riteneva «*Fines non recensendi sunt nominatim, quia semper exurgent necessitates quae nunc non praevidentur quibusque Ecclesiae occurrere debet*»⁹. Inoltre, ad un consultore che proponeva di aggiungere fini specifici, come la promozione della cultura o delle missioni, alla formula generale «*opera sacri apostolatus*

⁶ Studia sinteticamente il concetto di bene ecclesiastico e offre bibliografia, A. PERLASCA, *Bien eclesiástico*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, I, Pamplona 2012, p. 689-693. Uno studio più approfondito dello stesso autore: *Il concetto di bene ecclesiastico*, Roma 1997.

⁷ Il testo è molto simile a quello già presente nel can. 1495 §1 CIC'17: «*Ecclesia catholica et Apostolica Sedes nativum ius habent libere et independenter a civili potestate acquirendi, retinendi et administrandi bona temporalia ad fines sibi proprios prosequendos*».

⁸ Cfr. can. 1496 CIC'17.

⁹ «*Communicationes*» 36 (2004) 244.

et caritatis», la commissione codificatrice rispose che gli altri fini ai quali si potrebbe accennare sarebbero già compresi nella formula approvata¹⁰.

I testi legali, quindi, premettono alla trattazione dei beni temporali della Chiesa il riferimento al loro scopo, ma poi, al momento di descrivere i beni stessi, e soprattutto la categoria tecnica di quelli “ecclesiastici”, poggiano sulla nozione di titolarità (*pertinent*)¹¹.

3. LO STRUMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA

C'è chi ritiene che la personificazione dei soggetti collettivi sia strumentale alla gestione e alla regolamentazione dei loro beni temporali. In effetti, il raggiungimento delle finalità astrattamente prefissate dalla legge è facilitato dalla possibilità di costituire persone giuridiche «come insiemi sia di persone sia di cose ordinati ad un fine corrispondente alla missione della Chiesa, che trascende il fine dei singoli» (can. 114 §1 CIC'83). Il legislatore determina poi i fini nel §2 dello stesso canone 114: «Come fini, di cui al §1, s'intendono quelli attinenti ad opere di pietà, di apostolato o di carità sia spirituale sia temporale». Forse, in molti casi, la personalità giuridica dei soggetti canonici risponde soprattutto a esigenze di carattere patrimoniale, relative appunto alla gestione delle risorse materiali per garantire la missione del soggetto stesso¹². In realtà, a nostro avviso, si dovrebbe aggiungere la possibilità di agire in altri ambiti (processuale soprattutto) attraverso i propri rappresentanti, ma la proposta dottrinale (forse provocazione) di collegare personalità giuridica e titolarità patrimoniale conferma la strumentalità della personificazione dei soggetti collettivi nella Chiesa e il collegamento di tali strumenti con le garanzie necessarie nella gestione dei beni temporali.

Tuttavia, come accadeva già nel Codice del 1917, vi sono anche in quello del 1983 delle norme che manifestano più immediatamente la preoccupazione del legislatore per lo scopo dei beni temporali per così dire “direttamente”, sono quelle che riguardano alcune “cose” in sé stesse. L'esempio più evidente è costituito dalle cose sacre, che il can. 1171 descrive come quelle «che sono state destinate al culto divino con la dedicazione o la benedizione»; e, più specificamente, la regolamentazione dei luoghi sacri, «che vengono destinati al

¹⁰ Cfr. «Communicationes» 12 (1980) 396-397.

¹¹ Come abbiamo già notato sopra e ribadiremo ancora più avanti, la titolarità è soltanto il criterio prevalente adoperato dal legislatore per individuare i beni da regolamentare, non è l'unico criterio: le cose sacre sono determinate dalla destinazione al culto, cioè dalla loro finalità, indipendentemente da chi ne sia il titolare.

¹² Cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Corso fondamentale sul Diritto nella Chiesa*, I, Milano 2009, p. 361.

culto divino o alla sepoltura dei fedeli mediante la dedicazione o la benedizione, a ciò prescritti dai libri liturgici» (can. 1205). Da notare che il can. 1171 ricorda espressamente che le cose descritte sono “sacre” e devono essere «trattate con riverenza e non [...] adoperate per usi profani o impropri, anche se sono in possesso di privati»¹³. Da queste norme si desume come la finalità di culto sia garantita non soltanto mediante le norme date agli amministratori dei beni ecclesiastici, ma anche mediante leggi specifiche per tutti i beni assegnati a quel fine, anche se non sono ecclesiastici, o meglio, con indipendenza di chi sia il titolare di diritti su quei beni.

La destinazione dei beni e la sua protezione legale sono oggetto diretto di norme anche quando si tratta di stabilire come devono essere trattate le offerte ricevute dagli amministratori di beni ecclesiastici. Per primo, viene stabilito un principio generale: «Le offerte fatte dai fedeli per un determinato fine non possono essere impiegate che per quel fine» (can. 1267 §3). Poi, lo stesso principio, con formulazione più tradizionale, è ribadito per le pie volontà dal can. 1300: «le volontà dei fedeli che donano o lasciano i propri averi per cause pie sia con atto tra vivi sia con atto valevole in caso di morte, una volta legittimamente accettate devono essere scrupolosamente adempiute, anche circa il modo dell'amministrazione e dell'erogazione dei beni»¹⁴.

4. LA CENTRALITÀ DELLA COMUNIONE

In generale, la scelta di legiferare principalmente sui soggetti, manifesta un approccio più “personalista” alla materia¹⁵ e, in fondo, più realista: quello che interessa è che i beni siano adoperati per la missione della Chiesa: regolare l'agire delle persone che li gestiscono aiuta a garantire il raggiungimento dello scopo. In effetti, la titolarità dei beni descrive soltanto l'appartenenza di essi (o di alcuni diritti su di essi) ad un soggetto; non fa riferimento alla loro destina-

¹³ Anche in questo caso, il legislatore del 1983 riprende esplicitamente la frase già presente nel can. 1510 CIC'17, che abbiamo già citato all'inizio di queste pagine.

¹⁴ Ecco il testo parallelo del CIC'17: «Can. 1514. - *Voluntates fidelium facultates suas in pias causas donantium vel relinquentium, sive per actum inter vivos sive per actum mortis causa, diligentissime impleantur etiam circa modum administrationis et erogationis bonorum, salvo praescripto Can. 1515, § 3*».

¹⁵ Gli autori sottolineano spesso che le “cose” diventano “beni” quando vengono attribuite alle persone: l'energia elettrica non aveva alcuna rilevanza giuridica (o economica) finché non la si è potuta “dominare”: cfr. J.-C. PÉRISSET, *Les biens temporels de l'Église*, Fribourg 1996, p. 49-50; V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*, Bologna 1995, p. 10; F. AZNAR GIL, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca 1993², p. 38; A. PERLASCA, *Il concetto di bene ecclesiastico*, Roma 1997, p. 150; ecc.

zione. Ma, indubbiamente, destinare un bene ad uno scopo specifico richiede l'intervento di un soggetto in grado compiere tale azione. Perciò, la ricerca delle finalità ecclesiali nell'uso delle risorse temporali comporta l'esistenza di soggetti capaci di compierla. In questo senso, l'organizzazione soggettiva della gestione dei beni ecclesiastici si rende necessaria per garantire la loro destinazione alle finalità istituzionali. E questa organizzazione comporta due tipi di soggetti: i titolari dei beni e coloro che garantiscono la loro destinazione. I titolari sono gli enti; i garanti sono soprattutto gli organi degli stessi enti, e in termini più generali, la gerarchia in funzione di vigilanza.

Non si dimentichi il momento storico in cui avviene la prima codificazione canonica: circostanze e avvenimenti di vario tipo, interni ed esterni alla Chiesa (rivoluzione francese, costituzione americana, incameramento di beni da parte di molti Stati europei, assolutismo statale...), ma anche il celebre volume *Delle cinque piaghe della Chiesa* del beato Antonio Rosmini), portano a un interesse per proteggere la titolarità dei beni. La scelta fatta in quelle circostanze diverrà poi adeguata per mettere al centro la persona del fedele e la comunione nella Chiesa, e quindi la corresponsabilità, con le sue esigenze di trasparenza, accountability, solidarietà, ecc., particolarmente presente dopo il concilio Vaticano II e la sua espressione canonica nel Codice del 1983.

L'esigenza della comunione è stata più volte ricordata nel contesto della produzione legislativa canonica. San Giovanni Paolo II la riproponeva come nozione centrale all'inizio del terzo millennio: «Fare della Chiesa la casa e la scuola della comunione: ecco la grande sfida che ci sta davanti nel millennio che inizia, se vogliamo essere fedeli al disegno di Dio e rispondere anche alle attese profonde del mondo»¹⁶. L'impostazione "soggettiva" della legislazione sui beni ecclesiastici aiuta a promuovere la comunione ecclesiale anche nella materia relativa alla gestione delle risorse della Chiesa.

5. CONCLUSIONE

La scelta soggettivistica del legislatore del 1917, anche quando a un primo approccio potrebbe non sembrare la più idonea a raggiungere il traguardo di proteggere la destinazione delle risorse ecclesiastiche, ad un secolo dalla sua "cristallizzazione" nei canoni del Codice, manifesta una sua adeguatezza all'essere stesso della Chiesa, alla sua realtà come comunione.

¹⁶ SAN GIOVANNI PAOLO II, Lett. Ap. *Novo millennio ineunte*, 6 gennaio 2001 («AAS» 93 [2001] 266-309), n. 43.

Sarebbe stato più giusto, probabilmente, non definire legalmente i beni ecclesiastici, o almeno non chiamarli così, cercare un'altra denominazione che evitasse che si potesse pensare che le finalità istituzionali della Chiesa non possono essere raggiunte anche con risorse che non sono nella titolarità delle persone giuridiche pubbliche che agiscono al suo interno.

A cent'anni da quella scelta, però, si deve riconoscere che, in generale, la definizione legale dei beni ecclesiastici è stata utile per garantire la giustizia canonica riguardante l'uso delle risorse materiali da parte degli enti istituzionali per il raggiungimento delle finalità della Chiesa.

A CENTO ANNI DALLA PROMULGAZIONE DEL CODICE DI DIRITTO CANONICO DEL 1917: L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA DELLA VITA CONSACRATA NEL CONTESTO DELLA CULTURA GIURIDICA CONTEMPORANEA

Agostino Montan*

SOMMARIO: 1. Il diritto proprio degli istituti di vita consacrata e delle società di vita apostolica: evoluzione della normativa. – 2. La formazione negli istituti di vita consacrata e nelle società di vita apostolica: evoluzione della normativa. – 3. Il governo negli istituti di vita consacrata e nelle società di vita apostolica: evoluzione della normativa.

Il tema del XVI Congresso Internazionale promosso dalla *Consociatio* [“Diritto canonico e culture giuridiche nel centenario del CIC 1917”] può essere sviluppato da diversi punti di vista. L'angolazione da me scelta intende mettere a fuoco come nei cento anni trascorsi dalla promulgazione del primo Codice di diritto canonico della Chiesa latina (1917), la normativa di quella che oggi viene denominata *vita consacrata*, si è venuta collocando nel contesto apertissimo della cultura giuridica contemporanea. Si tratta del processo che viene denominato, soprattutto in campo teologico e magisteriale, «aggiornamento» (o anche adattamento, accomodamento, inculturazione, inserimento, contestualizzazione, incarnazione, ecc.), e che consiste nell'incontro tra l'esperienza di vita cristiana espressa dalla vita consacrata e le culture nelle quali il «grande albero dai molti rami», immagine con cui la *Lumen gentium* definisce la «vita religiosa» (n. 43), è via via cresciuto.

L'aggiornamento (*accomodata renovatio*) della vita e della disciplina degli istituti di vita consacrata, già auspicato a partire dal 1950 al Congresso mondiale degli Stati di Perfezione¹ e incoraggiato da Pio XII², è divenuto una

* Pontificia Università Lateranense.

¹ S.C. DE RELIGIOSIS, *Acta et documenta congressus generalis de statibus perfectionis. Romae 1950*, voll. I-IV, Editrice Tipografia Vaticana, Roma 1952.

² Pio XII, *Annus sacer*, Allocuzione ai delegati partecipanti al Congresso generale dei religiosi

richiesta esplicita del concilio Vaticano II. I Padri conciliari avevano posto le basi teologiche ed ecclesologiche per il rinnovamento della vita dei religiosi nella costituzione dogmatica *Lumen gentium* (1964), nel capitolo VI interamente dedicato ai “religiosi”. Nel decreto *Perfectae caritatis* (1965) avevano poi precisato che cosa si dovesse intendere per rinnovamento e come attuarlo. Il decreto, in effetti, stabiliva direttive appropriate e orientamenti pratici per l’aggiornamento spirituale, ecclesiale, carismatico e istituzionale della vita consacrata nella Chiesa³. Lo stesso titolo del decreto: *De accomodata renovatione vitae religiosae* indicava esplicitamente che il rinnovamento era l’angolatura dalla quale i Padri conciliari prendevano in considerazione la vita religiosa in tutte le sue espressioni. Per i Padri doveva trattarsi di un rinnovamento che doveva investire ogni istituto in quanto tale, in tutti i suoi aspetti, con riferimento sia alle persone che alle istituzioni. È quanto si legge nel n. 3 del decreto.

Con il peso della sua autorità il concilio aveva chiesto il rinnovamento profondo delle istituzioni religiose, della loro riforma mediante il ritorno al Vangelo e l’ascolto dei «segni dei tempi». Il titolo del decreto (*De accomodata renovatione vitae religiosae*) conteneva un duplice appello corrispondente al duplice orientamento presente tra i Padri conciliari: da una parte il ritorno alle origini, all’ispirazione primitiva degli istituti (la *renovatio*, si diceva, implica la *restauratio pristinatorum*), il che comportava guardare maggiormente al passato e alla tradizione, dall’altra l’adattamento alle mutate condizioni dei tempi e ai diversi luoghi nei limiti e secondo lo spirito di ciascun istituto (la *renovatio*, si diceva, implica una *accomodatio rationibus temporum nostrorum*), il che comportava guardare maggiormente al futuro. Nel titolo definitivo approvato, il concilio non ha voluto separare *renovatio* e *accomodatio*, bensì ha inteso farne due tempi di un unico movimento, come precisato nel n. 2 del decreto.

Nella fase preconciliare la vita religiosa⁴ – questa era la denominazione di allora rimasta prevalente fino agli anni 1970-80 quando si imporrà l’espressione

di tutti gli ordini, congregazioni, società e degli istituti secolari, 8 dicembre 1950, in «AAS» 43 (1951) 26-36. È da questo discorso che derivano l’idea e le stesse parole di *adeguato rinnovamento* (*de accomodata renovatione*) che si troveranno negli schemi del decreto *Perfectae caritatis* discussi in concilio: J. M. R. TILLARD, «Les grandes lois de la rénovation de la vie religieuse», in J. M. R. TILLARD et Y. CONGAR (sous la direction de), *L’adaptation et la renovation de la Vie Religieuse. Décret “Perfectae caritatis”* (Unam Sanctam 62), Paris 1968, pp. 77-158.

³ Sull’apporto del concilio Vaticano II alla comprensione della vita religiosa si veda, oltre alla già citata opera di J. M. R. TILLARD et Y. CONGAR (nota 2), si veda la voce: «Vaticano II. Concilio», in *Dizionario degli Istituti di Perfezione* [d’ora in avanti: DIP] vol. X, Roma 1997, col. 1743-1774 (con vasta bibliografia).

⁴ Il concilio Vaticano II non ha introdotto un vocabolario nuovo per parlare della vita consacrata, ma ha conservato quello tradizionale. Parla infatti di *religiosi* (*De Religiosis* è il titolo del capitolo VI della *Lumen gentium*; cf. anche l’uso del termine sia nella *Lumen gentium*, sia in *Perfectae caritatis*).

«vita consacrata (mediante la professione dei consigli evangelici)» – in tutte le sue manifestazioni e strutture, si presentava come una forza compatta e operativa per la vita e la missione di una Chiesa militante che si percepiva in continua opposizione al mondo. Nella *Lumen gentium* cap. VI, per la prima volta nei lavori di un concilio ecumenico, la vita religiosa è stata identificata come parte viva e feconda del popolo di Dio e della vita di comunione e di santità della Chiesa e non come ambito bisognoso soltanto di «decreti di riforma». Nella nuova stagione di apertura e dialogo con il mondo, come delineato nella costituzione pastorale *Gaudium et spes*, la vita consacrata si è sentita spinta in prima linea nell'esplorare, a beneficio dell'intero popolo di Dio, le coordinate di una nuova relazione Chiesa-mondo, abbracciando nuovi percorsi. A partire dal dettato conciliare, la normativa riguardante la vita consacrata ha assunto linguaggi e concetti nuovi.

sectionIl diritto proprio degli istituti di vita consacrata e delle società di vita apostolica: evoluzione della normativa

Nella redazione dei testi legislativi, le *Normae* del 1921⁵ – emanate dalla Congregazione dei Vescovi e dei Regolari, in continuità con la costituzione apostolica *Conditae a Christo* di Leone XIII⁶ e con le *Normae* «secondo le quali la Congregazione suole procedere nell'approvazione dei nuovi istituti di voti semplici» del 1901⁷ – accoglievano una concezione di testo legislativo che doveva essere scritto a imitazione di quanto avevano fatto e stavano facendo gli Stati, affermando il primato della legge intesa come legge *generale, astratta, rigida*, fonte unica e autoritativa del diritto. Coerenti con questo principio dalle origini illuministiche, le *Normae* del 1921 vietavano di inserire nelle costituzioni dell'istituto le citazioni della Sacra Scrittura, dei concili, dei Padri della Chiesa, le disposizioni dei direttori particolari dei singoli Istituti, dei codici dei loro usi e consuetudini, dei loro scritti spirituali⁸.

Il vigente codice, al can. 587 stabilisce che il codice fondamentale o costituzioni di un istituto di vita consacrata deve contenere ciò che definisce il

Va però rilevato che parlando di *vita religiosa* e di *religioso*, il concilio intende parlare di tutti coloro che cercano la perfezione mediante la professione dei consigli evangelici. Si veda: I. MCSHEA, «*Relatio schematis "De accomodata renovatione vitae religiosae" emendatus*», in F. GIL HELLÍN, *Decretum de accomodata renovatione vitae religiosae Perfectae caritatis*, (Concilii Vaticani II Synopsis), Roma 2016, p. 328.

⁵ S. C. DE RELIGIOSIS, *Normae secundum quas Sacra Congregatio de Religiosis in novis religiosis congregationibus approbandis procedere solet*, 6 martii 1921, Romae 1921: «AAS» 13 (1921) 312-319.

⁶ LEO XIII, const. ap. *Conditae a Christo*, 8 december 1900, in «ASS» 33 (1900-1901) 341-347.

⁷ S.C. EPISCOPORUM ET REGULARIUM, *Normae secundum quas S. Congr. Episcoporum et Regularium procedere solet in approbandis novis institutis votorum simplicium*, Romae 1901.

⁸ *Enchiridion della vita consacrata. Dalle Decretali al rinnovamento post-conciliare (385-2000)*, Milano, 2001, pp. 755-757, marg. 1301.

«patrimonio» dell'istituto, vale a dire «l'intendimento e i progetti dei fondatori, sanciti dalla competente autorità della Chiesa, relativamente alla natura, al fine, allo spirito e all'indole dell'istituto, nonché le sane tradizioni» (can. 578). Il testo fondamentale di un istituto di vita consacrata non può più essere una legge *generale, astratta, rigida*, fonte unica e autoritativa del suo diritto. Un istituto deve avere un «diritto proprio», formato da più fonti gerarchicamente ordinate, redatte secondo i criteri stabiliti dalle norme universali⁹.

Nel codice del 1917 mancava una norma di grande rilevanza per la vita degli istituti di vita consacrata, che trova invece pubblica ed esplicita accoglienza nel codice del 1983. Si tratta del can. 586 § 1 dove viene affermato un vero e proprio «diritto fondamentale» della vita consacrata, il diritto all'autonomia normativa. Il Codice del 1917 accoglieva solo indirettamente tale diritto, riconoscendo gli effetti che da esso derivano, come, ad esempio, il fatto che ogni istituto abbia una «regola» o delle «costituzioni» particolari (CIC 1917 can. 489). Il riconoscimento del diritto all'autonomia normativa è frutto della riflessione del concilio Vaticano II sui diritti dei fedeli sia come singoli sia nelle formazioni ecclesiali dove si svolge la vita cristiana.

Stabilisce il can. 586 § 1:

«È riconosciuta ai singoli istituti una giusta autonomia di vita, specialmente di governo, mediante la quale abbiano nella Chiesa una propria disciplina e possano conservare integro il proprio patrimonio di cui al can. 578».

Grazie a questi principi, a partire dal concilio Vaticano II il diritto della vita consacrata è venuto assumendo una nuova fisionomia, quella delineata sia dai dieci principi di fondo che dovevano guidare l'*iter* di revisione del nuovo codice¹⁰, sia dai quattro principi direttivi redatti specificamente per la vita religiosa, dal gruppo di studio costituito per la revisione del «De religiosis»¹¹. Questi ultimi principi stabilivano, tra l'altro, che bisognava unire gli elementi giuridici con i principi teologici e spirituali propri della vita consacrata, che occorreva considerare fonte del diritto proprio il «patrimonio dell'istituto», vale a dire lo spirito e gli intendimenti dei fondatori, come pure le sane tradizioni

⁹ Secondo quanto stabilisce il vigente Codice, il «diritto proprio» degli istituti di vita consacrata deve comprendere: il codice fondamentale o costituzioni (can. 587 § 1), altri codici che contengono le norme stabilire dall'autorità competente dell'istituto (can. 587 § 3), il regolamento dei capitoli (can. 631 § 2), norme adatte circa l'uso e l'amministrazione dei beni (can. 635 § 2), un regolamento di formazione per il noviziato (can. 650 § 1), la *ratio* della formazione (can. 659 § 2), il «piano degli studi» dell'istituto per i candidati a ricevere gli ordini sacri conforme a diritto universale (can. 659 § 3).

¹⁰ Cf. *Codex Iuris Canonici, Praefatio*, in «AAS» 75 (1983-II) XXI-XXIII.

¹¹ «Communicationes» II (1970) 170-173.

dei singoli istituti, secondo quanto aveva stabilito il n. 2b del decreto *Perfectae caritatis*. Ciò comportava permettere ad ogni istituto la massima flessibilità nell'adozione delle norme disciplinari proprie¹². Il Codice di diritto canonico di S. Giovanni Paolo II ha affrontato la questione del rapporto tra il diritto universale e il diritto proprio applicando il principio di sussidiarietà: né un diritto universale dettagliato e stretto che mortificasse i carismi e le peculiarità proprie di ogni istituto e società, né un diritto così generico da risultare non sufficiente a salvaguardare i valori essenziali e comuni alle diverse forme di vita consacrata¹³. Tutto ciò ha comportato proporre una diversa cultura giuridica, che oggi sempre più si sta affermando nei testi legislativi degli istituti di vita consacrata e delle società di vita apostolica.

Dal punto di vista istituzionale voglio ricordare la nascita degli istituti secolari, decretata ufficialmente il 2 febbraio 1947 da Papa Pio XII, con la promulgazione della costituzione apostolica *Provida Mater Ecclesia*¹⁴, cui ha fatto seguito il motu proprio *Primo feliciter* del 12 marzo 1948¹⁵ e l'istruzione *Cum sanctissimus* del 19 marzo 1948¹⁶, della Congregazione per i Religiosi, cui era stata attribuita la competenza sugli istituti secolari. Il concilio Vaticano II ha ricompreso gli istituti secolari nella prospettiva della vita consacrata mediante i consigli evangelici, ma senza confonderli con gli istituti religiosi. È questa l'impostazione adottata dal Codice di diritto canonico del 1983: istituzionalizzata la figura degli «istituti di vita consacrata» (cc. 573-606), sotto questa denominazione si trovano gli istituti religiosi e gli istituti secolari. Secondo il concilio Vaticano II tre sono gli aspetti caratteristici degli istituti secolari: 1) «una vera e completa professione dei consigli evangelici nel mondo, riconosciuta dalla Chiesa. Tale professione conferisce una consacrazione a uomini e donne, laici e chierici che vivono nel mondo»¹⁷; 2) «esercitare efficacemente e dovunque quell'apostolato, nel mondo (*in saeculo*) e quasi dal di dentro del mondo, per il cui esercizio essi sono sorti»¹⁸; 3) «conservare la propria e peculiare indole, cioè quella secolare»¹⁹. La consacrazione secolare è una forma di vita consacrata in senso pieno e totale. Il Codice di diritto canonico vigente contiene per gli istituti

¹² Sulla distinzione tra norme da collocare nel codice fondamentale o costituzioni e norme da collocare nel diritto proprio cf. A. MONTAN, «Costituzioni: attenzioni giuridiche», in *CIVCSVA Sequela Christi*, 32 (2006/2 n.s.) 172-192.

¹³ *Codice di diritto canonico. Commentario*, Pontificia Università S. Croce, Roma 2015, sub can. 573.

¹⁴ «AAS» 39 (1947) 114-124.

¹⁵ «AAS» 40 (1948) 283-286.

¹⁶ «AAS» 40 (1948) 293-297.

¹⁷ *Perfectae caritatis* 11; cf. cann. 713 §§ 1-2, 714.

¹⁸ *Perfectae caritatis* 11; cf. can. 710, 714.

¹⁹ *Perfectae caritatis* 11; cf. can. 711.

secolari una legislazione sistematica e attualizzata. Riprende ed aggiorna le norme precedenti, contenute nella costituzione *Provida Mater*, nel motu proprio *Primo feliciter* e nell'istruzione *Cum Sancitissimus*, abrogata dal codice del 1983 (can. 6 § 1,4), ed offre un quadro legislativo ordinato integralmente, in sé completo, frutto anche dell'esperienza degli anni e della dottrina del concilio Vaticano II. L'istituto secolare è un vero e proprio istituto di vita consacrata, che si può erigere come tale soltanto se ha tutte le caratteristiche stabilite dalla Chiesa ed offre sufficiente garanzia di solidità spirituale, apostolica e numerica²⁰.

1. LA FORMAZIONE NEGLI ISTITUTI DI VITA CONSACRATA E NELLE SOCIETÀ DI VITA APOSTOLICA: EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA

Altro importante tema che ha conosciuto un profondo rinnovamento, dove vediamo confrontarsi culture giuridiche differenti, è il tema della formazione negli istituti di vita consacrata.

Lo spartiacque tra due concezioni di formazione è il n. 18 del decreto *Perfectae caritatis* del concilio Vaticano II (promulgato il 20 ottobre 1965). L'art. 18, uno dei più realisti e insieme dei più aperti del Decreto, proteso più verso il futuro che verso il passato, è dedicato alla formazione dei membri degli istituti²¹. È rivolto sia agli istituti religiosi canonicamente intesi, sia agli istituti secolari distinti dai religiosi.

Prima del concilio Vaticano II, fino allo Schema *De statibus perfectionis adquirendae* presentato ai Padri conciliari nel 1963, la formazione dei candidati alla vita consacrata [allora denominati «*alumni*» (scolari), nel testo finale del decreto «*sodales*» (membri)], si caratterizzava per la rigidità delle norme molto dettagliate e per la loro uniformità. Nel Codice del 1917 mancava un'attenzione specifica sulla formazione. Ben diversa è la normativa del codice vigente. Si vedano in particolare i cann. 659 (impone l'obbligo di una «*ratio institutionis*», che tracci e imponga un *iter* formativo), 660 (richiede una formazione sistematica, spirituale e apostolica, dottrinale e pratica anche con il conseguimento dei titoli convenienti, secondo l'opportunità), 661 (considera la formazione come un obbligo da proseguire assiduamente per tutta la vita).

²⁰ Cf. CIVCSVA, *Consacrazione e secolarità. Lettera ai vescovi della Chiesa Cattolica sugli istituti secolari*, Libreria editrice Vaticana, Città del Vaticano 2017. La *Lettera* ripropone il documento *Gli Istituti Secolari: la loro identità e la loro missione*, presentato dal Dicastero alla Congregazione Plenaria del 3-6 maggio 1983.

²¹ Nella *Relatio* sullo schema «*De accomodata renovatione vitae religiosae*» emendatus Mons. I. McShea affermava che era di grande importanza – «*summi momenti*» – la proposizione riguardante la formazione: cf. F. GIL HELLÍN, *op. cit.*, p. 329.

Nella normativa antecedente il concilio Vaticano II, mancava una esplicita attenzione alla necessità di formare tutti i membri (*sodales*) a una conoscenza seria del mondo attuale, della mentalità e dei costumi della vita sociale odierna; mancava l'affermazione sulla necessità della formazione dei formatori, sul loro obbligo di aggiornamento. Le disposizioni molto particolareggiate in riferimento al noviziato e alla professione religiosa (CIC 1917 cc. 542-586), mettevano in risalto la tendenza della legislazione universale di allora verso la centralizzazione e la limitazione dell'autonomia degli istituti. Veniva considerato un pregio del Codice del 1917 la presentazione dello «stato religioso canonico» come un unico genere di vita, identico per tutti gli istituti religiosi nei punti fondamentali, anche se poi si realizzava in diverse forme: canonici, monaci, mendicanti, chierici regolari, congregazioni religiose²².

La ricaduta più gravosa di una simile concezione canonica della formazione, si aveva sulle religiose, le quali, a detta di un gruppo di Vescovi francesi presenti al concilio Vaticano II, ricevevano meno formazione apostolica dei militanti dall'Azione Cattolica²³.

Non si trovavano nel Codice del 1917 riferimenti specifici alla formazione intellettuale delle religiose. Terminato il noviziato le religiose venivano immediatamente destinate alle opere di apostolato trascurando la loro formazione dottrinale, spirituale e professionale. Dominava la concezione che la formazione impartita in noviziato fosse sufficiente, acquisita una volta per tutte, dimenticando che il contesto sociale, in continuo mutamento, richiedeva persone adeguatamente preparate e aggiornate al proprio compito con metodo e continuità.

Nel periodo antecedente il concilio Vaticano II, nell'insieme degli istituti religiosi femminili, per quanto riguarda la formazione, facevano eccezione gli istituti dediti all'insegnamento. In questi istituti si era avvertito il bisogno di formare le proprie religiose come maestre in apposite scuole normali, cominciando anche ad accedere, timidamente, agli studi universitari. È quanto si riscontra in Francia, dove si avevano anche forti opposizioni a specifiche iniziative di formazione, in Germania, in Belgio, in Italia, negli Stati Uniti. Erano le stesse legislazioni civili dei vari Stati a obbligare le religiose insegnanti a conseguire i titoli legali per poter assumere l'insegnamento²⁴.

Negli istituti clericali era molto scarso l'impegno nella formazione dei fratelli laici o conversi. Il Codice del 1917, oltre alla formazione nel noviziato, nulla prevedeva per questa categoria di religiosi. Nei programmi dei singoli

²² Cf. A. CARMINATI, «Diritto dei religiosi», in DIP, III, col. 620-655: 654.

²³ «On insistera sur la formation doctrinale et spirituelle, et sur l'entretien: la plus part des religieuses reçoivent moins que le militante d'A.C.»: F. GIL HELLÍN, *op. cit.*, p. 218, n. 38.

²⁴ Cf. G. ROCCA, «VII. Gli studi delle religiose», in DIP, IX, col. 515-527, sotto la voce «Studi».

istituti, erano previsti studi specifici, ma limitati e funzionali ai servizi svolti dai fratelli laici; mancava una formazione sistematica che potesse condurre i fratelli laici a vivere più integralmente la vita propria dell'istituto e rendersi idonei a realizzarne la missione. La crisi dei fratelli laici, particolarmente acuta nel periodo post-conciliare, è stata oggetto di attenzione in un recente documento della Congregazione per gli istituti di vita consacrata e le società di vita apostolica²⁵.

I tre capoversi del n. 18 del decreto *Perfectae caritatis*, hanno svolto un ruolo rilevante nel rinnovamento della disciplina canonica sulla formazione.

Le direttive conciliari obbligavano la Chiesa universale e gli istituti a riformulare tutta la normativa riguardante la formazione. La CIVCSVA, sin dal 1969 semplificava talune disposizioni canoniche allora in vigore con l'istruzione *Renovationis causam* allo scopo di «meglio adeguare l'insieme del ciclo della formazione alla mentalità delle nuove generazioni, alle condizioni presenti, come alla natura e al fine particolare di ciascun istituto»²⁶. Spettò al Codice di diritto canonico del 1983 tradurre in norme più precise le esigenze necessarie per un conveniente rinnovamento della formazione. Va ricordata anche l'istruzione emanata dalla CIVCSVA *Potissimum institutioni - Direttive sulla formazione negli istituti religiosi*²⁷. Il testo intende dare agli istituti e a quanti operano nella formazione orientamenti che possano aiutare a elaborare il piano di formazione richiesto dal diritto universale della Chiesa (can. 659 §§ 2-3).

Solida e adeguata deve essere la formazione dei membri degli istituti secolari. Questa necessità è richiamata in vari canoni del Codice, in particolare nei cann. 719, 722, 724 §§ 1-2. L'itinerario formativo dei membri degli istituti secolari, iniziale e continuo, deve essere definito nel diritto proprio dei singoli istituti secolari. Sotto certi aspetti si tratta di un itinerario particolarmente esigente sia in riferimento alla missione da compiere nel mondo e per il mondo, sia per la particolare forma di vita dei membri degli istituti secolari: essi conducono la propria vita nelle situazioni ordinarie del mondo, soli o ciascuno nella propria famiglia, oppure in gruppi di vita fraterna²⁸. Gli istituti secolari possono aiutarsi tra loro a livello di conferenze nazionali e di conferenza mondiale.

²⁵ CIVCSVA, *Identità e missione del fratello religioso nella Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2015.

²⁶ AAS, 61 (1969) 103-120.

²⁷ CIVCSVA, Norme direttive *Potissimum institutioni* sulla formazione negli istituti religiosi, 2 febbraio 1990, in «AAS» 82 (1990) 470-532.

²⁸ Ancora utile è un documento del 1980: CONGREGAZIONE PER I RELIGIOSI E GLI ISTITUTI SECOLARI (CRIS), «La formazione negli istituti secolari», 6 aprile 1980, in *Sequela Christi* 37 (2011/02 n. s.) 123-134.

2. IL GOVERNO NEGLI ISTITUTI DI VITA CONSACRATA E NELLE SOCIETÀ DI VITA APOSTOLICA: EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA

Notevole è l'evoluzione della normativa riguardante il governo o regime degli istituti di vita consacrata e delle società di vita apostolica. La complessità della materia ci obbliga a restringere la nostra attenzione su pochi elementi.

Per quanto riguarda la potestà, dopo le acquisizioni conciliari e post-conciliari sulla potestà nella Chiesa²⁹, dopo le ampie discussioni sviluppate attorno al concetto di *potestà dominativa* applicato al potere esercitato nella vita religiosa³⁰, viste le decisioni prese dalla Sede Apostolica sul governo dei superiori³¹, tenuto conto di quanto dispone il can. 596 §§ 1-3, occorre riconoscere che il Codice vigente contiene importanti novità. Notevole è l'affermazione che l'origine della potestà, anche di quella di governo o giurisdizione dei religiosi non clericali di diritto pontificio, venga posta nella concessione della Chiesa («*per ministerium Ecclesiae* / mediante il ministero della Chiesa»: can. 618), nel diritto universale e nelle costituzioni approvate dalla Sede Apostolica («*quae iure universali et constitutionibus definitur* / quella potestà che è definita dal diritto universale e dalle costituzioni»: can. 596 § 1). Notevole è anche l'affermazione del can. 596 §§ 1-3 per cui la potestà definita dal diritto universale e dalle costituzioni, alla quale si applicano i cann. 131, 133 e 137-144, è, di fatto, potestà sacra della Chiesa e nella Chiesa, che viene partecipata a tutti gli istituti di vita consacrata e alle società di vita apostolica, sia clericali che laicali. Agli istituti clericali, perché i superiori ne sono abili in base al can. 129 § 1 e all'ufficio che devono esercitare in base al can. 145; agli istituti laicali, perché i loro superiori cooperano al suo esercizio in base al can. 129 § 2 e all'ufficio che devono espletare in base al can. 145. Si tratta, dunque, di *potestà esecutiva*. Il can. 596 § 1 non qualifica più come *dominativa* la potestà dei superiori e dei capitoli, come faceva il precedente codice (CIC 1917 can. 501§ 1). Quanto affermato trova fondamento nell'ecclesiologia del Vaticano II, in particolare in quella ecclesiologia che, discostandosi dall'ecclesiologia della *societas perfecta*, riconosce la Chiesa come sacramento universale di salvezza (*Lumen gentium* 48).

²⁹ Cf. A. CELEGHIN, *Origine e natura della potestà sacra*, Brescia 1987; J. GAUDEMET «Pouvoir d'ordre et pouvoir de jurisdiction. Quelques repères historiques», in «L'Année canonique» 37 (1994) 25-36.

³⁰ F. PANIZZOLO, *La potestà di governo nella vita consacrata. Linee di sviluppo storico-giuridico ed ecclesiologico*, Venezia 2009, pp. 101-198.

³¹ Si veda il rescritto *Cum Admotae* del 6 novembre 1964, in «AAS» 59 (1967) 374-378 e il decreto *Religionum laicalium* del 31 maggio 1966, in «AAS» 59 (1967) 362-366. Sull'importanza dei due documenti cf. F. PANIZZOLO, *La potestà di governo nella vita consacrata*, cit., pp. 118-167, 181-195.

In riferimento all'organizzazione del governo, le novità introdotte dal codice vigente riguardano gli elementi che compongono il governo: l'esistenza obbligatoria di un consiglio che assista i superiori nel governo personale a tutti i livelli, generale, provinciale e locale (can. 627 §§ 1-2); l'importanza dei capitoli, quali organi di rappresentanza e di partecipazione di tutti i religiosi al governo dell'istituto, espressione di governo collegiale (can. 631 §§ 1-2); l'ufficio del superiore visto in un ambito pastorale di servizio e di promozione della corresponsabilità, «ferma restando l'autorità propria di decidere e di comandare ciò che va fatto» (can. 618).

Altra novità di carattere generale è la distinzione della potestà di governo in legislativa, esecutiva e giudiziaria (can. 135 § 1). Si tratta di materia rilevante che interessa anche gli istituti di vita consacrata.

La legislazione vigente (CIC 1993) ha mantenuto le linee fondamentali del precedente Codice del 1917 per quanto riguarda la distinzione tra istituti gerarchizzati, quelli che ammettono una subordinazione interna all'istituto, e istituti non gerarchizzati. I primi possono avere un governo centralizzato (suddiviso in generale, provinciale, locale) o non centralizzato (sono tali, in genere, le congregazioni monastiche). Per quanto riguarda le società di vita apostolica: esse hanno un regime o governo gerarchico e centralizzato. In riferimento a questi elementi non c'è nulla di nuovo³².

³² Cf. AA,Vv., «Regime», in *Dizionario degli Istituti di Perfezione*, vol. VII, Roma 1983, col. 1354-1404.

LA SISTEMATICA DEL *DE RELIGIOSIS* NELLA GENERALE *ORDINATIO LEGUM* DEL CIC DEL 1917¹

Simona Paolini*

L'intenzione della Commissione di redazione, emergente già dalla Consulta parziale del 3 maggio del 1906,² fu quella d'inaugurare la parte dedicata a questa forma di vita, con una sua definizione esaustiva, evidenziandone le essenzialità, in un canone generale e tecnico, sì da essere adattabile a forme tra loro diverse.

Il can. 487³ rappresenta sicuramente una pregiata realizzazione di queste ambiziose intenzioni: norma breve, eppure completa, intenta a cesellare questa forma di vita tra tradizione e novità, ricorrendo all'utilizzo di quattro termini fondamentali, due modellati dalla *ordinatio legum* della più classica tradizione canonica – *evangelica consilia* e *vota* – ed altri due, elaborati invece nella fase della *reformatio iuris - stabilitas* e *communi vivendi modus*.

Dal canone emerge con chiarezza il dittico intorno al quale si definisce questa forma di vita: la stabilità da cui uno *status* e i voti, da cui uno *status religiosus*; per cui senza definitività e “senza voti non si ha vita religiosa.”⁴

La definizione della *stabilitas* venne richiesta, con insistenza dai *vota* dei Consultori⁵, non tanto nei termini di mancanza di mutazioni, quanto piuttosto,

* Pontificia Università Antonianum; Facoltà di Diritto canonico San Pio X.

¹ Di questo generale studio presentiamo solo una parte dedicata allo *status religiosus* secondo il can. 487, a causa dei prestabiliti limiti redazionali, rimandando alla lettura integrale dell'indagine che sarà pubblicata in *Commentarium pro religiosis et missionariis*.

² Cfr. Pontificia Commissione per Codificazione del Diritto Canonico (= PCCDC), *Verbale della Consulta parziale del 3 maggio 1906*, in *Archivio Segreto Vaticano* (= ASV), b. 28, foll. 1-10.

³ Can. 487: *Status religiosus seu stabilis in communi vivendi modus, quo fideles, praeter communia praecepta, evangelica quoque consilia servanda per vota obedientiae, castitatis et paupertatis suscipiunt, ab omnibus in honore habendus est.*

⁴ Con tale forza esprime la necessità della stabilità e dei voti, il padre Esser, Consultore urbano sin dalla prima nomina del 1904, durante la Consulta del maggio 1906, cfr. PCCDC, *Verbale della Consulta parziale del 3 maggio 1906*, in ASV, b. 28, fol. 4.

⁵ I tre *vota* di cui disponiamo sono del monaco benedettino, il consultore Bastien (cfr. PCCDC, *Votum Bastien*, in ASV, b. 28, foll. 1-158), del gesuita e collaboratore esterno Vermeersch (cfr. PCCDC,

quale condizione certa, per esprimere la permanenza della tensione alla perfezione della carità cristiana, in una forma d'osservanza dei consigli evangelici, *stabilis et firma*.⁶

La categoria della stabilità appartiene a questa condizione di vita sin dalla forma monastica, dove il monaco era dalla sua promessa un vincolato, da cui la necessità fisica anche di risiedere nel monastero,⁷ ma la sua teorizzazione come essenziale, risale alla seconda scolastica di Suárez, quando l'Autore individua la stabilità come presupposto e ausilio di perfezione, un "*vivendi modus, firmus et stabilis, ad propriam perfectionem vitae christianae obtinendam*".⁸

Il canone recepisce questa esigenza di stabilità ed *ex mente legislatoris*, la prescrive in uno *status*, ulteriormente specificato (*seu*) nella stabilità, perché inteso come *stabilis*.

Tuttavia la stabilità richiesta non appare solo come epilogo di una tradizione canonica, ma anche come risposta attualizzante, sollecitata dagli interrogativi posti dai voti emessi non necessariamente nella forma del voto solenne, né in quella del voto perpetuo. La Commissione si trovò infatti a dover regolare la nuova condizione delle professioni temporanee, legittimate dalla *Neminem latet* del 1857,⁹ ed anche in questo caso, la risposta proposta, fu ancora, la stabilità. La temporaneità ora introdotta, doveva comunque esser colta nel naturale orizzonte della perpetuità; era sì concessa, eppure limitata nel tempo, era sì temporanea, ma comunque, *virtualiter perpetua*.¹⁰

Questa necessaria stabilità, che esprimeva l'*eminentia* della vita religiosa,¹¹ dal CIC del 1917 venne promossa attraverso condizioni certe: l'appartenenza ad una *societas* approvata dalla Chiesa e il vincolo assunto nella forma del voto.

Votum Vermeersch, in *ASV*, b. 7, foll. 1-87), e del sacerdote Nervegna, nominato consultore urbano per la codificazione nell'aprile del 1904 (cfr. *PCCDC, Votum Nervegna*, in *ASV*, b. 28, foll. 1-25). In tutti e tre i *vota* si ricorreva sempre alla definizione di *status*, quale *incipit* di questo titolo.

⁶ Cfr. D. BOUX, *Tractatus de iure regularium*, Parigi 1857, vol. 1, pp. 44-46; D. CRAISSON, *Manuale totius juris canonici*, Parisiis 1880⁶, vol. 2, pp. 395-398.

⁷ La stabilità risale agli *asketicon* di Basilio (cfr. BASILIO, *Regulae Fusius tractatae*, PG 2, col. 1080), ma è definitivamente stabilita nella Regola di Benedetto con la *stabilitas monachi*, in cui si chiedeva una solenne promessa insieme a quella della conversione continua e dell'obbedienza, (cfr. BENEDETTO, *Regula*, LVIII 17, PL 66, col. 820).

⁸ F. SUÁREZ, *Opus de virtute et statu religionis*, in *Opera omnia*, editio nova, a CAROLO BERTON, Parisiis 1859, vol. 1, cap.5, q.3.

⁹ SACRA CONGREGATIO SUPER STATU REGULARIUM, Lett. Enc. *Neminem latet*, 19. 3. 1857, in *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, dir. da G. ALBERIGO ET AL., ed. bilingue, versione it. dir. da A. N. ALBERIGO, Bologna 2002², pp. 382-387.

¹⁰ M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, Tonino 1936, vol. 3, p. 586.

¹¹ Cfr. G. MORI, *I religiosi nella codificazione canonica Pio-Benedettina: sedimentazioni e nuovi assetti*, Firenze 2003, p. 190.

L'*approbatio Ecclesiae* diventava nel CIC del 1917 una garanzia di stabilità; quel giudizio ecclesiale sull'opera intrapresa in un Istituto approvato, era una *declaratio* sulla sua bontà e un presupposto della sua liceità nella Chiesa. L'approvazione senza nulla aggiungere allo stato di perfezione, era colta come anticipo di definitività, uno strumento *ad scopum perfectionis*.¹²

La stabilità venne soprattutto favorita dai voti, dalla definitività di questi vincoli assunti nella professione, per una *totaliter mancipatio Deo facta, et nomine Dei, ab aliquo homine, acceptata*,¹³ da cui una vera obbligazione personale.

Se l'assunzione particolare dei consigli evangelici fu presente dalle antiche regole monastiche, poi meglio stabilita in quelle medioevali dei regolari, fino alle costituzioni più moderne degli istituti dai voti semplici, è tuttavia dell'epoca moderna la necessità di una ricomprensione, alla luce delle differenti forme, da cui la distinzione tra valenze ed effetti.

Il compito che quindi svolsero i codificatori fu quello di riporre i consigli evangelici al centro di questo stato, eppure di prevedere la loro assunzione nella forma della professione, quindi con una modalità non-ordinaria, mediante un *praeter communia praecepta*, un oltre il comune modo di vivere i precetti cristiani, per una forma particolare determinata, inoltre (*quoque*), dal voto.

Nella lettera *Testem*¹⁴ del Papa Leone XIII scritta nel 1899 al Card. Gibbons di Baltimora, e riportata in tutti gli *Schemata* come fonte principale del can. 487, il Pontefice ricordava proprio questa *extra-ordinarietà* degli impegni religiosi, ed il loro andare oltre i comuni obblighi dei precetti, per essere *soldati strenui e generosi dell'esercito di Cristo*.

Il voto posto al centro di questa forma di vita era compreso come una promessa, una scelta consapevole e libera, secondo la quale impegnarsi, per un bene possibile; un vincolo esterno e visibile, atto a far tendere alla perfezione, tale da definire questa vita, uno *status perfectionis acquirendae*.¹⁵

A ragione di questa *obligatio voluntaria*, il voto non veniva colto come un'imposizione positiva, bensì come un legame assunto spontaneamente, un *vinculum voluntatis*, tanto *in ordine ad Deum*, quanto *in ordine ad homines*.¹⁶

Il voto divenne quindi la forma tipica di questo stato di speciale consacrazione, ma quello che compì il CIC del 1917 fu un ulteriore passaggio, dalla portata assolutamente innovativa. Il can. 487 superò definitivamente l'in-

¹² Cfr. F. SANTI, *Praelectiones juris canonici quas juxta ordinem Decretalium Gregorii IX*, Ratisbonae-Romae 1905⁴, vol. 3, p. 281.

¹³ D. BOUX, *Tractatus de iure regularium*, p. 49.

¹⁴ LEO PP. XIII, All. *Testem*, 22. 1. 1899, «ASS» 31 (1899) 475.

¹⁵ Cfr. F. C. BOUUAERT – G. SIMENON, *Manuale juris canonici*, Gaudae 1939, vol. 1, p. 336.

¹⁶ Cfr. F. X. WERNZ, *Jus decretalium*, Romae 1905², vol. 3, pp. 611-612.

conciliabile dicotomia tra voto solenne e voto semplice e spostò decisamente l'attenzione sulla pubblicità del voto, ora, suo vero discrimine, in alterità a quello privato.

Alla vigilia della prima codificazione la questione dei voti si poneva come uno spinoso problema. Il passaggio infatti dalla presenza unica ed esclusiva dei *vota* (senza ulteriore specificazione), alla con-presenza tra voti solenni e semplici, ed inoltre, tra voti perpetui e temporanei, postulava una parola legislativa univoca, a cui il can. 487 rispose distinguendo tra la perfezione del voto (che gode di una compiutezza propria) e la sua efficacia giuridica, che invece è diversificabile per legge positiva.

Nel CIC del 1917 il voto divenne al tempo stesso elemento costitutivo di questo stato – *per vota suscipere* –, eppure primo termine di discrimine tra le varie forme di religione, così stabilite nel can. 488.

Nei *vota* dei tre Consultori si proponevano distinzioni e comprensioni proprio alla luce del voto, per cui negli Ordini e Congregazioni dove si emettevano voti solenni, i *sodales* erano *regulares*, e *stricte dicti religiosi*, mentre negli altri, poiché *deficientibus votis sollempnibus*, erano da considerarsi *latiore usu, religiosi*.¹⁷

Dai verbali si evince come il dibattito sulla valenza del voto fu complesso, fino ad asserire che la distinzione tra solenne e semplice fosse ecclesiastica, per cui, superabile.

Il voto aveva una forza propria che scaturiva *ex se*, ma che aveva degli effetti differenti nella Chiesa, secondo la manifestazione, ed ora il requisito richiesto era quello del *publice*. Nello *Schema* del 1914 avvenne la sostituzione del voto perpetuo con quello di pubblico, poi ulteriormente specificato tra perpetuo o temporaneo.¹⁸ Eppure la pubblicità del voto venne fatta risalire non ad un'imposizione estrinseca, posta per legge – né divina, né ecclesiastica –, ma dalla coerenza di quella libera obbligazione, che proprio perché assunta spontaneamente, postulava come sua condizione intrinseca, l'esser detta in una forma esterna e visibile, *in ordine ad Deum et ad homines*, poi meglio specificato, *in facie Ecclesiae atque ab Ecclesia acceptata*.¹⁹

È quindi la natura del voto a rendere l'impegno assunto dal religioso liberamente e consapevolmente, una *publica perfectionis professio*, in una *publica professionem consiliorum Evangelii*.

A questo processo di sistematica *ordinatio*, venne correlato un percorso di *accommodatio* alle nuove istanze e necessità.

¹⁷ Cfr. *Votum Vermeersch*, fol. 2.

¹⁸ Cfr. PCCDC, *Schema Codicis Iuris Canonici* 1914, in ASV, b. 24, fol. 204-205.

¹⁹ M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, p. 586.

La vita comune è certamente la più significativa *novitas* della prima legislazione. Non è infatti, una componente essenziale dello stato di perfezione. Si può parlare di stato religioso *extra vita communis*; neppure è un suo aspetto ricorrente, esempio ne sono i primitivi discepoli nella vita anacoretica, che vivevano una forma assolutamente solitaria. Tuttavia già da Trento, nell'intenzione d'individuare i fondamentali di questa forma di vita, si segnalò tra le *bases* e le *fundamenta*, proprio la vita comune.²⁰

Nella nuova normativa, la dimensione comunitaria venne proposta piuttosto quale condizione positiva, come una disposizione canonica, ora stabilita rigorosamente, per tutti i religiosi, a norma di un'attuale disciplina ecclesiastica.

È interessante notare come, sebbene in nessuno dei *vota* emerga la specificazione della vita comune, è invece sin dalle *animadversiones* del 1908 che si richiese questa condizione come elemento necessario (*oportet!*)²¹ e per questo poi successivamente introdotto, come modulazione moderna del tradizionale *regulares*.

Nel CIC del 1917 questo stato venne quindi definito come uno stato di vita religiosa perché permanente, ma anche, perché comune.

Comprendiamo quindi che lo *status religiosus* che ci viene consegnato dal can. 487, è una solenne costruzione fondata sui quattro pilastri degli *evangelica consilia*, dei *vota*, dello *stabilis modus* e del *communi vivendi modus*.

È tuttavia corretto evidenziare come i Redattori dei *vota*, nei loro primi commenti al can. 487, non sempre li proposero come tali.

Il Vermeersch nelle varie edizioni della sua *Epitome iuris canonici* riconobbe la stabilità come condizione principale di questo stato, poi articolata secondo modalità stabilite dalla legge positiva: la vita comune, i consigli evangelici e i voti. Quindi al centro veniva *prae*-posta la stabilità, mentre le altre dimensioni erano solo condizioni *post*-poste – e per tradizione e per nuova disposizione –, al fine di garantire lo stato religioso. Mentre quindi la prima sembrava appartenere all'essenza dello *status perfectionis*, le altre erano condizioni necessarie, richieste per lo *status religiosus*,²² ma stabilite solo positivamente e per questo, modalità legittime, ma non essenziali, e perciò, differenziabili e mutevoli.

Per Bastien la nozione di stato religioso comprendeva quella stabilità garantita tra obbligazione, perpetuità e solennità dei voti assunti, per tendere

²⁰ Trento affrontata nel *Decretum de regularibus et monialibus*, la questione della vita comune da diversi punti di vista: dal possesso dei beni, agli atti del vivere comunitario, espressa nell'abito da portare come segno di appartenenza, nella regolamentazione della licenza *standi extra domum* per la predicazione, in una nuova normativa universale sulla clausura.

²¹ Cfr. PCCDC, *Nonnullae animadversiones ad schema Codicis Iuris Canonici*, in ASV, b. 30, fol. 5; cfr. A. VERMEERSCH – J. CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, Romae 1963⁸, vol. 1, p. 475.

²² Cfr. A. VERMEERSCH – J. CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, Romae 1949⁷, vol. 1, pp. 432-433.

alla perfezione cristiana, come quella carità piena, a cui ogni fedele è chiamato. Nello stato religioso questa cristiana tendenza alla carità veniva conseguita, in un atteggiamento costante, proprio mediante il mezzo dei voti religiosi, che qualificavano la natura di questa forma di vita, come un *lien ferme*.²³ Per l'Autore, la professione dei voti rappresentava la condizione necessaria per definire uno stato religioso, non stabilita per legge imposta, ma per diritto naturale, sebbene poi il diritto ecclesiastico ne abbia determinato altre condizioni, come, ugualmente necessarie.

Da questo studio sullo *status religiosus* consegniamo solo due sintetiche conclusioni:

il can. 487 proprio perché posto nel lungo cammino di storia della vita dedicata a Dio, ci conferma che questa vita appartiene alla Chiesa – il suo posto è *in Ecclesia* –,²⁴ eppure non è un prodotto ecclesiale. La Chiesa può quindi definirla, senza tuttavia ridurla ad una sua istituzione positiva; c'è infatti in questa forma di speciale vita cristiana una dimensione divina che solo può essere riconosciuta e una forma ecclesiale che invece necessita di essere approvata;

il can. 487 smentisce evidentemente la comune critica rivolta al CIC del 1917, sovente etichettato come un sicuro contenitore normativo, intento a promuovere certezza giuridica, a discapito di ogni peculiarità. Il canone in questa continua tensione tra tradizione ed adattamento, nel suo farsi comporre in uno stile concertale ed inclusivo, ci indica che la redazione non avvenne secondo un processo di *reductio ad unum*, quanto piuttosto, di *redactio in unum*.²⁵

²³ P. BASTIEN, *Directoire canonique à l'usage des Congrégations à vœux simples*, Bruges 1951⁵, p. 7.

²⁴ Cfr. CIC del 1917, can. 107.

²⁵ Così come ben indicava il sottotitolo – *De Ecclesiae Legibus in unum redigendis* – del *motu proprio* con il quale il Pontefice inaugurò il processo redazionale, cfr. PRO PP. X, *Motu Pr. Arduum Sane Munus*, 19. 3. 1904, «ASS» 36 (1903-1904) 549-551.

EL ORDEN PÚBLICO EN EL CÓDIGO DE 1917: RAÍCES Y CONTENIDO

*Miguel M. F. Repetto Rolon**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. ¿Hay más de un orden público? – 3. La codificación Piobenedictina. 3.1. El can. 14 § 1, 2°. 3.2. El can. 1529. – 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El orden público ingresa en el CIC a través de los cann. 14 y 1529. En relación al primero la canonística se ha ocupado poco de su contenido y de su origen y cuando lo ha hecho ha sostenido que su fuente directa se hallaría en el art. 6 del Código Civil Napoleónico. Tampoco se lo ha vinculado al can. 1529 que es la característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma indirecta jusprivatista que hace aplicable el derecho civil.

Esta temática mantiene aún hoy su interés al haberse recogido ambas normas en los cann. 13 § 2, 2° y 22 del actual Código.

2. ¿HAY MÁS DE UN ORDEN PÚBLICO?

La respuesta debe ser negativa aunque entren en juego los cann. 14 § 1, 2° y 1529 CIC; pues la noción es unitaria y cada norma da contenido a un aspecto del instituto tratado. Consideramos que éste es un conjunto de principios que se asienta en el ordenamiento canónico; y no de disposiciones. Por tanto, no son leyes de orden público sino hay las que lo protegen. Este forma parte de un sistema de círculos concéntricos abarcando su aspecto más reducido el cual se irá ampliando al bien público y finalmente al bien común. Mientras el can. 14 custodia el orden público local al proteger la tranquilidad pública de la comunidad; el can. 1529 lo hace respecto al llamado orden público internacional al repeler la aplicación de cualquier norma extranjera contraria al

* Instituto de Derecho Canónico de San Isidro (Argentina).

derecho divino, natural o revelado cuando es llamada por la norma de colisión¹ a regir un caso mixto.

3. LA CODIFICACIÓN PROBENEDICTINA

La codificación reedita el debate medieval sobre la personalidad y territorialidad de la ley canónica. Pacelli² propició la ampliación de éste último concepto pero no fue receptado en el Código. Tal vez porque aún resonaban las disputas que se habían generado con la aplicación de la Decretal clementina *A nobis* que Bonifacio VIII había tratado de resolver con su Decretal *Ut animarum*³. Sin embargo, respecto a los extranjeros la regla de la territorialidad era la adecuada, porque justamente el orden público en el can. 14 reviste esencialmente tal carácter; y asegura la aplicación de la ley local no respecto de alguna materia⁴ sino de la que tutele el bien de la comunidad en su conjunto.

3.1. *El can. 14 § 1, 2º*

El orden público promulgado en el can. 14 no es más que una moderna fórmula brevísima de una noción antigua existente en la vida de la Iglesia y que ya había sido comunmente aceptada por los canonistas en el siglo XVI⁵. El origen se halla en el derecho romano y no el Código Civil Francés como se ha sostenido; porque así surge de las Actas de la Comisión Codificatoria custodiadas en el Archivo Secreto Vaticano en donde aparece expresada bajo el enunciado de la *publica tranquillitas*. Esta noción romana fue objeto de tutela en los tiempos de las leyes *Cornelia de sicariis et veneficis*, *Cornelia de maiestate*, *Pompeia de parricidiis* y en el *sc Silaniano*, entre otros; habilitando la sujeción extraordinaria al ordenamiento local un no súbdito prevista en el pazo *praeses provinciae* (D.1,18,3).

Analizando la labor de la Comisión Codificatoria se observa que en la Consulta Parcial del 20 de noviembre de 1904, se aprueba el can. VIII propuesto

¹ Cf. W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires 92002, pp. 81-83.

² Cf. *La personalità e la territorialità delle leggi, specialmente nel diritto canonico*, Roma 1912.

³ La primer parte de la Decretal se refiere a la obligación del extranjero y a la excusa de la ignorancia del estatuto particular y no del derecho común; mientras lo restante se relaciona con los ausentes (cf. IOANNIS ANDREAE, *Apparatus*, en VI^o. 1, 2, 2).

⁴ Cf. A. TOSO, *Ad Codicem Iuris Canonici. I: Normae Generales*, Romae 1921, p. 41.

⁵ Cf. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici. Commentarius libri I Codicis iuris canonici*, Parisiis-Tornaci-Romae² 1949, t. I, p. 391.

por el Consultor Sili⁶, que dispone que los peregrinos no están sujetos a las leyes de su territorio en el cual están ausentes ni a las del lugar salvo que resguarden la tranquilidad pública⁷. De los votos de los Consultores Lombardi y Sili⁸ surge que se mantuvo el principio clásico de la territorialidad de la ley sostenida por los canonistas desde los tiempos de la Decretal *Ut animarum* que fijaba un concepto restringido de la *iusdictio*⁹.

En la Consulta Parcial del 18 de diciembre de 1904, se comienzan a tratar los cann. VI, VII, VIII. El Consultor Sili, propone la redacción unificada de los mismos pero quedaba fuera de la previsión todo lo relativo a los no súbditos. De allí que se apruebe la cláusula «*exceptis iis quae pro peregrinis et vagis latae sunt*», la quale riconosce ai Vescovi il diritto di comandare a quelli che vengono nelle loro diocesi, [...] e si conviene di mettere «*ordini publico consulunt*», invece che «*publicae tranquillitati consulunt*», perché tutti devono osservare le leggi le quali riguardano *proxime ac directe l'ordine pubblico* [...]»¹⁰. Se vota la propuesta unificada como can. VI¹¹, en el Título *De legibus ecclesiasticis* propuesto por Wernz¹², ingresando definitivamente la expresión del orden público sin fundarlo en el derecho civil como se ha sostenido. Recuérdese que Sili y Lombardi ya habían hablado del orden público al tratar sobre la territorialidad de la ley¹³. De las Actas no surge que haya existido discusión entre los Consultores para su inclusión; pues sólo se consigna que se acuerda colocar «*ordini publico consulunt*» en vez de «*publicae tranquillitati consulunt*»¹⁴.

De allí en más los Padres Consultores utilizarán la fórmula¹⁵, como se observa en el esquema del can. VII¹⁶ tratado en la Plenaria del 26 marzo de 1905. Días más tarde, el Santo Padre¹⁷ aprueba diversos cánones entre ellos el VI en donde la excepción aparece redactada como «§2 Neque legibus territorii

⁶ A. SILLI, *Votum*, can. XII, ASV, Commissione cod. Diritto Canonico, Scatola 10, pp. 11-12.

⁷ Cf. *Verbali*, cann. VII y VIII, Scatola 13, p. 173.

⁸ Cf. A. SILLI, *Votum*, can. XI, Scatola 10, p. 10.

⁹ Cf. PANORMITANUS, en X, 5, 39, 12.

¹⁰ *Verbali* de la Consulta Parcial del 18.12.1904, Scatola 13.

¹¹ *Schema*, can. 6, Liber I, Scatola 12, pp. 2-3.

¹² *Verbali* de la Consulta Parcial del 18.12.1904, Scatola 13.

¹³ Cf. *Verbali* sobre el can. V, Título I, *De constitutionibus*, Scatola, 13.

¹⁴ Lombardi postuló sustituir la fórmula por la de «*quae bonum publicum proxime respiciunt*» (cf. *Verbali* de la Consulta Parcial del 4.12.1904, Scatola 13). Giustini, propuso sacar la expresión «*quae publicae tranquillitati consulunt*» (cf. *Votum*, can. VII, Scatola 10), lo mismo que las relativas a los *bona immobilia* por ser propio del derecho civil; coincidiendo con Wernz y Palmieri (cf. *Verbali*, Consulta parcial del 4.12.1904, Scatola 13).

¹⁵ Cf. *Verbali*, Consulta Parcial del 26.11.1904, Scatola 13.

¹⁶ Cf. *Schemi*, Liber I, Scatola 12, p.4.

¹⁷ Cf. *Canonii approvati dal Santo Padre*, Scatola 13, n. 294.

in quo versantur, iis exceptis quae pro eis constitutae sunt, vel ordini publico consulunt, vel actuum solemnia determinant». Luego de una serie de esquemas se suprimirá la remisión genérica al *ius peregrinorum* postulada por Wernz¹⁸; quedando sólo como causales de sumisión del extranjero a la ley local el orden público y la solemnidad de los actos.

Después de la promulgación del Código se generó una viva controversia entre los autores por la aplicación del can. 14 § 1, 2º respecto de la ley penal particular. El texto codicial otorgaba al legislador particular la facultad de promulgar leyes para su territorio estableciendo o agravando penas que de no diferenciarse su carácter de orden público se aplicarían también a los peregrinos, según lo observara el P. Vermeersch. Si bien, toda ley está necesariamente ordenada al bien común no por ello es tuteladora del orden público. Ella lo será cuando tenga por objeto directa e inmediatamente el bien de la comunidad toda entera o de todo miembro cualquiera fuera. *Le bon ordre extérieur*¹⁹ esencial no es más que la tranquilidad pública de la comunidad local de la que hablaban los Padres Consultores.

La mayoría de los autores, sin embargo, afirmaban que los peregrinos estaban sometidos a las leyes penales particulares basándose en el último capítulo del Título *De foro competenti* de las Decretales (X. 2, 2, 20) recogido en el can. 1566. Así lo postulaban Maroto²⁰ y Prümmer²¹ en contraposición a Vermeersch quien sostenía que los extranjeros sólo estaban sujetos a aquellas leyes penales que tutelasen el orden público. Al diferenciar a éste del derecho público le permitía, a su vez, afirmar que no toda ley penal era de tal naturaleza aunque revistiese este último carácter. El Profesor de la Gregoriana dejaba patentizado que el verdadero problema era la determinación del objeto de protección de esas leyes; pues la ley penal particular puede ser calificada, como común o de orden público, y que sólo en éste último caso el peregrino se encontrará atrapado por sus previsiones y las penas anejas. En consecuencia afirmaba: «Dici fortasse possit ordini publico consuli per eas leges quae ad commune damnum avertendum, potius quam ad promovendum bonum commune latae sunt. Peregrini enim communi alieni territorii bono cooperari per se non debent, dammosi tamen esse vetantur»²². Van Hove, siguiendo esta doctrina entendía que son de orden público no sólo las leyes «quarum transgressio cederet in damnum vel iniuriam

¹⁸ Cf. *Schemi*, cann. 6 y 7, Liber I, Scatola 12, pp. 2-4.

¹⁹ Cf. A. VAN HOVE, *Leges quæ ordini publico consulunt*, en «Ephemerides Theologicae Lovanienses» 1 (1924) 153-167.

²⁰ Cf. *Institutiones iuris canonici*, Madrid 1918, p. 173.

²¹ Cf. *Manuale theologiae moralis secundum principia S. Thomae Aquinatis*, Friburgi-Brisgoviae 1931, t. I, p. 132.

²² A. VERMEERSCH – C. CREUSEN, *Epitome iuris canonici, cum commentariis ad scholas et ad usum privatum*, Mechliniae-Romae 7 1949, t. I, pp.111-112.

loci in quo peregrini commorantur», sino también aquellas que son hechas «ad bonum commune, ob necessitatem rei publicae»²³. Este último término se ubica en la *publica tranquillitas* que no es otra cosa que la *tranquillitatem praesentis status rei publicae* romana por referirse al orden esencial de toda la comunidad cuya violación produce aquel daño común que debe evitarse.

3.2. El can. 1529

El can. 1529 aunque se halla regulado en el Título que trata de los contratos del Libro II sobre los bienes temporales y no ser la única norma que reenviaba al derecho civil; sí lo era en cuanto establecía concretamente el elemento negativo de la consecuencia jurídica de la norma de colisión²⁴ que hace aplicable el derecho civil al caso. Su aplicación está condicionada a la compatibilidad con el derecho divino. Es decir, con el orden público canónico internacional porque entendemos que cuando el derecho canónico prevé algo no puede ser entendido como cláusula de exclusión pues no actúa como norma de colisión.

Nuevamente son los Consultores Sili²⁵ y Lombardi²⁶ quienes estudian más depuradamente el tema; y podríamos afirmar que ambos concuerdan, en líneas generales, en aplicar la ley civil en los diversos casos regulados individualmente que pudieran presentarse siempre que aquella fuera razonable y honesta. Las discusiones que se generan sobre la cuestión en todas las Consultas Parciales desde el 20 de noviembre de 1904 a la Plenaria del 26 de marzo de 1905 que van desde la eliminación completa o a una remisión al derecho civil como subsidio del derecho canónico en el futuro código hasta la recepción en la específica disciplina en materia de bienes temporales, hace emerger la cláusula «dummodo nihil contineant contra ius divinum et canonicum»²⁷.

Su fuente remota es también el paso del Digesto *praeses provinciae* pues extiende el *imperium* del gobernador sobre los peregrinos en tierras provinciales sometiéndolos a los propios tribunales del lugar o a los romanos (D.1,18,16). Pero en lo que se refiere al derecho aplicable sabiamente se dispone que no debe atenerse a la jurisprudencia provincial sino a lo que deba aplicarse (D.1,18,12). Es decir al derecho que rija la relación jurídica actuando el orden público también como causa de exclusión.

²³ «Leges quae ordini publico consulunt», 157-158.

²⁴ Cf. W. GOLDSCHMIDT, *Derecho...*, cit., p. 79.

²⁵ Cf. *Votum*, can.XVI, Scatola 13, 14.

²⁶ Cf. *Votum*, can. XI, Scatola 13, 18.

²⁷ Cf. C. MINELLI, *La canonizzazione delle leggi civili e la codificazione postconciliare. Per un approccio canonistico al tema dei rinvii tra ordinamenti*, en «Periodica» 85 (1996) 465-468.

La importancia del derecho romano es puesta de manifiesto por el Consultor Lombardi porque ya había ingresado definitivamente en el ordenamiento canónico a través del Decreto divulgado. En éste se observa un concepto de orden público amplio referido al derecho divino; y otro restringido que asumirá la noción de la tranquilidad pública en la reprensión de la *violatio pacis* (C.24, q.1, c.32) al ser una perturbación de la *pax ecclesiae* (C.23, q.4, c.3). Recuérdese que los canonistas medievales en el tema de la ley aplicable dan una abierta preferencia a la fuente canónica al remitirse a los cánones *Ibi* (C.3, q.6, c.1) y *Placuit* (C.6, q.3, c.4) y a los cánones 4 y 5 de la *Distinctio XI* del Decreto.

Bartolomé de Brescia es quien, al glosar el canon *Frater* del *Decretum* (C.16, q.1, c.52), introduce la noción de la relación jurídica dejando al descubierto que el juez debía percatarse que más allá de ser competente en razón de la materia y tener jurisdicción por el territorio para dictar una sentencia válida, debía aplicar la norma a la que estaba sometido el negocio jurídico aunque no fuera la del propio Tribunal sino una extranjera. Compartiendo lo sostenido por el Hostiense y el Panormitano, en cuanto a que la razón de sumisión a la ley local tenía por objeto preservar el bien de la ciudad, sienta el decretista los primeros indicios del orden público cuando aborda la sumisión de los exentos a las leyes diocesanas²⁸.

4. CONCLUSIÓN

El orden público del can. 14 §1, 2° es la expresión restringida del bien común por tutelar la tranquilidad pública eclesial de la comunidad. De allí que el peregrino se halla sometido a la pena conminada por la ley particular en la medida en que esté también sometido a la parte imperativa de la misma (can. 2226 § 1). Si aquella prohíbe un acto que no es prohibido ni por el derecho divino ni por la ley general de la Iglesia, el extranjero escapará a la sanción penal prevista en la ley, a menos que ella sea tuteladora del orden público²⁹.

En cambio, el orden público internacional enunciado en el derecho divino (can. 1529) adquiere plena eficacia en el ordenamiento canónico en virtud de su propia naturaleza; despejando cualquier objeción relativista basada en una posición sociológica propia de la noción en el ámbito del derecho estatal³⁰.

²⁸ Cf. W. ONCLIN, *La contribution du Décret de Gratien et des décrétistes à la solution des conflits des lois*, en «*Studia Gratiana*» 2 (1954) 117-150.

²⁹ Cf. A. VAN HOVE, *Leges...*, cit., p. 156.

³⁰ Bastará citar como ejemplos los contratos de subrogación de vientres, de donación de material genético, de fertilización *in vitro*, de eutanasia, entre otros.

I RIFLESSI DELLA CODIFICAZIONE CANONICA NELL'ORDINAMENTO DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO

Alessio Sarais*

SOMMARIO: 1. L'applicazione del *Codex iuris canonici* del 1917 nell'ordinamento vaticano. – 2. Il rapporto tra il *Codex* e le altre fonti del diritto vaticano. – 3. Il nuovo *Codex iuris canonici* del 1983 e la sua applicazione nello SCV. – 4. Le recenti riforme dell'ordinamento vaticano e le prospettive aperte.

1. L'APPLICAZIONE DEL *CODEX IURIS CANONICI* DEL 1917 NELL'ORDINAMENTO VATICANO

La codificazione canonica ha avuto un ruolo centrale nell'ambito dell'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano, fin da quando il piccolo Stato d'Oltretevere si è costituito nel 1929, all'indomani della stipula del Trattato Lateranense e della Conciliazione tra Italia e Santa Sede¹. All'epoca Pio XI, nella sua qualità di Capo del nuovo Stato, ordinò il sistema delle fonti del diritto vaticano² ed in particolare con la legge 7 giugno 1929, n. II, entrata in vigore contestualmente alla nascita dello SCV, recepiva espressamente nell'or-

* Università telematica "Guglielmo Marconi" – Roma.

¹ Lo Stato della Città del Vaticano nasce con la stipula del Trattato Lateranense tra Santa Sede e Italia dell'11 febbraio 1929, pubblicato in «AAS» 21 (1929) 210-294. Con tale atto di rilevanza internazionale le due Parti hanno riconosciuto "la convenienza di eliminare ogni ragione di dissidio fra loro esistente con l'addivenire ad una sistemazione definitiva dei reciproci rapporti (...), assicurando alla Santa Sede in modo stabile una condizione di fatto e di diritto la quale le garantisca l'assoluta indipendenza per l'adempimento della sua alta missione nel mondo" (preambolo del Trattato).

² Il 7 giugno 1929, giorno stesso della nascita dello SCV, il Sommo Pontefice nella sua qualità di sovrano dello Stato, poté emanare sei leggi, indicate con i numeri romani, che configurarono i primi atti normativi dell'ordinamento giuridico vaticano: I. *Legge fondamentale della Città del Vaticano*; II. *Legge sulle fonti del diritto*; III. *Legge sulla cittadinanza e il soggiorno*; IV. *Legge sull'ordinamento amministrativo*; V. *Legge sull'ordinamento economico, commerciale e professionale*; VI. *Legge di pubblica sicurezza*. Tali atti vennero pubblicati in «AAS Suppl.» 1 (1929) 1-31, un apposito Supplemento per le leggi e disposizioni dello SCV che nacque in quell'occasione e divenne da allora lo strumento ordinario di pubblicazione delle norme vaticane.

dinamento statutale il *Codex iuris canonici* del 1917 quale “fonte principale del diritto oggettivo dello SCV”, insieme alle Costituzioni apostoliche ed alle leggi emanate per la Città del Vaticano³ dal Sommo Pontefice o da altra autorità da lui delegata⁴.

Il Codice piano-benedettino, promulgato originariamente per un’applicazione personale nei confronti di tutti i *christifideles* dell’orbe cattolico, diventa così anche un diritto territoriale, che si applica come legge statutale all’interno dei confini dello SCV. Le norme codiciali, promulgate per regolare i rapporti giuridici all’interno della Chiesa e per essere applicate esclusivamente dai Tribunali della giurisdizione ecclesiastica, con il recepimento all’interno del sistema delle fonti del diritto statutale, assumono in qualche modo nella Città del Vaticano anche una dimensione “secolare” e trovano applicazione anche da parte dei Tribunali dello Stato che possono sanzionarne coercitivamente – e non solo con le pene canoniche – le eventuali trasgressioni.

2. IL RAPPORTO TRA IL CODEX E LE ALTRE FONTI DEL DIRITTO VATICANO

La soluzione normativa adottata nel 1929 non ricomprendeva nel diritto vaticano il complesso della normativa canonica ma si limitava al Codice, ritenendolo quale fonte canonica privilegiata, per estendere quasi residualmente il recepimento anche alle Costituzioni apostoliche, date evidentemente per questioni peculiari e più di dettaglio per singoli aspetti. L’idea della codificazione del 1917 di raccogliere in un unico *corpus* organico e tendenzialmente completo e “definitorio” l’intera disciplina giuridica ecclesiastica, riecheggia anche nella “codificazione” vaticana, che fa riferimento al *Codex* quale fonte privilegiata della normativa della Chiesa, l’unica che diventa anche diritto dello SCV.

Il Codice di diritto canonico non poteva tuttavia esaurire in sé solo le complessive esigenze di copertura normativa di uno Stato, sebbene di dimensioni ridotte come lo SCV. La scelta del legislatore vaticano del 1929 fu allora quella di recepire nell’ordinamento giuridico dello SCV, insieme al Codice di diritto canonico, anche i codici all’epoca vigenti in Italia.

³ Art. 1, legge 7 giugno 1929, n. II.

⁴ Il legislatore vaticano è il Romano Pontefice che come Capo dello Stato ha la pienezza dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario. Tuttavia ordinariamente il potere legislativo non è esercitato direttamente dal Papa, ma delegato ad appositi organi del Governatorato dello SCV, in un primo tempo al Governatore (art. 5 legge 7 giugno 1929, n. I), poi con le successive riforme ad una speciale Commissione cardinalizia, salvo il potere di decretazione d’urgenza in capo al Cardinale presidente della Commissione (artt. 3 e 7, legge fondamentale, 26 novembre 2000).

Tuttavia mentre il *Codex* si configurava quale “fonte principale” del diritto vaticano e trovava nello SCV applicazione diretta, le previsioni dei codici italiani venivano applicate con una serie di limiti: si osservavano solo in via suppletiva e fino a che non si fosse eventualmente provveduto con leggi proprie vaticane, e nei limiti in cui non si ponessero in contrasto con i precetti di diritto divino, né con i principi generali del diritto canonico, nonché con le norme del Trattato e del Concordato del 1929 tra Santa Sede e Italia, e sempre che, in relazione allo stato di fatto esistente nella Città del Vaticano, risultassero concretamente applicabili⁵.

Il rapporto tra Codice di diritto canonico e codici di diritto italiano recepiti viene ad essere delineato con chiarezza dal legislatore vaticano: quando una fattispecie fosse prevista dal *Codex* essa trovava la sua regolamentazione nell'ambito canonico, essendo possibile l'applicazione della norma di provenienza italiana solo in via suppletiva; allor quando invece la fattispecie non trovasse una disciplina nella legislazione canonica o vaticana, la norma di provenienza italiana applicabile nello SCV non poteva comunque derogare ai “principi generali” del diritto canonico, desumibili dalla codificazione.

Per quanto riguarda nello specifico i codici italiani, essi vennero recepiti nello SCV come vigenti in Italia alla data dell'8 giugno 1929, momento di entrata in vigore della legge vaticana n. II.

Mentre infatti il *Codex* veniva inserito nell'ordinamento statutale vaticano attraverso un *rinvio dinamico* nei contenuti e nella misura in cui il testo normativo era vigente nell'ordinamento della Chiesa, al contrario i codici italiani venivano fatti entrare nelle fonti vaticane attraverso un *rinvio statico*, con un contenuto cristallizzato al momento del recepimento: da allora in poi la normativa italiana si è trovata ad essere in qualche modo “vaticanizzata”, introitata nel sistema giuridico dello SCV e sganciata dalle eventuali successive evoluzioni a cui poteva andare incontro nell'ordinamento di provenienza, essendo il solo legislatore vaticano, che l'aveva fatta propria, a poterne disporre. Per questo quei codici sono stati nel tempo modificati ed in alcuni casi anche abrogati in Italia, ma sono rimasti vigenti nello SCV, con i relativi contenuti eventualmente novellati dal legislatore vaticano.

3. IL NUOVO *CODEX IURIS CANONICI* DEL 1983 E LA SUA APPLICAZIONE NELLO SCV

Il sistema dei codici applicabili nello SCV si è mantenuto sostanzialmente stabile nel tempo, salva la promulgazione di uno specifico codice di procedura

⁵ Cfr. art. 3, legge 7 giugno 1929, n. II.

civile vaticano nel 1946⁶ che ha sostituito l'analogo codice italiano fin ad allora recepito.

Sono tuttavia intervenute nel frattempo diverse novità nell'ambito della codificazione canonica. Nel 1983 è stato promulgato da Papa Giovanni Paolo II il nuovo Codice di diritto canonico per la Chiesa latina⁷ che ha sostituito il Codice piano-benedettino del 1917. Lo stesso Papa Wojtyła nel 1990 ha poi promulgato il CCEO⁸, volendo dare anche alle Chiese d'Oriente un proprio *corpus* normativo sistematico. Indirettamente anche l'ordinamento giuridico dello SCV si trovava così di fatto ad essere sostanzialmente innovato: il nuovo Codice di diritto canonico del 1983 era da subito applicabile anche come legge statutale all'interno dello SCV, a seguito del rinvio dinamico presente nella legge n. II/1929.

Si avvertiva tuttavia la necessità di un migliore coordinamento formale tra il sistema di diritto vaticano ed l'ordinamento canonico, alla luce della nuova codificazione⁹. Benedetto XVI recepisce questa istanza e promulga una nuova legge sulle fonti del diritto dello SCV, n. LXXI/2008¹⁰.

L'art. 1 della nuova legge prevede quale "prima fonte normativa" del sistema giuridico vaticano "l'ordinamento canonico" nella sua interezza, con un rinvio ben più ampio rispetto a quello della legge n. II/1929 che, come già sottolineato, limitava invece il rimando al *Codex* ed alle Costituzioni Apostoliche. Ciò consente di affermare che oggi anche il Codice orientale fa parte delle fonti del diritto vaticano e, se del caso, può essere applicato come diritto dello SCV.

La "codificazione vaticana" risulta inoltre modificata anche per quanto riguarda il codice civile, che resta quello italiano, ma a quello recepito nel 1929 e risalente al 1865 viene sostituito il nuovo codice nel frattempo emanato in Italia nel 1942, nel testo in vigore nell'ordinamento italiano alla data del 1° gennaio 2009. Viene inoltre confermato il principio per cui la legislazione italiana è applicabile nello SCV solo "in via suppletiva e previo recepimento da parte della competente autorità vaticana"¹¹ e con gli stessi limiti previsti già nel 1929¹².

⁶ Il nuovo Codice di procedura civile per lo SCV è stato promulgato da Papa Pio XII con il Motu proprio *Con la legge*, 1° maggio 1946, in «AAS» 38 (1946) 170-172.

⁷ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Cost. Ap. *Sacrae disciplinae leges* per la promulgazione del nuovo Codice di diritto canonico, 25 gennaio 1983, in «AAS» 75/II (1983) 7-14.

⁸ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Cost. Ap. *Sacri canones*, 28 ottobre 1990, in «AAS» 82 (1990) 1033-1044.

⁹ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Motu proprio *Quo civium iura*, 21 novembre 1987, in «AAS» 79 (1987) 1353-1355.

¹⁰ Legge 1° ottobre 2008, n. LXXI (*Legge sulle fonti del diritto*), in «AAS Suppl.» 79 (2008) 65-70.

¹¹ Cfr. art. 3, legge 1° ottobre 2008, n. LXXI.

¹² *Ibid.*, comma 2.

Con la nuova legge risulta meglio chiarito il rapporto tra le previsioni canoniche e le norme provenienti *ab extra* ed in particolare tra il Codice di diritto canonico e la disciplina mutuata dai codici italiani. In questo senso, le norme recepite, quand'anche applicabili, non solo non possono mai andare contro i principi del diritto canonico, ma devono anche essere necessariamente considerate alla luce dei criteri ermeneutici dell'ordinamento della Chiesa. Secondo la nuova legge del 2008 infatti il diritto canonico non è solo la "prima fonte normativa" dello SCV, ma pure il "primo criterio di riferimento interpretativo" di tutto il sistema delle fonti dell'ordinamento giuridico vaticano.

Ciò significa che non solo i principi generali desumibili dalla codificazione canonica non possono essere in alcun modo contraddetti o derogati da una qualche norma astrattamente applicabile nello SCV e proveniente da altri ordinamenti, ma anche e più significativamente che le regole poste dai canoni del Codice di diritto canonico in tema di interpretazione e risoluzione dei conflitti tra norme sono la chiave di volta dell'intero sistema giuridico vaticano per risolvere eventuali antinomie e per garantire coerenza ed unitarietà ad un ordinamento giuridico così complesso ed assolutamente peculiare, qual è quello dello SCV.

4. LE RECENTI RIFORME DELL'ORDINAMENTO VATICANO E LE PROSPETTIVE APERTE

La legislazione vaticana negli ultimi anni è andata incontro ad alcune modifiche, anche in settori di rilievo¹³. In materia di trasparenza finanziaria e contrasto alla corruzione, Benedetto XVI ha avviato importanti riforme¹⁴, portate avanti da Francesco, anche attraverso una serie di modifiche al codice penale e di procedura penale¹⁵. Contestualmente alle novità introdotte nella

¹³ Solo per ricordare alcuni tra i più significativi provvedimenti emanati a partire dal 2000, oltre alla già citata nuova legge sulle fonti del diritto, 1° ottobre 2008, n. LXXI, basti menzionare la *legge fondamentale dello SCV*, 26 novembre 2000, s.n., in «AAS Suppl.» 71 (2000) 75-83; la legge 16 luglio 2002, n. CCCLXXXIV (*Legge sul governo*), in «AAS Suppl.» 73 (2002) 33-49, peraltro abrogata e sostituita di recente dalla legge 25 novembre 2018, n. CCLXXIV, pubblicata su «L'Osservatore romano» del 7 dicembre 2018; la legge 22 febbraio 2011, n. CCXXXI (*Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso*), in «AAS Suppl.» 82 (2011) 1-7.

¹⁴ Legge 30 dicembre 2010, n. CXXVII (*Legge concernente la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio dei proventi di attività criminose e del finanziamento del terrorismo*), in «AAS Suppl.» 81 (2010) 167-201. Il provvedimento è stato poi emendato da ultimo con la legge 8 ottobre 2013, n. XVIII (*Legge di conferma del decreto n. XI del Presidente del Governatorato, recante norme in materia di trasparenza, vigilanza ed informazione finanziaria, dell'8 agosto 2013*), in «AAS Suppl.» 84 (2013) 233-296.

¹⁵ Legge 11 luglio 2013, n. VIII (*Norme complementari in materia penale*), in «AAS Suppl.» 84 (2013) 77-108. Legge 11 luglio 2013, n. IX (*Norme recanti modifiche al codice penale e al codice di procedura penale*), in «AAS Suppl.» 84 (2013) 109-131.

legislazione statale vaticana in queste materie il Pontefice ha voluto emanare dei corrispondenti *Motu proprio*¹⁶, con i quali il supremo legislatore – al contempo canonico e vaticano – ha esteso di volta in volta, in tutto o in parte, l'applicazione della legge vaticana anche ad alcuni organi della Curia romana, di natura canonica e non statale, anche al di fuori del territorio dello SCV, ampliando contestualmente anche la giurisdizione del giudice vaticano per i casi presi in considerazione.

Questa prospettiva sembra oggi delineare nuovi orizzonti nei rapporti tra la codificazione canonica e la legislazione vaticana. Tradizionalmente, il diritto vaticano – attraverso i rimandi prima della legge n. II/1929 e oggi della legge n. LXXI/2008 – aveva recepito tra le sue fonti il diritto canonico, che diventava anche diritto dello Stato. Oggi invece, a seguito delle recenti riforme, la tendenza si inverte e, con un'osmosi che diventa bidirezionale, enti ed organismi della Curia romana, evidentemente soggetti di diritto canonico, possono in determinati casi essere assoggettati pure all'applicazione della norma statale vaticana e alla giurisdizione del relativo Tribunale, peraltro anche quando si trovino ad operare fuori dal territorio dello SCV.

Il Codice latino del 1983 non esaurisce in sé tutte le previsioni normative della Chiesa cattolica, ma ne rappresenta il riferimento più importante: come tale continua ad essere la fonte principale ed il primo criterio interpretativo di tutto il sistema del diritto statale vaticano e vede oggi la sua importanza accresciuta dal fatto che il giudice vaticano nella sua giurisdizione ha la possibilità di applicarlo talvolta anche *extra moenia*.

¹⁶ In questo senso, BENEDETTO XVI, *Lettera apostolica in forma di Motu proprio per la prevenzione ed il contrasto delle attività illegali in campo finanziario e monetario "La Sede Apostolica"*, 30 dicembre 2010, in «AAS» 103 (2011) 7-8.; FRANCESCO, *Lettera apostolica in forma di Motu proprio sulla giurisdizione degli organi giudiziari dello Stato della Città del Vaticano in materia penale "Ai nostri tempi"*, 11 luglio 2013, su «L'Osservatore Romano» 12 luglio 2013, p. 7; FRANCESCO, *Lettera apostolica in forma di Motu proprio per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio, del finanziamento del terrorismo e della proliferazione di armi di distruzione di massa "La promozione dello sviluppo"*, 8 agosto 2013, su «L'Osservatore Romano» 9 agosto 2013, p. 1.

RAGIONI DELLA SUPREMAZIA DELLA *LEX* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA DELLA CHIESA: NOTE SPARSE SULLE INTERAZIONI FRA *IUS* E *POTESTAS* NELLA CODIFICAZIONE POST-CONCILIARE

Beatrice Serra*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La contestazione del diritto canonico quale diritto codiciale dopo il Concilio Vaticano II. – 3. La riaffermazione del nesso inscindibile fra Chiesa e *ius*. L'impostazione di fondo del *ius publicum ecclesiasticum* sottesa alla seconda codificazione canonica. – 4. I riferimenti alla legalità nella codificazione post-conciliare: continuità e discontinuità con il precedente quadro di comprensione del diritto e della Chiesa.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Ogni riflessione sul principio di legalità è intrinsecamente complessa e parziale.

Perché? Perché in qualsiasi ordinamento considerato, il concetto di legalità ha una valenza polisemica e problematica, che scaturisce sia dalle molteplici connessioni della legalità con altri concetti, come quello di legge, certezza, sovranità; sia dal fatto che il tema della legalità pone questioni permanenti e non del tutto risolvibili, legate, in ultima analisi, alla definizione del giusto e dell'ingiusto.

Ne consegue che mentre la complessità del concetto di legalità impone a chi si appropria scientificamente al tema la scelta di uno dei profili in cui la legalità si manifesta, l'analisi di nessuno di questi profili è in grado di esaurire i vasti contenuti di un concetto che tocca i fondamenti della giuridicità.

Ciò premesso, la presente comunicazione si propone di ricostruire alcune ragioni del principio di legalità nell'esperienza giuridica della Chiesa, evidenziando i rapporti di funzionalità tra tale principio e determinate concezioni del diritto e del potere.

* Università di Roma *Sapienza*.

2. LA CONTESTAZIONE DEL DIRITTO CANONICO QUALE DIRITTO CODICIALE DOPO IL CONCILIO VATICANO II

È con le riforme legislative successive al Concilio Vaticano II che, nella Chiesa, ha inizio una più articolata e decisa adozione di soluzioni tecnico-giuridiche riconducibili al principio di legalità¹.

Tali soluzioni, pertanto, vanno comprese alla luce della *ratio* di fondo che determinò l'intera riforma del diritto canonico post-conciliare: la necessità di rendere tale diritto rispondente all'ecclesiologia del Vaticano II².

Ma non solo, o non immediatamente.

Un altro fattore influì sulla revisione del Codice di diritto canonico del 1917: il cd. anti-giuridismo, l'atteggiamento di insofferenza verso una sopravvalutazione del diritto – e, ancor oltre, verso il diritto stesso –, fortemente presente nella Chiesa dopo il Vaticano II.

Se già nella preparazione e svolgimento del Concilio emerse la percezione del *ius* quale esorbitante sovrastruttura contraria alla vitalità della comunità cristiana (e la conseguente volontà dei Padri conciliari di escludere un approccio giuridico nella trattazione dei temi ecclesiologici) alla conclusione dell'assise

¹ Nel diritto positivo della Chiesa universale si rintracciano diverse espressioni del principio di legalità.

Specificatamente considerato come criterio per l'azione di governo, la legalità trova, infatti, chiare formulazioni: dalla tripartizione (concettuale) della *potestas regiminis* in legislativa, esecutiva e giudiziaria (cann. 135, § 1, 391, § 1, 475, § 1, 1420, § 1 CIC; 191, § 1, 245, 985, § 1, 1086, § 1 CCEO) alla definizione delle norme essenziali cui è esplicitamente subordinato lo svolgimento delle tre potestà (cann. 135, §§ 2-4; 221, § 2, 391, §§ 1-2, 1419, § 1 CIC; 24, § 2, 191, § 2, 985, §§ 2-3 CCEO). A questi enunciati corrisponde altresì la presenza nel *ius Ecclesiae* di alcuni dei tratti tipici del modello storico-normativo denominato "principio di legalità".

Così è per la soggezione alla legge della potestà amministrativa, perseguita sia sancendo espressamente l'inderogabilità della legge da parte di norme e atti amministrativi singolari (cann. 33, 34, § 2, 38, 48, 94, § 1 CIC; 1515, 1519, § 1 CCEO; artt. 18, § 2 e 156 cost. ap. *Pastor Bonus*; artt. 125, § 2 e 131, § 5 Regolamento Generale della Curia romana); sia garantendo l'impugnabilità dei provvedimenti illegittimi con appositi istituti di giustizia amministrativa (cann. 1732-1739, 1445, § 2 CIC; 996-1006 CCEO; art. 123, § 1 cost. ap. *Pastor Bonus*; art. 34, § 1 *Lex propria* della Segnatura Apostolica).

Così è, ancora, per la gerarchia delle norme (cann. 33, § 1, 34, § 2; 135, § 2, 445, 455, § 1 CIC; 985, § 2 CCEO; art. 158 cost. ap. *Pastor Bonus*).

Così è, infine, per la legalità penale e i suoi corollari (cann. 9, 18, 19, 1321, 221, §§ 2-3 CIC; 1414, § 1, 24, §§ 2-3, 1494, 1500, 1501 CCEO).

² Esplicitamente sancito già all'annuncio del Vaticano II (cfr. GIOVANNI XXIII, *Allocutio* del 27 febbraio 1959, in «AAS» 51 (1959) 68-69), il legame di consequenzialità fra il Concilio e la revisione del volto giuridico della Chiesa, è così noto che non abbisogna di attestazioni. A titolo indicativo si vedano i riferimenti al Vaticano II quale punto di riferimento del rinnovamento della giuridicità ecclesiale presenti nei lavori preparatori del *Codex Iuris Canonici* del 1983 e del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* del 1990: «Communicationes» 1 (1969) 36, 77-78; *Nuntia*, I 1973, pp. 20-21; *Nuntia*, 3, 1976, p. 3.

ecumenica l'idea dell'incompatibilità fra Chiesa e diritto giunse a maturazione e si diffuse ampiamente.

Identificato, essenzialmente, con il *Codex*, il diritto canonico fu percepito come una realtà meramente umana, autoritaria, formalistica, estranea alla spiritualità e libertà del messaggio evangelico ed opposta alle esigenze teologiche e pastorali evidenziate dal magistero conciliare.

Ad essere contestato fu sia il diritto in sé, sia l'intero modo di pensare e costruire la giuridicità (definitivamente) affermatosi con il *Codex* del 1917 sui presupposti ecclesiologici espressi dal *ius publicum ecclesiasticum*: ad essere contestato, pertanto, era il diritto quale espressione della potestà gerarchica di giurisdizione, insieme di norme, generali ed astratte, che esigono di essere applicate³.

Il che trova conferma sotto altro profilo.

A fronte della crisi post-conciliare, la scienza canonistica reagì ricercando un nuovo fondamento per il diritto canonico, onde legittimarne, intrinsecamente, la presenza nella Chiesa.

Ebbene, pur nella profonda diversità di scuole e orientamenti, una comune istanza di fondo sembra rinvenibile nelle diverse elaborazioni dottrinali: il tentativo (più o meno riuscito), di prendere le distanze da una rappresentazione formalista e positivista del *ius*.

Se, infatti, si guarda ai principali orientamenti emersi nella scienza giuridica canonica dopo il Concilio, il distacco da una visione del diritto quale norma positiva stabilita dal legislatore è rinvenibile sia nella rappresentazione del diritto come oggetto della virtù della giustizia, *res iusta* che antecede le norme, della scuola di Navarra⁴; sia nella concezione del diritto ecclesiale quale disciplina plasmata dalle necessità dei tempi e dei luoghi, essenzialmente rimessa, nella sua vincolatività, alla discrezione degli spiriti, espressa dai canonisti riuniti intorno alla rivista *Concilium*⁵; sia nella considerazione del diritto canonico quale realtà fondata sulla Parola e il Sacramento, della scuola di Monaco⁶.

³ Sull'antigiuridismo quale fenomeno ricorrente nella storia della Chiesa e, in particolare, sull'antigiuridismo post-conciliare, cfr. per tutti P. A. D'AVACK, *Legittimità, contenuto e metodologia del diritto canonico*, in «Il diritto ecclesiastico» 89 (1978) I, 3-41.

⁴ Cfr. per tutti J. HERVADA, *Las raíces sacramentales del derecho canónico*, in *Vetera et nova*, Pamplona, 2005, pp. 297-319.

⁵ Cfr. per tutti P. HUIZING, *L'ordinamento della Chiesa*, in *Nuovo corso di dogmatica come teologia della storia della salvezza*, vol. 8, a cura di J. FEINER e M. LÖHRE, ed. it., 3^a ed., Brescia, 1982, pp. 192-227.

⁶ Cfr. per tutti E. CORECCO, *Diritto canonico*, in *Dizionario Enciclopedico di Teologia Morale*, Roma, 1981, pp. 233-250.

3. LA RIAFFERMAZIONE DEL NESSO INSCINDIBILE FRA CHIESA E IUS.
L'IMPOSTAZIONE DI FONDO DEL IUS PUBLICUM ECCLESIASTICUM SOTTESA ALLA
SECONDA CODIFICAZIONE CANONICA

Ora, in un siffatto contesto, storico e teorico, perché il legislatore canonico adottò enunciati che richiamano la presenza del principio di legalità?

Con quale funzione tale principio che risponde al progetto politico di una società basata sul primato della legge, fu richiamato nel ridefinire la giuridicità ecclesiale, mentre era tangibile, nella Chiesa, una insofferenza alla legge positiva, ritenuta superata in nome del primato della fede, della libertà, della coscienza?

La risposta a tale interrogativo si svolge lungo più livelli di indagine.

Certamente, le enunciazioni del principio di legalità presupposero e, pertanto, riaffermarono, il nesso inscindibile fra Chiesa e *ius*.

Né poteva essere diversamente: a fronte delle istanze anti giuridiche d'indole spiritualistica determinatesi dopo il Concilio, la stessa immagine conciliare della Chiesa quale complessa realtà invisibile e visibile, in analogia con il mistero del Verbo incarnato (cost. dog. *Lumen Gentium* n. 8 a), conteneva elementi sufficienti per evidenziare il diritto quale fattore radicato nella Chiesa visibile, al di fuori della quale non si ha Chiesa spirituale.

Ma, posta la necessità di una dimensione giuridica nella Chiesa, a quale *idea* di diritto fece riferimento il legislatore post-conciliare?

Per il vero, l'impostazione di fondo del *ius publicum ecclesiasticum* e, in particolare, la percezione del *ius* quale comando della gerarchia, restò sottesa ai lavori di revisione della legislazione canonica.

Al riguardo, è emblematica la formulazione del primo dei *Principi per la revisione del codice di diritto canonico*.

Segnatamente nell'indicare i fini da perseguire in sede di revisione del Codice del 1917, il primo dei *Principia* che dovevano guidare la revisione del Codice:

- a) sancì il carattere giuridico della nuova codificazione, confutando, esplicitamente, le diffuse attese di un Codice quale complesso di verità ed esortazioni sulla fede e la morale;
- b) configurò la suddetta giuridicità come un'esigenza intrinseca alla dimensione sociale della Chiesa e ne individuò il fondamento nella potestà di giurisdizione attribuita da Cristo alla gerarchia⁷.

⁷ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Principia quae codicis iuris canonici recognitionem dirigant*, n. 1, *De indole iuridica codicis* in «Communications», 1 (1969) 78-79.

La revisione della legislazione canonica, quindi, fu impostata alla luce e della necessità di reagire alle istanze anti-giuridiche, e della scelta di farlo poggiando il diritto ecclesiale sul principio *ubi societas, ibi ius* e sulla riconduzione di quest'ultimo al potere gerarchico.

Il che trova riscontro in almeno altri due dati.

Significativamente, nel *Prooemium* del *Textus emendatus* del Progetto di Legge Fondamentale della Chiesa, il senso del diritto canonico fu precisato riferendosi alla Chiesa quale *societas constituita et ordinata* e rappresentando il *ius* come il *complesso delle leggi* finalizzate a guidare i fedeli alla salvezza, difendere l'unità della fede, conservare la costituzione divina⁸.

Parimenti, nel magistero pontificio coevo e immediatamente successivo all'elaborazione dei Codici vigenti, fu costantemente affermato il bisogno di una dimensione giuridica come «espressione e strumento del *munus apostolicum*»⁹ ed esigenza intrinseca della Chiesa sociale e gerarchica¹⁰.

4. I RIFERIMENTI ALLA LEGALITÀ NELLA CODIFICAZIONE POST-CONCILIARE: CONTINUITÀ E DISCONTINUITÀ CON IL PRECEDENTE QUADRO DI COMPrensIONE DEL DIRITTO E DELLA CHIESA

Ora, se la concezione istituzionale del diritto fu uno dei punti di riferimento delle riforme legislative successive al Vaticano II, è in interazione con tale concezione che la formula "principio di legalità" svela ulteriori, possibili, ragioni di senso.

È, intanto, evidente che per poter costituire, realmente, una «novità nella fedeltà», i riferimenti alla legalità del diritto postconciliare esigevano (almeno) due condizioni d'uso:

- a) la comprensione del *ius Ecclesiae* alla luce dell'intera immagine conciliare della Chiesa (cfr. decr. *Optimam totius* n. 16) e non solo della sua componente gerarchica;
- b) il (conseguente) superamento dell'equivalenza fra *ius* e *lex*.

Data la naturale persistenza delle categorie ecclesiologiche e giuridiche sino allora consolidate, senza tali condizioni i più ampi richiami alla legalità della

⁸ Cfr. *Schema Legis Ecclesiae Fundamental. Prooemium (Textus emendatus)*, in *El proyecto de ley fundamental de la Iglesia. Texto bilingüe y análisis crítico*, Pamplona, 1971, pp. 23-24.

⁹ PAOLO VI, *Allocutio* del 8 febbraio 1973, in «AAS» 65 (1973) 96.

¹⁰ Cfr. PAOLO VI, *Allocutio* del 12 febbraio 1968, in «AAS» 60 (1968) 202-207; *Id.*, *Allocutio* del 30 gennaio 1975, in «AAS» 67 (1975) 179-183; GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio* del 18 febbraio 1979, in «AAS» 71 (1979) 422-427; *Id.*, *Allocutio* del 26 febbraio 1983, in «AAS» 75 (1983) 554-559.

legislazione post-conciliare correvano il rischio di significare, semplicemente, la riaffermazione del diritto come ordine legale posto dalla gerarchia per l'organizzazione della Chiesa quale società perfetta; di essere *conseguenziali e funzionali* alla riaffermazione del *ius Ecclesiae* come manifestazione della *potestas regiminis* (e, massimamente, della potestà legislativa) e alla comprensione della Chiesa (solo) quale società organicamente strutturata, tenuta insieme da vincoli giuridici e di subordinazione gerarchica.

L'interpretazione dei richiami alla legalità come reazione alle istanze anti-giuridiche, in continuità con l'ecclesiologia e la giuridicità espressi dal *Codex* del 1917, appare, del resto, plausibile, sotto almeno altri due profili.

Il primo: col ricondurre il diritto alla *sacra potestas*, il legislatore ecclesiale seguì ad attribuire al *ius Ecclesiae* una connotazione prevalentemente pubblicistica, la quale costituiva l'*humus* ideale per la ricezione del principio di legalità quale *strumento* o *espressione* di chi governa, sulla scia degli ordinamenti secolari.

Il secondo profilo: la ricezione dei corollari tecnici della legalità esprimeva, di per sé, continuità con la politica legislativa dell'*imitatio imperii* e, plausibilmente, continuità con l'analogia fra Chiesa e società civile.

Eppure, è *anche* o *proprio* in *discontinuità* con il precedente quadro di comprensione del diritto (e della Chiesa), con l'idea che il *ius* trova la sua genesi nel potere, che la formula "principio di legalità" può aver tratto la sua ragion d'essere nella nuova legislazione canonica.

A ben guardare tale formula, significando (anche) subordinazione dell'azione di governo alla legge, introduceva o suggeriva un qualche rapporto d'alterità fra diritto e gerarchia, difficilmente pensabile, allo stesso tempo, quale fonte ed oggetto del *ius*.

Dal che un'ulteriore, possibile, funzione del principio di legalità nella ridefinizione del volto giuridico della Chiesa: esprimere il *passaggio* dalla riconduzione del diritto al potere alla riconduzione del potere al diritto.

O, anche, il passaggio dalla visione del potere quale fondamento del diritto alla visione del potere quale strumento al servizio del diritto.

Né, data tale funzione, il principio di legalità cessava di essere strumento di reazione alle istanze anti-giuridiche.

Tutt'altro. Proprio se rappresentato in (parziale) rottura con la concezione istituzionale, il principio di legalità poteva essere funzionale alla rilegittimazione del diritto nella Chiesa, evidenziando il corpo delle leggi canoniche come regola per la gerarchia e non, esclusivamente, come comando della gerarchia.

JUSTINIAN SERÉDI OSB'S PERSONAL CONTRIBUTION IN THE CODIFICATION OF THE CIC (1917)

*Szabolcs Anzelm Szuromi, O.Praem.**

SUMMARY: Introduction. – I. The elaboration of the Code of Canon Law (1917). – II. Justinian Serédi's contribution in the process of codification. – Conclusion.

INTRODUCTION

Since the beginning of the 19th century has become widely accepted in the so called “continental legal systems” the necessity of the codification (i.e. *Code Civil* [1804]). It was a rational consequence of the already existing unhandily and over-multiplied legal sources and those many loopholes which aggravated the day-to-day work of the legal systems. This new form, like the codified law, should be based on clear principles in order to regulate in a complex form an entire legal field, and its norms should be as general as possible to be applicable for any variation of cases of law. This norm had to take place on the top of the hierarchy of legal sources, well known (published and promulgated) by every subject of it.¹ As Pietro Card. Gasparri had explained in his introduction, written to the Pius-Benedict Code, the reason for the canonical codification was quite the same.² The numerous canonical norms from different times and circumstances, define the right source with correct interpretation based on the many parallel regulations, the several alterations within the texts on the similar cases had made too difficult to establish the canonically proper conclusion of the process. There were still many loopholes and misinterpretations within the canonical system too. The mentioned problems were listed accurately by

* Pázmány Péter Catholic University (PPCU; Budapest).

¹ PLÖCHL, W., *Geschichte des Kirchenrechts*, V. Wien-München 1969. 301–302.

² STICKLER, A.M., *Historia iuris canonici latini* (Institutiones academiae. Historia fontium I), Roma 1950. 380–383.

Alfonse M. Stickler: “multitudo legum”, “inordinatio legum”, “forma legum”, “incertitudo legum”, inutilitas legum, and “lacunae legum”.³ Pope Pius X (1903–1914)—as it is well known—died before the end of the codification, which had been begun under his direction⁴; therefore Pope Benedict XV was the one who promulgated the first Code of Canon Law on May 27th 1917, which had come into force on Pentecost Day, May 19th 1918.⁵

I. THE ELABORATION OF THE CODE OF CANON LAW (1917)

There are several description, analysis, summary, etc. on the process of the first codification by respectable authors, written even right after the promulgation of the CIC (1917) up to nowadays. The general facts are obvious considering any historical description.⁶ Pope Pius X (1903–1914) convoked the Cardinals who had office in Rome in 1904 to find out their opinion on his new Motu Proprio which was under preparation in that time. This document had been promulgated on March 19th 1904 with the beginning words: *Arduum sane munus*.⁷ The Motu Proprio expressed the order of the Holy Father to collect the entire material of the universal canonical corpus, and to structuralize it into a clear organized system.⁸ Promoting this extensive work, the Holy Father had established a Pontifical Commission of cardinals, attaching to that a ministerial team of consultors as experts (*Collegium Collaboratorum*).⁹ The entire list of members of the Commission and Consultors, together with supplementary information can be read in Alfonse M. Stickler’s handbook.¹⁰ Pope Pius X appointed Pietro Gasparri at the beginning secretary of the Commission, then—after he had received the cardinal dignity in 1907, and had become the Sec-

³ STICKLER, A.M., *Historia iuris canonici latini*, 371–376.

⁴ MINELLI, CH., *Pio X e la sistematica del Codex Iuris Canonici*, in BRUGNOTTO, G. – ROMANATO, G. (a cura di), *Riforma del Cattolicesimo? Le attività e le scelte di Pio X* (Pontificio Comitato di Scienze Storiche), Città del Vaticano 2016. 293–323, especially 302–306.

⁵ Cf. ERDÖ, P., *Geschichte der Wissenschaft vom kanonischen Recht. Eine Einführung*, Hrsg. von L. MÜLLER (Kirchenrechtliche Bibliothek 4), Berlin 2006. 149.

⁶ In detailed cf. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N., *Il Codice di diritto canonico del 1917 quale oggetto storico*, in «*Ius Ecclesiae*» 23 (2011) 745–764. For bibliography see REDAELLI, C., *Codificación [cuestión de la]*, in OTADUY, J. – VIANA, A. – SEDANO, J. (dir.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, II. Pamplona 2012. 195–196.

⁷ «ASS» 26 (1904) 549–550.

⁸ In detailed cf. BAURA, E. – ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N. – SOL, TH. (a cura di), *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, (Pontificia Università della Santa Croce, Monografie Giuridiche 46), Milano 2017. 35–70.

⁹ In detailed cf. MAROTO, PH., *Institutiones iuris canonici*, Madrid 1918. 117.

¹⁰ STICKLER, A.M., *Historia iuris canonici latini*, 377–379.

retary of the Sacred Congregation for Extraordinary Ecclesiastical Affairs—he continued his office as the head of the Commission.¹¹ Considering the professional opinions of consultors, the Commission had concluded on the real contents of the codified law, which—based on their decision—did should as precise as possible the entire universal canonical law system. In order to reach this goal had to elaborate all of the canonical texts which were in force from the material of the *Corpus iuris canonici*, from the disciplinary regulations of the *Council of Trient* (1545–1563), from the official papal legislative acts; moreover those disciplinary statements, decrees, instructions, notes, etc. which had issued through the activity of the Sacred Congregations and the Curial Tribunals of the Apostolic Holy See; but in the same time omitting those canonical regulations which had been already re-regulated, derogated or overruled. This collected and cleansed canonical material was intended to be a basis for a hierarchical and thematically unified text of the Code of Canon Law, distributed into canons, and within them paragraphs, or even numbers.¹² As I like to underline below, the most significant part of this enormous work—the collection of the afore-mentioned sources, cleansing the material, proposing and correcting the structure, etc.—had been done by Justinian Serédi OSB, based on the archival notes.¹³

We cannot forget at this point those positive and useful precedents from the 19th century, which could help as examples to fulfill the decided process of codification, like those councils which were held in Europe, South Africa, North and South America, or in Asia and Oceania. There were some important new papal documents which conceptions and prescriptions did need to take place into the under worked Code.¹⁴ Among these here must be mentioned from the field of the canonical penal law, the apostolic constitution of Pius IX (1846–1878) *Apostolicae Sedis* (October 12th 1869); the apostolic constitution *Officiorum ac munerum*, promulgated by Pope Leo XIII (1878–1903) on January 25th 1897; or the apostolic constitution *Conditae a Christo* (December 8th 1900). Nevertheless, here could be referred the decree *Ne Temere* of Pope Pius X on August 2nd 1907;

¹¹ VAN HOVE, V., *Prolegomena* (Commentarium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici I/I), Romae 1928. 336–339.

¹² Cf. LLOBELL, J. – DE LEÓN, E. – NAVARRETE, J., *Il libro “De processibus” nella codificazione del 1917. Studi e documenti. I. Cenni storici sulla codificazione “De iudiciis in genere” il processo contenzioso ordinario e sommario, il processo di nullità del matrimonio* (Pontificia Università della Santa Croce. Monografie Giuridiche 15), Milano 1999.

¹³ About his contribution in the first canonical codification cf. BÁNK, J., *De Justiniano Card. Serédi*, in *Monitor Ecclesiasticus* 81 (1956) 463–481. ERDŐ, P., *Serédi Jusztinián*, in BEKE M. (szerk.), *Esztergomi érsekek. 1001–2003*, Budapest 2003, 389–393.

¹⁴ CICOGNANI, A.G., *Canon Law* (I. Introduction to the Study of Canon Law; II. History of the Sources of Canon Law; III. A Commentary on Book I of the Code), Philadelphia 1935. 56–59.

the apostolic constitution *Sapienti consilio* on the Roman Curia (June 29th 1908); the decree *A remotissima* on the “ad limina” visitations and the on reports about the dioceses; moreover the decree *Maxima cura* on the administrative removal process of pastors (August 20th 1910). The elaborated proposed textual schemes—following the old custom of combining the canon law collections since 1234—had been sent for review to the universities. Every single canon’s closing step was the vote on that, after audition of the consultors’ opinions.¹⁵

II. JUSTINIAN SERÉDI’S CONTRIBUTION IN THE PROCESS OF CODIFICATION

After the briefly summarized description of the process of codification arises an obvious question: what was the particular role of the young Hungarian Benedictine monk, Justinian Serédi within the elaboration. After the publishing of Volume VII¹⁶ of the *Codicis iuris canonici fontes*, Serédi’s work on the collection of sources has become clearly revealed (the first six volumes were edited under the name of Pietro Card. Gasparri, but from Volume VII Serédi’s name had been marked).¹⁷ Nevertheless, the real activity and his indispensable work during the codification was not still clear enough, and still now there are various opened questions.

Thanks to several venerable scholars, Justinian Serédi’s name and personality could return from the unremembered memory. Joseph Bánk, Joaquín Llobell, Enrique De León, Peter Erdö¹⁸, Carlo Fantappiè¹⁹, Nicolás Álvarez de las Asturias, Joaquín Sedano²⁰ and others have called the attention on this extraordinary figure of the Church and canon law history and on his personal role in the first codification, which had concluded into the 1917 Code.

Justinian Serédi was born in Deaki on April 23rd 1884, after his entrance into the Benedictine Arch-Abbey of Pannonhalma in 1901, he had begun his theological studies at the San Anselmo in Rome, in the academic year of 1904/1905.

¹⁵ MICHIELS, G., *Normae generales iuris canonici* (Commentarius libri I Codicis Juris Canonici), I. Parisiis – Tornaci – Romae 1949. 21–24.

¹⁶ Published in 1934.

¹⁷ GASPARRI, P. – SERÉDI, J. (ed.), *Codicis iuris canonici fontes*, I-IX. Romae 1923–1939; cf. BÁNK, J., *Kard Serédi als Kanonist*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung» 44 (1958) 209–236.

¹⁸ ERDÖ, P., *Storia delle Fonti del Diritto Canonico* (Istituto di Diritto Canonico San Pio X, Manuali 2), Venezia 2008. 151–152.

¹⁹ FANTAPPIÈ, C., *Chiesa romana e modernità giuridica*, II: *Il Codex Iuris Canonici* (1917), Milano 2008.

²⁰ SEDANO, J., *Dal Corpus Iuris Canonici al primo Codex Iuris Canonici: Continuità e discontinuità nella tradizione giuridica della Chiesa latina*, in «FThC» IV (26/18) [2015] 215–238.

He had become successor of János Card. Csernoch, archbishop of Esztergom, primate of Hungary on November 29th 1927.²¹ After created him cardinal on December 22nd 1927, Pope Pius XI consecrated him a bishop on January 8th 1928. Died on March 29th 1945 in Esztergom.²²

Justinian Serédi was only thirty-three years old when the work on the Code had been finished in 1917, however, since 1907 to 1939 he had spent more than thirty years on the process of codification and the publication of the so-called “Fontes”. As was already indicated above, Pietro Gasparri led officially the preparation of the Code under a very strict decision of Pope Pius X: the codification is not a creation of a new law, but preserve the old law by transformation to that general level which is applicable for any variation of cases of law.²³ Card. Gasparri’s direct consultor was Prof. Pierre Bastien, who was entrusted to the preparation for codification to deduce the texts from the various concrete canonical sources, annotating them with the original canonical sources. Because this textual preparation was too slow—based on the request of Gasparri—he suggested one of his canon law students, Justinian Serédi for this work to Gasparri, who—as considered Serédi’s unique ability regarding canonical sources and his knowledge of several languages—accepted Serédi’s person.²⁴

Beside his masters—Pierre Bastien and Pietro Gasparri—the distributional technic of the classic canonical auxiliary handbooks had made a strong influence on Serédi’s method, particularly Franz Xavier Wernz’s outstanding contemporary canon law work and its structure, thematic, method and dealing with original sources.²⁵ If we compare Wernz’s work’s structure and thematic with the later promulgated *Codex iuris canonici*’s structure, is unambiguously recognizable the close similarity, in particular regarding the arrangement of parts, titles and subtitles.²⁶ However, Serédi’s unique quality of disposing the canonical material—as Peter Erdő points out—was built on his extraordinary

²¹ Cf. ERDŐ, P., *Csernoch János szerepe az 1917-es kodifikációban*, in «Monumenta Ecclesiae Striginiensis» I (2001) 199–203.

²² Cf. BÁNK, J., *De Iustiniano Card. Serédi*, in «Monitor Ecclesiasticus» 81 (1956) 463–481. ERDŐ, P., *Serédi Jusztinián*, in BEKE, M. (ed.), *Esztergomi érsekek 1001–2003*, Budapest 2003. 389–395. SZUROMI, SZ.A., *Serédi Jusztinián (1884–1945)*, in HAMZA, G. – SIKLÓSI, I. (ed.), *Magyar Jogtudósok* (Bibliotheca Iuridica. Publicationes Cathedrarum LV), V. Budapest 2015. 132–141.

²³ EPP, R. – LEFEBVRE, C. – METZ, R., *Le droit et les institutions de l’Église catholique latine de la fin du XVIII^e siècle à 1978. Sources et institutions* (Histoire du Droit et des Institutions de l’Église en Occident XVI), Paris 1981. 217–241.

²⁴ BÁNK, J., *Serédi bíboros mint jogtudós*, in «Vigília» 23 (1958) 87–92, 144–148, especially 87.

²⁵ WERNZ, F.X., *Ius Decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris decretalium*, I-VI. Romae 1905–1913.

²⁶ Cf. SZUROMI, SZ.A., *Serédi Jusztinián (1884–1945)*, 137.

precise knowledge of the original sources and on his exceptional organizational ability.²⁷ There was no one like him among the consultors who had that particular knowledge on the process of forming a single canon of the hierarchical and thematically structuralized text the nascent Code, because he looked for the precise reference-sources to every single—many time altering—circulating texts of canon. Every canon was handed over to Serédi, to correct based on the sources and to attach the proper original references to that, which had returned after this work into the hand of Gasparri. This daily routine is quite clear from those archival letters which remained from their original regular letter changing. This method had created a unique cooperation between Gasparri and Serédi, and it gave also a development of very special overview on the codification process to Serédi.²⁸ During this time—in particular while he stayed within the Vatican for three years—Serédi had made several notes, memos, records, etc. in order to facilitate his daily work. These notes had become extraordinary important for him when he was working later on the edition of the “Fontes”. These handwritings cover his ten years work (1907–1917)—summarizing all of the sources—on the five books of the Code of Canon Law (1917). Serédi had become an “official guest” of Card. Gasparri in 1915 within the Vatican—based on the order of Pope Benedict XV—because otherwise the war and Serédi’s nationality could cause the interruption the process of codification. He had spent his entire time in the Vatican, dedicated it to forming the canons and annotating them with the relevant canonical sources, day-to-day meeting with Gasparri until hours during evening and nights. Serédi wrote notes into his Diary on the daily basis, it was the only way to follow his daily analyzing, correcting, and organizing work. This Diary contains even the number of daily worked up sources.²⁹ One *Schema* of the Code can be found in the Archive of Pannonhalma Arch-Abbey (Hungary) which supports well that even every draft of the composed entire material—as it testified by the Diary and other auxiliary archival sources—had been given to Serédi for correction. Regarding this particular final *Schema*—sent in printed form to Serédi—contains 2438 canons. There is the identifiable handwriting of Serédi, deleting and correcting the canons and their contents, in particularly within the Book of Processes. Based on his essential corrections even the number of canons had altered, therefore he re-numerated by pencil the entire *Shema*, which number had become as consequence of his

²⁷ ERDŐ, P., *Serédi Jusztinián*, 391–392.

²⁸ BÁNK, J., *Serédi bíboros mint jogtudós*, 88.

²⁹ Cf. Pannonhalma, Főapátsági Levéltár, V. 6 (V: *Bencés hagyatékok*; 6: *Serédi Jusztinián iratai a „Codex Iuris Canonici” készítésével kapcsolatban*): <http://leveltar.katolikus.hu/index.htm?http&&&leveltar.katolikus.hu/pannonhalma.htm> [consulted: September 4th 2017].

corrections. In this corrected very version are 2414 canons, exactly the same number, structure and contents which we can see in the final, promulgated text of the Code of Canon Law 1917.³⁰ From the already referred Diary is clear that during the last two months of the codification he was working on the correction of the final version of the Code's text, then he was focusing to prepare the precise publishing. The annotated version of the CIC (1917) had been published in the *Acta Apostolicae Sedis* at the end of October 1917, definitely after October 20th, because—based on the note of his Diary—Serédi had finished his final preparation on that very day.³¹

It is also important to see the relations between the canons and the attached original sources to them. Only 854 canons of 2414 do not have related former sources. References from the *Corpus iuris canonici* had been used 3304 times, from General Councils 293, from other papal sources 704, from dicasterial sources 5751, and from liturgical books had been used 454 texts. Because several original canonical sources appear multiplied times to enlighten or support the concrete canons, the summa of the original sources within the CIC (1917) is enormously high: 26000. None the less, that the index of the Code had been composed by Prof. Benedetto Ojetti SJ, the elaboration of sources entirely was done by Serédi, as it is accurately explained by Jozsef Bánk. The manuscripts of the nine volumes are still in the Archive of Pannonhalma Arch-Abbey, testifying Seréd's handwriting, because every single source for the source-edition was copied by his own hand.³²

CONCLUSION

When the process of the canonical codification had begun many experts were really pessimistic, even regarding its possibility. It had become possible and successful, within extreme political situation (i.e. World War I). There is no doubt, that the annotated version of the CIC (1917) with references to the sources of canons, moreover the edition of the "Fontes" which had become complete only in 1939 with Volume IX, played crucial role in the new, codified period of canon law for the good of the day-to-day institutional life of the Church. Many researchers have analyzed the special characteristic of the canonical codification as compared with the earlier, secular tendencies. It is crystal-clear that the ecclesiastical codification—based on the sacred charac-

³⁰ BÁNK, J., *Serédi bíboros mint jogtudós*, 89.

³¹ BÁNK, J., *Serédi bíboros mint jogtudós*, 89.

³² BÁNK, J., *Serédi bíboros mint jogtudós*, 92.

ter of the regulated fields of the canonical system—had made unique this codification, because the insertion of the Church' ecclesiological complexity into the system, method, and thematically organization of the old law which has been transformed into an applicable form in general. Within this process Justinian Serédi's work was indispensable, and without his heroic achievement and personal contribution we could not have in this form the Pius-Benedict Code. It could be worthy and essential for understanding his work in the first codification, to publish in annotated form his afore-mentioned Diary.

LA MITEZZA QUALE PARADIGMA DELLA POTESTÀ DI GOVERNO NELLA CHIESA

Ilaria Zuanazzi*

SOMMARIO: 1. Lo sviluppo storico della concezione della potestà nella Chiesa. 1.1. Dal *ministerium* alla *potestas iurisdictionis*. 2.1. La *potestas* qualificata come *servitium*. – 2. Il paradigma della mitezza nella revisione della funzione di governo.

1. LO SVILUPPO STORICO DELLA CONCEZIONE DELLA POTESTÀ NELLA CHIESA

La nozione e la regolamentazione della potestà di governo nella Chiesa sono frutto di una progressiva evoluzione storica, nel corso della quale concetti, categorie e istituti tratti dall'esperienza giuridica di altri ordinamenti sono stati applicati all'organizzazione sociale ecclesiale, giungendo ad essere adattati alle esigenze peculiari della comunità cristiana e ai principi specifici che ispirano la *plantatio Ecclesiae*. Per quanto concerne propriamente la potestà di governo, questo sviluppo diacronico può essere sinteticamente distinto in due fasi fondamentali: la prima vede un processo di traduzione dell'originale *ministerium* nel paradigma giuridico della *potestas iurisdictionis*; la seconda segna un movimento inverso di parziale ritorno al paradigma evangelico della logica di servizio.

1.1. Dal *ministerium* alla *potestas iurisdictionis*

Nelle fonti del Nuovo Testamento le funzioni svolte da chi riveste un incarico all'interno della comunità ecclesiale, comprese le competenze di guida e di direzione apicale, sono chiamate generalmente con locuzioni che esprimono il significato di "servizio". Siffatta terminologia evidenzia la struttura intrinsecamente diaconale che si attribuiva agli uffici diretti ad attuare la missione evangelica, improntata sul modello del comportamento e dell'insegnamento di Cristo. La *diakonía* risulta pertanto il paradigma emblematico del modo in cui le

* Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

funzioni di governo erano intese ed esercitate nei primi secoli di vita cristiana¹. Molto raramente, invece, si ritrovano espressioni che richiamano situazioni di potere riferite ai discepoli di Cristo e principalmente si fa riferimento in senso lato a poteri di natura spirituale, come le facoltà di esorcizzare i demoni o di guarire i malati². Quasi inesistenti sono invece i richiami espliciti a un potere di governo sociale. Anzi, in merito è interessante notare come i passi evangelici che solitamente vengono citati per giustificare e fondare il mandato agli Apostoli non contengano affatto la parola *exousia* o *potestas* in rapporto ai discepoli³. Titolare del potere, come espressione dell'onnipotenza di Dio, è solo Gesù⁴: agli Apostoli non risulta attribuito esplicitamente alcuna attribuzione potestativa, ma, piuttosto, con l'elargizione dello Spirito, partecipano alla Sua *virtus* e sono resi capaci di testimoniare in forma autentica il disegno divino di salvezza.

A *fortiori* si deve ritenere che la funzione di direzione nella Chiesa non abbia lo stesso valore della nozione di potere delle autorità secolari, solo che si richiamino le parole stesse di Gesù che sottolineano il diverso modo di intendere le posizioni di superiorità tra i suoi discepoli rispetto ai modelli di governo vigenti nelle organizzazioni politiche temporali: se in queste l'autorità viene svolta alla stregua di un dominio, con l'esercizio del potere di sottomissione delle persone, il paradigma evangelico vede nel primo "colui che serve", sull'esempio di Cristo "venuto per servire, non per essere servito"⁵.

Nei secoli e nelle fonti successive, tuttavia, lo sforzo di tradurre i principi in regole concrete di comportamento e di organizzazione, per disciplinare l'esercizio delle funzioni di governo in un sistema istituzionale che diveniva gradualmente più esteso e complesso, ha condotto ad applicare nozioni e categorie di potere tratte dagli ordinamenti politici secolari. È soprattutto l'esperienza dell'amministrazione imperiale romana a fornire gli strumenti tecnico-giuridici per ordinare e perfezionare la disciplina istituzionale degli uffici e delle competenze di governo. Così, in forma progressivamente più estensiva e definita, si ricorre ai termini di *auctoritas* e di *potestas*, con il patrimonio epistemologico, concettuale e disciplinare ad essi sotteso, per designare le funzioni di governo della Chiesa⁶.

¹ 1Cor 4, 1-2; 2Cor 6, 4-6; 1Pt 5, 3.

² Mc 6, 7; Lc 9, 1.

³ Si vedano i brani che riportano il discorso di commiato prima dell'Ascensione (Mt 28, 18-20; At 1, 7-8) e i passi in cui sono conferite a Pietro le *claves regni coelorum* (Mt 16, 19; Mt 18, 18; Gv 20,22).

⁴ Mt 28, 18.

⁵ Mt 20, 24-28. L'insegnamento viene riportato anche in Mc 10, 42-45; Lc 22, 25-26.

⁶ Leone Magno definisce la posizione primaziale del romano pontefice "*plenitudo potestatis*" (lettera del 466 al Vescovo Anastasio di Tessalonica, Ep.14, in PL 57, p. 671), mentre Gregorio Magno

In epoca classica la nozione di *iurisdictio* diviene il paradigma unitario per rappresentare ogni posizione di potere connessa alla titolarità di funzioni di governo, usato in modo analogo dai civilisti e dai canonisti, secondo l'accezione consolidata nelle costituzioni imperiali di Giustiniano⁷. La definizione della natura e dei caratteri essenziali di questo potere, infatti, viene elaborata dai glossatori sulla base del lessema giustiniano⁸ e tale concettualizzazione viene recepita in ambito canonistico⁹ e applicata, a seguito della raggiunta distinzione dalle competenze connesse all'*ordo sacer*, al complesso di poteri che rientrano nella dimensione giuridica di governo della comunità ecclesiale. La *potestas regiminis* della Chiesa viene pertanto configurata alla stregua di ogni altro potere di governo degli ordinamenti secolari: una *potestas publica*, che si fonda su di un rapporto diseguale tra chi è superiore, da un lato, e chi è sottomesso, dall'altro; una *potestas* dotata di *imperium*, cioè forza di imposizione, e di *coactio*, cioè forza di costrizione.

Lo sviluppo storico successivo giunge persino a rafforzare il rapporto di assimilazione del potere di governo ecclesiale al governo secolare, in concomitanza con una graduale involuzione in senso autoritaristico della nozione di *iurisdictio*, per il prevalere di orientamenti volontaristici e normativistici che portano a superare il paradigma classico di *iudicare* o *aequitatem statuere* e ad affermare il potere dispositivo di *ius statuere* del *conditor legis*. Emerge pertanto un modo nuovo di concepire il potere di governo, comune agli ordinamenti secolari, che induce a ritenere il comando impositivo di una *regula iuris* giustificato in forza dell'espressione di volontà soggettiva dell'autorità legittimamente costituita, piuttosto che per la conformità oggettiva a un ordine razionale di giustizia.

La tendenza autoritaristica risulta ancora più accentuata dalle strategie di risposta della Chiesa ai diversi attacchi che da più fronti erano mossi alla legittimità dell'istituzione gerarchica, da parte della Riforma protestante, e alla *libertas Ecclesiae*, da parte delle politiche giurisdizionalistiche degli Stati

usa la locuzione "*potestas iurisdictionis*" per indicare complessivamente le competenze del vescovo metropolitano (lettera del 592 al Vescovo Giovanni di Larissa, *Ep.* 7, in PL 77, pp. 609-611).

⁷ Il termine *iurisdictio* aveva ampliato la sua valenza semantica rispetto all'originario *ius dicere* e aveva acquisito un significato comprensivo di ogni "*potestas publica regendi communitatem*". Si veda l'applicazione della nozione alle prerogative delle autorità ecclesiastiche in *Novella 131*, cap. 3.

⁸ La prima concettualizzazione data da Irnerio: «*iurisdictio est potestas cum necessitate iuris scilicet reddendi equitatisque statuendae*» (*Glossa ad D., de iurisdictione*, 2, 1, ad rubr.) viene precisata da Rogerio (*Summa Codicis, de iurisd. omnium iudicum*, 2 [III, 7 (13)] e ripresa da Azzone (*Summa Codicis, de iurisd. omnium iud.* (III, 13),1) e dalla *Glossa* di Accursio (*ad D.* 2, 1,1).

⁹ La definizione viene ripetuta dall'OSTIENSE: «*Est autem iurisdictio potestas de publico introducta, cum necessitate iuris dicendi, et aequitatis statuendae secundum Azonem*» (*Summa, I de foro competenti, § qualiter distinguatur*, n. 16, in *fin.*).

assoluti, che portano a un maggiore rafforzamento e accentramento del potere al proprio interno. Sul piano dottrinale, il sostegno apologetico *ad intra* e *ad extra* dell'ordinamento della Chiesa viene offerto dall'elaborazione della disciplina dello *ius publicum ecclesiasticum*, che utilizza i concetti e la terminologia della cultura giuridica dell'epoca in merito alla sovranità dello Stato allo scopo di dimostrare la parità della Chiesa quale *societas iuridice perfecta*, dotata di una *potestas iurisdictionis sive imperium* assimilabile a quella degli ordinamenti secolari.

Gli esiti di questo sviluppo storico sono recepiti nel codice piano benedettino del 1917. Nel testo legislativo non si trova una definizione di *potestas iurisdictionis seu regiminis*, ma il can. 196 riconosce la sua sussistenza nella Chiesa "*ex divina institutione*". Si lascia dunque implicita e presupposta una nozione di potere di governo che gli interpreti sono concordi nel ricondurre agli stessi termini con cui era stata descritta dalla scienza canonistica in epoca classica, con le accentuazioni autoritaristiche impresse dalla dottrina successiva: «*potestas publica legitimi superioris, a Christo vel ab Ecclesia per canonicam missionem concessa, regendi baptizatos in ordine ad salutem aeternam*»¹⁰.

1.2. *La potestas qualificata come servitium*

La svolta del concilio ecumenico Vaticano II sembra ricondurre la concezione del potere di governo ecclesiale all'insegnamento evangelico. La riflessione sinodale, infatti, sottolinea come la funzione dell'autorità, al pari di ogni altro ministero, debba conformarsi al modello della missione di salvezza di Cristo, venuto sulla terra a servire e non a essere servito¹¹. Anche nella revisione del codice latino, la qualificazione dell'autorità e del potere come un servizio a favore della comunità viene indicata come un principio fondamentale che ha ispirato il nuovo testo normativo¹². Ma, nonostante queste premesse, il paradigma del servizio non ha inciso sostanzialmente sulla configurazione della *potestas regiminis seu iurisdictionis* nella disciplina normativa.

Il termine *servitium* viene menzionato in vari canoni ma con significato generico, mentre non risulta considerato direttamente nella regolamentazione specifica delle attribuzioni e del modo di esercizio della *potestas regiminis*. La

¹⁰ F. MAROTO, *Institutiones iuris canonici*, I, Romae 1921, p. 661, n. 573.

¹¹ Costituzione pastorale *Gaudium et spes*, n. 3; Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, nn. 18 e 24.

¹² Nei *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant* (n. 6, in *Communicationes*, 1 (1969), 82), nella costituzione di promulgazione *Sacrae disciplinae leges* e nella *prefatio* dello stesso testo legislativo

dottrina, d'altro canto, richiama la logica del servizio, quale principio informatore del sistema, per sottolineare la doverosità funzionale dell'adempimento dei compiti di governo e precisare le conseguenze giuridiche che ne derivano sul piano dei rapporti tra gerarchia e fedeli, ma dà per presupposta una nozione di potere che risulta identica a quella elaborata nella tradizione risalente.

La concettualizzazione della *potestas* presupposta dal codice e condivisa dalla dottrina corrisponde, in definitiva, con la nozione classica di *iurisdictio*, vale a dire di un potere pubblico, che presuppone un rapporto di superiorità gerarchica; un potere che usa strumenti tecnico-giuridici non solo vincolanti, ossia che incidono sulla sfera soggettiva, ma anche imperativi, vale a dire che impongono autoritativamente e unilateralmente determinati comportamenti o adempimenti, e talvolta pure coercitivi, in grado cioè di garantire l'esecuzione forzosa o coattiva nei confronti dei renitenti. Come si vede, il paradigma della *potestas* non è cambiato dal vecchio al nuovo codice.

Se non viene rivisto il modo di concepire la *potestas*, il richiamo alla logica del servizio non riesce a incidere sulla struttura interna delle competenze, né sulle modalità di esercizio che restano, appunto, atti potestativi. Resta quindi insanabile la *contradictio in adiecto*, ossia il ricorrere a poteri imperativi e coercitivi, che operano secondo una dinamica di superiorità gerarchica, per attuare una funzione che si reputa servente, ossia dipendente dagli interessi che si devono curare.

2. IL PARADIGMA DELLA MITEZZA NELLA REVISIONE DELLA FUNZIONE DI GOVERNO

Nel senso di rivedere la concezione della potestà di governo nella Chiesa si possono leggere alcuni interventi del pontefice Francesco che sollecitano all'uso delle virtù della mitezza e della misericordia nell'esercizio dei poteri di governo¹³. Entrambe sono virtù evangeliche che si ispirano alla *caritas christiana* e che concorrono a formare l'*aequitas canonica*, intesa quale ordinazione fondamentale dell'ordinamento giuridico a rendere la *regula iuris* più giusta, umana, adeguata alle circostanze di persone, di cose e di luoghi, in modo che la disposizione del caso concreto corrisponda più pienamente alle esigenze delle

¹³ Si possono ricordare i discorsi sulle beatitudini come guida per il cammino della vita cristiana, quale perfezione della nuova legge (*Il navigatore e i quattro guai*, meditazione mattutina, 6 giugno 2016) e in particolare sulla misericordia (*Giustizia con misericordia*, meditazione mattutina, 24 febbraio 2017) e sulla mitezza (*Elogio della mitezza*, meditazione mattutina, 9 aprile 2013; *Angelus*, 18 agosto 2013; *Omelia*, Santa Messa nello Swedbank Stadion a Malmö, 1 novembre 2016). Tutti i discorsi di papa Francesco si trovano sul sito www.vatican.va.

persone coinvolte e sia maggiormente efficace nel promuovere il fine supremo di salvezza. Tuttavia, mitezza e misericordia non sono da considerare al pari di sinonimi, dato che corrispondono a due virtù distinte, che riguardano diverse esigenze di orientamento al bene e si esprimono in atteggiamenti differenti. Anche nel testo evangelico, pur se correlate e complementari, sono trattate separatamente come vie che portano a distinte beatitudini¹⁴. Si può pertanto ritenere che misericordia e mitezza incidano diversamente nell'esercizio del potere di governo della Chiesa, per far sì che corrisponda al disegno divino.

Nell'impostazione classica della scienza canonistica, la giustizia equitativa del caso concreto viene ricercata nella dialettica tra *rigor iuris* e *dispensatio misericordiae*, ossia nel temperare e bilanciare norme rigorose e norme aperte alla *relaxatio iuris*. Se la misericordia è la virtù che ispira disposizioni più elastiche e flessibili, che possono derogare ai limiti della norma positiva e dello stretto dovuto, per adeguare il diritto alle circostanze specifiche della fattispecie reale, la mitezza è la virtù che dispone a perseguire la *caritas evangelica* anche nelle disposizioni ispirate al *rigor iuris*, in quanto devono comunque promuovere il bene delle persone.

Secondo una lettura cristiana, ispirata al modello evangelico di Gesù di Nazareth¹⁵, la mitezza è la virtù di chi rinuncia alla violenza, non si lascia trascinare dall'ira, non risponde alle offese e alla prepotenza con la violenza, ma confida in Dio e nel Suo amore, che prevalgono sul male. Il mite, pertanto, è colui che contrasta il male, senza cedere alla logica del mondo basata sui rapporti di potere; è colui che vive secondo lo spirito e si conforma allo stile dell'amore di Dio, un atteggiamento di benevolenza che persegue sempre il bene delle persone¹⁶.

La mitezza appare quindi il modo di manifestarsi della "potenza" di Dio, una potenza che non opera secondo dinamismi di forza, ma secondo la logica della verità nella carità. A questa stessa logica si deve conformare il ministero del servo del Signore, sia nella vita individuale, sia nello svolgimento delle funzioni di governo, esercitando un "potere mite"¹⁷. La mitezza viene così a integrare e perfezionare le virtù della prudenza e della giustizia, per individuare nelle circostanze del caso concreto la soluzione migliore da seguire al fine di realizzare il bene delle persone e della comunità attraverso strumenti e processi

¹⁴ Mt 5, 5; 5, 7.

¹⁵ Mt 11, 29; 5, 38-48; Lc 6, 27-35.

¹⁶ «Mites sunt qui non cedunt improbitatibus et non resistunt malo, sed vincunt in bono malo» (AGOSTINO, *De sermone Domini*, I, 2 in PL 34, p. 1232). La definizione di Agostino è ripresa da TOMMASO D'AQUINO, *Catena in Mt*, cap. 5, *lectio* 2.

¹⁷ Si vedano le istruzioni date da Paolo al discepolo Timoteo sul modo di esercitare l'autorità di vescovo (2Tm 2, 24-26).

di benevolenza che siano testimonianza autentica dell'amore divino. In tal modo la mitezza si manifesta come la virtù che attua la *ratio caritatis* nelle situazioni in cui la salvezza delle anime richiede di adottare misure rigorose, facendo in modo che tali misure promuovano con fermezza l'ordine salvifico non tanto con la forza dell'imposizione e della costrizione, quanto con atteggiamenti che preferiscono il dialogo alla contrapposizione, il convincimento alla condanna¹⁸.

L'invito a rivedere la concezione del ruolo dell'autorità e dell'esercizio del potere di governo nella Chiesa secondo il paradigma della mitezza implica di avviare un processo di rinnovamento che dovrebbe essere inserito in un quadro più ampio di riflessione, per giungere ad assumere un cambio di prospettiva nel modo di intendere la natura e la missione della Chiesa. Per quanto concerne in specifico il potere di governo, sulla scorta dell'insegnamento del papa Francesco si possono sottolineare due attenzioni.

La prima attenzione richiama l'affermazione del pontefice che «il tempo è superiore allo spazio»¹⁹, da intendere nel senso che sia meglio favorire processi di crescita, piuttosto che affermare spazi di potere. Nell'esercizio dell'autorità questo principio induce a preferire procedure miti nella formazione degli atti di governo, che nell'assumere una decisione, nel risolvere un conflitto o nell'emanare una sanzione, prevedano la possibilità più ampia di ascoltare, accogliere, accompagnare le persone e di confrontare e mediare tra le diverse esigenze, per valorizzare la più piena e autentica partecipazione di tutti alla comunione ecclesiale²⁰.

La seconda attenzione, poi, riprende l'insegnamento del pontefice volto a considerare il potere come "discernimento oggettivo" di un piano provvidenziale di salvezza che si svolge secondo il disegno di Dio e le dinamiche della Grazia, non secondo il volere e le forze dell'uomo²¹. Questa concezione implica necessariamente un ridimensionamento del ruolo dell'autorità: a chi è preposto negli uffici di governo, infatti, non si riconosce il potere di imporre unilateralmente comandi e sanzioni secondo la propria arbitraria discrezionalità soggettiva, ma un vero e proprio servizio di custodia e di salvaguardia del piano di salvezza divino che opera al di sopra della disponibilità umana. L'esercizio di tale funzione diaconale si svolge pertanto nel saper valutare e comprendere le manifestazioni dell'economia salvifica nelle diverse situazioni

¹⁸ Significativi in questo senso sono proprio gli insegnamenti evangelici sulla ricerca della riconciliazione (*Mt* 5, 21-25) e sulla *correctio fraterna* (*Mt* 18, 15-16).

¹⁹ Esortazione apostolica *Evangelii gaudium*, 24 novembre 2013, nn. 222-223.

²⁰ L'applicazione del principio richiede quindi di sviluppare le procedure di conciliazione e di mediazione nell'ambito delle strutture ordinate ad applicare il diritto, come nei procedimenti di formazione dei provvedimenti amministrativi e nei processi giudiziari, contenziosi e penali.

²¹ *Discorso ai nuovi Vescovi ordinati nel corso dell'ultimo anno*, 14 settembre 2017.

concrete e nel far crescere l'azione di Dio nel cuore delle persone e nella vita della comunità ecclesiale.

In tal modo si viene ad attuare il precetto evangelico che chiede ai discepoli di adempiere alla funzione di governo non come padroni ma come servitori, testimoni della verità nella carità.

RELAZIONE CONCLUSIVA

Luis Navarro*

SOMMARIO: 1. Premessa d'inquadramento. – 2. L'esigenza di andare oltre il Codice. – 3. La formazione giuridica dei canonisti e la formazione canonistica dei giuristi. – 4. La vocazione universalistica ed esemplare del diritto canonico. – 5. Conclusione.

1. PREMESSA D'INQUADRAMENTO

Il centenario del primo Codice canonico non ha costituito tanto l'occasione o il fine della nostra speculazione quanto lo stimolo o il punto di partenza per un dibattito aperto e integrato nella cultura giuridica attuale¹. L'idea centrale è stata di non proporre uno studio antiquario o reliquiario del *Codex* ma di cercare di esaminare un fenomeno (la codificazione in generale) e i suoi sviluppi epistemologici; molti dei problemi che emersero nella redazione del CIC tra l'altro, in qualche maniera, si sono riproposti in seguito. La codificazione pianobenedettina ha segnato comunque uno snodo essenziale nel diritto canonico e nel dialogo con i sistemi secolari². La nota affermazione secondo cui "il Codice del 1917 nacque vecchio" andrebbe pertanto meglio compresa e ponderata³. Resta probabilmente una questione aperta e insoluta – dipende in buona parte dai punti di vista (ecclesiologico o epistemologico) – se si tratta dell'esito o suggello di una tappa o del consapevole inizio di una nuova fase. Sta di fatto che il modo

* Presidente della Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo.

¹ L'ascendente dell'esperienza giuridica occidentale rischia di trascurare o dimenticare altre realtà, ora, tra l'altro, prepotentemente emergenti, abbiamo perciò parlato di "culture giuridiche" nel senso di diversi patrimoni di conoscenze e criteri di sistemazioni del sapere giuridico, fermo restando, al di là delle diverse declinazione e di una certa specificità dello *ius Ecclesiae*, la supposizione di una cultura giuridica comune dell'umanità da riscoprire e potenziare (si pensi al riconoscimento dei diritti umani).

² Cfr. R. BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Bologna 1990; P. GROSSI, *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in ID., *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano 2013, pp. 247-263; N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Las dos codificaciones canónicas y su lugar en la historia*, in *Folia Theologica et Canonica*, (2013) 159-176.

³ Offre spunti di riflessione interessanti P. GHERRI, *Il primo Codice di diritto canonico: fu vera codificazione?*, in *Apollinaris*, 77 (2003), pp. 827-898.

di intendere e di studiare lo *ius canonicum* è stato profondamente influenzato e condizionato dall'“avvento” del CIC 1917⁴. Al di là dei limiti del testo (ulteriormente ribaditi in apertura dei lavori dal prof. Fantappiè), sono stati decisivi e largamente penalizzanti il contesto e la ricezione dell'opera codificatrice⁵. Mi piace ribadire che l'approccio storico non è una forma di ossequio o rispetto per la monumentale impresa gasparriana, è una necessità ed esigenza di rigore e penetrazione del presente. L'analisi proprio per favorire l'interdisciplinarietà giuridica non poteva ovviamente non considerare le radici della canonistica classica e la genesi dei modelli secolari. La tradizione canonica ha sempre aiutato a comprendere che l'attualità si fonda e radica nella storia e penso che questo Congresso dimostri anzitutto la serietà e fruttuosità del lavoro degli storici.

Lo sguardo si è quindi spostato sulla *contemporaneità* “più prossima” ad indicare le codificazioni vigenti e lo spirito teologico e pastorale che le anima. La svolta ecclesiologica del Concilio Vaticano II ha imposto un vero e proprio cambio di paradigma nell'approccio canonistico che probabilmente attende ancora di essere integrato e completato⁶. Infatti, Papa Francesco nel suo messaggio al nostro congresso, dopo aver ricordato “il passaggio da un'ecclesiologia modellata sul diritto canonico a un diritto canonico conformato all'ecclesiologia”, ha messo in rilievo “l'esigenza che il diritto canonico sia sempre conforme all'ecclesiologia conciliare e si faccia strumento docile ed efficace di traduzione degli insegnamenti del Concilio Vaticano II nella vita quotidiana del popolo di Dio”⁷.

La “novità” dei codici del 1983 e del 1990 è sicuramente programmatica e di impostazione (l'ampio respiro ecclesiologico e comunionale) ma risente ancora di alcune restrizioni o vincoli concettuali (i residui della concezione per stati, una certa visione clericale, l'impianto potestativo, ecc.). Il passaggio dal momento ideativo e propositivo a quello applicativo e analitico-riflessivo d'altronde è sempre complesso e laborioso⁸. L'emersione della *razionalità del*

⁴ Cfr. C. FANTAPPIÈ, *L'insegnamento del diritto canonico in Italia dal Concilio Vaticano I ai codici vigenti*, in *L'insegnamento del diritto canonico*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano 2014, pp. 31-57 (spec. pp. 40-45).

⁵ Cfr. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917 nella dottrina e nell'insegnamento*, in *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, a cura di E. Baura - N. Álvarez de las Asturias - T. Sol, Milano 2017, pp. 71-119.

⁶ L'indicazione fornita da OT 16 è più esigente e impegnativa di quanto sembri.

⁷ FRANCESCO, *Messaggio in occasione del XVI congresso internazionale della Cosocietà Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo*, 30 settembre 2017, in questo volume. Anche in <http://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2017/10/06/0674/01482.html>.

⁸ «In questi tempi successivi alla promulgazione del nuovo Codice di Diritto canonico si sta evidenziando un fenomeno già riscontrato negli anni che hanno fatto seguito al Codice del 1917: il metodo esegetico sta avendo molto spazio nella scienza canonica [...] E questo non mi sembra un

sistema e l'ermeneutica della continuità storica appaiono allora come i pilastri imprescindibili o, piuttosto, le due chiavi di lettura fondamentali (ragione e storia, natura e cultura sono intimamente associate) per la decifrazione e "decodificazione" del diritto⁹. Il codice resta uno strumento umano estremamente utile e pratico, ma limitato e perfettibile, da integrare nel più ampio panorama della giustizia ecclesiale. Le tutt'altro che trascurabili innovazioni e trasformazioni in atto (si pensi alla riforma del processo di nullità matrimoniale, al riordino della Curia romana o alla revisione del Libro VI) dimostrano la dinamicità del popolo di Dio e la flessibilità della relativa regolazione¹⁰. La vita e le mutevoli esigenze della realtà ecclesiale precedono insomma le norme e l'ordine costituito. L'esame delle sfide attuali si è appuntato principalmente sulla realizzazione della comunione, sull'armonia tra giustizia e misericordia in materia matrimoniale e familiare e sulla gestione e amministrazione dei beni patrimoniali. Le sfere matrimonial-processuale e patrimoniale attualmente rappresentano sicuramente i due settori di maggior impegno e attenzione della letteratura canonistica. Il riscontro dei principi di fondo del modello canonico (uguaglianza e diversità, unità e pluralismo, universale e particolare e il rapporto tra libertà e gerarchia) costituisce ad ogni modo la vera prova della peculiarità e originalità della compagine ecclesiale. Il ripensamento missionario e sinodale della Chiesa e la conversione delle strutture, ripetutamente additate da Papa Francesco, richiedono al di là di adeguate soluzioni tecniche anche una certa riconformazione mentale da parte degli operatori e degli studiosi¹¹.

Ritengo che l'aspetto più audace e forse più stimolante culturalmente del Congresso sia stata il confronto del diritto canonico con le altre culture religiose e con i diritti secolari. Il dialogo *ad extra* del diritto canonico è stato svolto in prospettiva interconfessionale-interculturale da un canto, e interdisciplinare-ecclesiasticistico dall'altro. La sensibilità ecumenica, interconfessionale e interculturale delle tavole rotonde (rimpiangendo solo l'assenza del dono dell'ubiquità!) è stato un buon antidoto contro la supposizione e la supponenza del monopolio o accentramento giuridico occidentalizzante

dato negativo, anzi potrei aggiungere che è un passo necessario che deve essere fatto dalla scienza canonica. Il primo passo della scienza giuridica è l'esegesi del testo legale. È sempre stato così. Ma sarebbe deprecabile che i canonisti si fermassero all'esegesi. Si tratta di un primo passo, ma è un passo da principiante» (J. HERVADA, *Pensieri di un canonista nell'ora presente*, Venezia 2007, p. 75).

⁹ Cfr. anche C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Torino 2015.

¹⁰ La strumentalità o funzionalità del codice è ben distinta dall'essenzialità del diritto, la frequente confusione tra i due concetti induce al pastoralismo e allo stravolgimento della giustizia.

¹¹ Cfr. in generale FRANCESCO, es. ap. post-sinodale *Evangelii gaudium*, 24 novembre 2013; M. VENTURA, *Di fronte al magistero del Papa. La responsabilità del giurista*, in *L'Osservatore Romano*, 13-14 dicembre 2016.

e latinizzante assorbente e uno stimolo allo scambio e alla comparazione¹². Il centenario della prima codificazione canonica non poteva non considerare insieme all'*humus* ideologico e al terreno di coltura dei codici l'evoluzione della concezione del diritto secolare, avendo presente non in ultimo la crisi o il tramonto dell'ideale codificatorio che interessa sempre più legislazioni statuali¹³. In molti ordinamenti giuridici il modello dei codici è ritenuto ormai superato o insufficiente, sarebbe pertanto fuori luogo e fuori tempo arroccarsi in una mentalità codicistica chiusa e ristretta. La codificazione ha rotto in parte lo "splendido isolamento" dello *ius canonicum* e lo ha avvicinato alle categorie dei giuristi civili o secolari. Lo scambio e il confronto tra canonisti e civilisti rimane tuttavia uno degli aspetti più critici e carenti per quella proficua collaborazione scientifica prima e interordinamentale poi in cui dovrebbe sbocciare il dualismo cristiano. La conoscenza e stima reciproca è la premessa di ogni confronto. Alla ignoranza e diffidenza diffusa si unisce anche la secolarizzazione dominante. Anche in occidente il cristianesimo è passato nel giro di pochi anni da una sorta di egemonia culturale e di indiscussa autorità e riferimento morale a misurarsi con una accesa ostilità ideologica (laicismo) e una accentuata subalternità intellettuale. I contesti secolarizzati, come delineato soprattutto in quest'ultima giornata, mettono dunque duramente alla prova l'identità e la portata del diritto canonico e aprono nuovi scenari di impegno scientifico e civile. La stessa separazione tra canonisti ed ecclesiastici va progressivamente assottigliandosi. La presente strettoia offre comunque al canonista l'opportunità di recuperare la coscienza di essere in primo luogo un giurista, nel senso alto e nobile del termine (cultore della giustizia), ma, per così dire, a tutto campo, e richiamare i "legisti" (così venivano chiamati in epoca classica i giuristi civili e tali rischiano di rimanere asservendosi alla mentalità positivista) alla loro autentica vocazione e missione¹⁴.

La scansione del Congresso ha guardato dunque alla luce dell'esperienza della codificazione, senza eccessivi trionfalismi o compiacenze, al *passato*, al *presente* e alle *prospettive* della scienza canonica. In questa linea mi pare utile puntualizzare con positività e propositività tre aspetti epistemologici legati al senso e all'impostazione di questo consesso forse banali ma che non mi paiono

¹² Interessa l'affermazione del diritto e della giustizia non semplicemente di una tradizione culturale per quanto insigne e significativa.

¹³ Cfr. G. DORIA, *Tecniche giuridiche e codificazione oggi*, in *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, a cura di E. Baura, N. Álvarez de las Asturias, e T. Sol, Milano 2017, pp. 205-214; M. AINIS, *La codificazione del diritto oggettivo. Problemi e prospettive*, in *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Napoli, 1999, pp. 275ss.

¹⁴ Circa la qualificazione e il profilo del giurista nella Chiesa offre spunti significativi P. GHERRI, *Il ruolo ecclesiale del canonista contemporaneo*, in *Apollinaris*, 87 (2014), pp. 81-127.

del tutto scontati: 1) *l'esigenza di andare oltre il Codice*; 2) *la formazione giuridica dei canonisti e la formazione canonistica dei giuristi*; 3) *la vocazione universalistica ed esemplare del diritto canonico*.

2. L'ESIGENZA DI ANDARE OLTRE IL CODICE

È ben nota l'affermazione contrariata attribuita al Gasparri: "quod non est in codice non est in mundo!". Simile asserzione risulta oggi chiaramente esagerata e risibile, ma, per quanto non sia probabilmente mai stata pronunciata dal "padre" del *Codex*¹⁵, non è troppo lontana dallo spirito e dalla mentalità che ha accompagnato la ricezione del testo con una sorta di "deferenza sacrale". Basti pensare alle indicazioni date nell'immediatezza della Sacra Congregazione degli Studi, dei Seminari e delle Università: «[...] ipso Codicis ordine ac titulorum capitumque serie *religiosissime servata*, singulos canones *diligenti explanatione interpretari*»¹⁶. Il limite principale tra l'altro non era tanto nella doverosa fedeltà alla norma, quanto nella preclusione di altri riferimenti e tipi di approcci. Come insegna il Pontefice: «la realtà è superiore all'idea»¹⁷. Il rischio di un'impostazione idealistica e latamente normativistica, sganciata dalla vita e dalla realtà ecclesiale, era allora molto forte e penetrante e, non a caso, ha ingessato e forse schlerotizzato l'ecclesiologia societaria e minato alla lunga la credibilità dello stesso *ius canonicum* (l'accusa di "giuridismo" è stata molto aspra e insistente nel contesto conciliare). Al di là delle positive differenze di metodi e orientamenti, sembra acquisito che il diritto canonico debba andare ben oltre il codice. I tempi e i modi di pensare sono cambiati. Coltivare una pretesa o, addirittura, un ideale di completezza ed esaustività del dettato codiciale si è rivelato inane e fallace. Il codice resta uno strumento importante e utile per compendiare buona parte della disciplina ecclesiastica (e non solo), ma assolutamente insufficiente e incompleto per comprendere la giustizia ecclesiale¹⁸. La Chiesa è forse meno sensibile alla "crisi della codifica-

¹⁵ Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica. II. Il Codex iuris canonici (1917)*, Milano 2008, pp. 906-917 (§ 6. *Il ruolo di Gasparri: autore, redattore o coordinatore?*). L'Autore modera o puntualizza l'affermazione dello stesso Presule: «Dal fin qui detto io deduco una verità certa: il nostro Codice di diritto canonico fu composto in Roma principalmente da me, ma ebbe la collaborazione di tutto l'Episcopato latino».

¹⁶ SACRA CONGREGATIO STUDIORUM SEU DE SEMINARIIS ET UNIVERSITATIBUS STUDIORUM, *decr. Cum novum*, 7 agosto 1917, in *AAS*, 9 (1917), p. 439 (evidenziazione nostra).

¹⁷ FRANCESCO, es. ap. *Evangelii gaudium*, n. 231.

¹⁸ Cfr. anche N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Derecho canónico y codificación: Alcance y límites de la asunción de una técnica, Ius Canonicum*, 51 (2011), pp.105-136 (spec. pp. 129-130).

zione” che interessa la cultura secolare, ma non è per nulla esente o immune dall’esigenza di una prudenza e razionalità che definirei “dinamiche”.

Se il tramonto, non della codificazione in quanto tale ma dell’*utopia codificatoria* (la pretesa di contenere l’intero diritto) è abbastanza assodato, mi pare tuttavia utile precisare, anche per evitare equivoci sminuenti, che il codice non è una semplice raccolta di leggi ma un *tentativo di strutturare organicamente la normativa*. La codificazione è stata una scelta scientemente alternativa alla semplice compilazione o consolidazione delle fonti. Specie in un momento di ampi interventi e rimaneggiamenti sui codici¹⁹, occorre sempre aver presente che l’impianto risponde o traduce un preciso disegno ecclesiologico. Nuovi interventi o adattamenti si inseriscono pertanto, almeno per ora, in un quadro costituzionale già ben definito. Il pregio principale delle attuali codificazioni (quella che è ritenuta la loro indiscussa novità o modernità rispetto all’impostazione del CIC 1917) sta appunto nella chiarezza e lungimiranza della base concettuale che guida l’intervento legislativo (la dottrina conciliare), ciò non esclude ovviamente future acquisizioni o approfondimenti. Lo sforzo di mantenere la coerenza sistematica e la visione d’insieme è quanto mai apprezzabile. Ogni riforma più generale del diritto della Chiesa parte da un principio o da un presupposto strutturale. Il codice del 1983 (e poi il CCEO del 1990), pur con limiti e insufficienze, sembra riuscito a individuare e sintetizzare adeguatamente la centralità del fedele cristiano e la collegialità episcopale. È auspicabile quindi che si salvaguardino e accrescano in primo luogo le potenzialità dell’illuminazione conciliare.

Superato l’acme dello sbandamento antiguridista²⁰, mi sembra che sia tornato un clima più sereno, anche se gli studi canonistici non godono ancora di troppo apprezzamento nell’ambito ecclesiale e ancor meno in quello civile. La penuria di giuristi nella Chiesa peraltro è abbastanza evidente. Come è stato già tante volte sottolineato al di là della bontà delle norme conta la qualità delle persone. La sfida del processo matrimoniale e della giustizia ecclesiale in generale è in primo luogo un problema di preparazione e formazione degli addetti e degli studiosi. L’equiparazione dei giuristi con i semplici operatori giudiziari o amministrativi risulta sminuente ed estremamente penalizzante. La concezione meramente esecutiva e la tecnicizzazione dei procedimenti sono la tomba del vero diritto. Se magari non appariva troppo felice l’assonanza

¹⁹ Basti pensare all’impianto di Papa FRANCESCO, *litterae ap. motu proprio datae* [= m.p.] *Mitis iudex Dominus Iesus*, 15 agosto 2015; ID., m. p. *Mitis et Misericors Iesus*, 15 agosto 2015. L’ultimo intervento che annoveriamo è m.p. *Magnum principium*, 3 settembre 2017, ma altri presumibilmente ne seguiranno.

²⁰ Cfr. J. HERRANZ, *Crisi e rinnovamento del Diritto nella Chiesa*, in ID., *Giustizia e pastoraltà nella missione della Chiesa*, Milano 2011, pp. 95-104.

della stessa costituzione di promulgazione del codice (*Sacrae disciplinae leges*), alla luce delle considerazioni svolte mi pare poco stimolante l'intitolazione del decreto di riforma degli studi *Novo codice*. . . Al di là dell'aspetto nominalistico comunque forse vale la pena avviare una riflessione anche sulla sostanza e l'impatto del provvedimento, come ha cominciato a fare la Congregazione. Può valere forse anche a questo riguardo il richiamo e l'invito del Papa: «*Il tempo è superiore allo spazio [. . .] Dare priorità al tempo significa occuparsi di iniziare processi più che di possedere spazi*»²¹. Solo la pazienza e la laboriosità dell'innescio di processi virtuosi (penso all'investimento nella formazione di giuristi di altro profilo) e l'apertura della mente (anche alle sorprese dello Spirito) supererà il tamponamento delle emergenze e la cronicizzazione delle carenze.

3. LA FORMAZIONE GIURIDICA DEI CANONISTI E LA FORMAZIONE CANONISTICA DEI GIURISTI

La premessa d'obbligo a questa sollecitazione è che il diritto canonico è vero diritto²². L'affermazione rischia di apparire quindi come una tautologia se non se ne comprende il senso e il significato. La formazione canonistica è per definizione giuridica, il buon canonista è pertanto un giurista in senso pieno. Penso però che tra canonisti e giuristi secolari occorre superare definitivamente gli opposti e perniciosi complessi di superiorità o d'inferiorità che spesso condizionano l'apporto "della" e "alla" scienza canonica e imparare a dialogare e collaborare per la comune causa della giustizia. La "accettazione" e il ruolo dei colleghi nelle università civili mi pare, ad esempio, che risultino spesso impervi e sofferti.

La relazione del prof. Landau sull'impostazione del diritto canonico classico ha illustrato magistralmente l'atteggiamento dialogico e comunicativo del diritto della Chiesa *melius* "nella Chiesa"²³. Lo scambio e la sinergia col diritto romano e con il diritto germanico è stato sicuramente un fattore di crescita e maturazione per la scienza canonica²⁴. Al di là della felice esperienza dello *ius commune*, l'elaborazione dei giuristi secolari ha costituito uno stimolo e una

²¹ FRANCESCO, es. ap. *Evangelii gaudium*, nn. 222-223.

²² «Essere canonista è essere giurista. Poiché il diritto canonico è vero diritto, il canonista è un giurista. La sua missione, il suo ufficio, consiste nel determinare e dire il giusto – il diritto – nella Chiesa» (J. HERVADA, *Pensieri di un canonista*. . . , p. 48).

²³ Per la questione concettuale cfr. l'ampio inquadramento di C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa, per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000.

²⁴ Si suole spesso ricondurre la scientificità del diritto canonico o la trattazione organica della disciplina a questo incontro.

spinta costante per la canonistica. La modernità ha spezzato probabilmente la sintonia e la convergenza ma non l'omogeneità concettuale e culturale. Negli ultimi due secoli la situazione tuttavia sembra profondamente mutata: a parte la conflittualità ideologica, è cresciuto anche il divario e la reciproca estraniamento scientifica a detrimento di entrambi. Il *Codex*, almeno nella sua idealità e ispirazione (pensando alla scelta del metodo delle istituzioni), cercando di salvaguardare l'identità e di scongiurare derive razionalistiche, ha rappresentato un ponte verso la cultura moderna, salvo poi a chiudersi nelle strettoie dell'esegesi. Con molta rapidità e approssimazione ho riportato alcuni passaggi storici solo per auspicare una sorta di "ritorno alle origini", ovviamente su basi e in un contesto molto diverso.

Il canonista non penso arrivi alla sua *pienezza e completezza formativa*, se non conosce e, peggio ancora, se disprezza le categorie della modernità o post-modernità giuridica, per quanto possano avere evidenti limiti o insufficienze (basti pensare per esempio all'influenza del positivismo e del pragmatismo²⁵). Non si tratta necessariamente di compiere anche studi civili ma di avere un minimo di conoscenze e di aggiornamento (compito ahimè tutt'altro che agevole nella "bulimia legislativa" contemporanea) e, soprattutto, di "aprirsi" anche alle discussioni e acquisizioni della scienza secolare (si pensi ai principi della partecipazione, della responsabilità o della trasparenza nel settore amministrativo, cui pure si è fatto cenno in questi giorni). L'arte del giurista (dare a ciascuno il suo) è infatti univoca e convergente a prescindere dagli ambiti e dei criteri di regolazione. Più delle conoscenze conta il saper ragionare e cogliere le autentiche esigenze di giustizia. Quello che ho definito lo "splendido isolamento" del diritto canonico nasceva, oltre che dalla compiacenza e pretenziosa sufficienza, da un comprensibile atteggiamento di diffidenza e difesa verso il liberalismo e giurisdizionalismo, ma non appare certo sostenibile e proficuo attualmente. Ho già accennato alla crescente estensione degli aspetti ecclesiasticistici nel diritto canonico (se ne è parlato in quest'ultima giornata). L'interdipendenza e le connessioni rendono sempre più necessario che il canonista conosca e dialoghi con i colleghi civilisti. La sensibilità richiesta non è tanto tecnica e normativa quanto concettuale e culturale.

Se la scienza giuridica secolare può fornire stimoli e apporti alla scienza canonica, soprattutto a livello di metodi e di strumenti (la ricerca e l'affinamento degli strumenti garantistici e formali è sicuramente maggiore), la scienza canonica sembra più sensibile e attenta alla sostanza ed effettività della relazione

²⁵ Cfr. O. DE BERTOLIS, *L'ellisse giuridica. Un percorso nella filosofia del diritto tra classico e moderno*, Padova 2011.

di giustizia²⁶. Il collegamento del diritto con la verità dell'uomo è assodato e coltivato nell'ambito canonico ma sembra spesso ignorato o smarrito nel settore civile. La formazione canonistica dei giuristi è pertanto un'emergenza educativa ancora più delicata e importante, a maggior ragione perché non avvertita e sentita²⁷. Al di là del peso e valore della tradizione nell'esperienza giuridica, la soppressione delle cattedre e, in generale, l'eliminazione dell'insegnamento del diritto canonico dalle università civili, purtroppo già pesantemente in atto, è una grave perdita per la cultura giuridica universale²⁸. L'accento epistemico tipico dello *ius* ecclesiale (quasi come se fosse l'ultimo custode o baluardo della concezione classica: greco-romano-scolastica) evita inoltre l'asservimento alla politica, e talora alla stessa economia, che condiziona i sistemi statuali²⁹. Lo studio del diritto canonico sviluppa insomma l'*autonomia intellettuale del giurista*³⁰. Fermo restando il pregio della specializzazione e qualificazione settoriale (principio importante per il progresso scientifico del sapere canonico), se la configurazione di civilisti "in senso universale" appare ormai utopica e boriosa³¹, il canonista conserva invece una capacità unificante e complessiva. La formazione canonistica favorisce insomma una visione unitaria e organica del sistema giuridico, altrove tarpata dagli eccessi della regolazione e procedimentalizzazione.

4. LA VOCAZIONE UNIVERSALISTICA ED ESEMPLARE DEL DIRITTO CANONICO

Anche in linea con la formazione canonistica dei giuristi vorrei ribadire infine la *vocazione essenzialmente universalistica del diritto canonico* e il valore di *modello e riferimento per gli ordinamenti secolari*. La globalizzazione ha comportato

²⁶ «L'auspicabile dialogo e scambio culturale e interordinamentale porta dunque a riconoscere la finezza formale e tecnica dell'elaborazione secolare ma anche i limiti strutturali e concettuali del pensiero giuridico contemporaneo» (M. DEL POZZO, *Introduzione alla scienza del diritto costituzionale canonico*, Roma 2015, p. 225).

²⁷ Nella formazione tecnocratica e funzionalistica si finisce col perdere il senso della giustizia e della missione del giurista.

²⁸ G. FELICIANI, *Il diritto canonico nelle università non ecclesiastiche*, in *L'insegnamento del diritto canonico...*, pp. 115-135.

²⁹ «Il paradigma tecnocratico tende ad esercitare il proprio dominio anche sull'economia e sulla politica. L'economia assume ogni sviluppo tecnologico in funzione del profitto, senza prestare attenzione a eventuali conseguenze negative per l'essere umano. La finanza soffoca l'economia reale» (FRANCESCO, lett. enc. *Laudato si'*, 24 maggio 2015, n. 109).

³⁰ L'etichetta di "servo" della legge o del potere è il completo snaturamento dell'identità e funzione del giurista.

³¹ È una conseguenza della "bulimia normativa e regolamentare", cui si accennava, e della talora esasperata complessità e articolazione della dottrina, della prassi e della giurisprudenza relativa.

una evidente crisi delle categorie giuridiche tradizionali e richiederà sempre più la riconformazione della *forma mentis* degli addetti (l'orizzonte del diritto ad esempio si sposta sempre più dalla proprietà all'uso e alla fruizione dei beni³²). L'accentramento autoritativo statale e la sovranità territoriale paiono stravolti e superati dai mutamenti sociali in atto e dalla mobilità umana. Il mondo dell'informazione o dell'economia hanno regole e principi che oltrepassano la logica nazionale. Le tendenze centripete e particolaristiche minacciano peraltro il riconoscimento degli stessi organismi internazionali. L'evoluzione è evidentemente incerta e imponderabile, sarebbe miope e ingenuo non percepire la seria svolta epocale in atto con un cambio di paradigma che probabilmente si sta già producendo nella vita prima che nella teoria e nella normazione. Il *pluricentrismo autonomistico* e una maggior attenzione all'*ascrizione personale* sembrano ad esempio criteri più confacenti alla società policulturale e multietnica attuale e futura dell'organizzazione centralistica monopolistica. Gli statuti personali e i modelli confessionali sono destinati a esercitare un'influenza crescente, se non assorbente³³.

L'insufficienza del modello statale porta quindi a guardare ad altre forme di socialità e strutturazione civile. Il sistema canonico, al di là della sua conclamata ascendenza giuridica³⁴, costituisce ancora la compagine umana più numerosa e coesa del pianeta. L'utilità del riferimento non deriva tanto dai numeri o dalla solidità dell'impianto istituzionale³⁵, legato in buona parte alla sua matrice misterica e trascendente, quanto dalla qualità e caratteristiche della sua costituzione. Il principio di organizzazione comunitario (unità nella varietà) e la dialettica universale-particolare, sviscerati dal prof. Otaduy³⁶, consentono di compaginare armonicamente e singolarmente autorità e libertà, rapporto che rappresenta il dilemma storico fondamentale di ogni collettività. L'assoluta peculiarità e originalità della dimensione giuridica del *mysterium Ecclesiae*, derivante appunto dalla fonte divina, non è una remora per coglierne il valore e l'efficacia rappresentativa ed esemplare, il piano di salvezza si

³² Per i nuovi fenomeni economici e le relative dinamiche giuridiche, cfr. ad es. T. TRUA, *Sharing Economy. L'economia della condivisione*, Bologna 2016; A. ALONGI - F. POMPEI, *Conversione digitale*, Roma 2016; E. MOSTACCI - A. SOMMA, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano 2016.

³³ Si può in parte pensare ad esempio al modello di integrazione confessionale libanese.

³⁴ Cfr. anche P. G. MUCCI, *La Chiesa come società giuridicamente perfetta*, in *Ius Ecclesiae*, 29 (2017), pp. 413-420, che, anche in sintonia con N.P. GUIDI, *La Iglesia como «societas iuridice perfecta». Vigencia, alcance y limites de la expresión histórico canónica. Aproximación histórico canónica y desde el derecho internacional*, Roma 2015, sostiene che si tratti di «Una formula vera ma limitata» (p. 416).

³⁵ L'ampio riconoscimento internazionale e diplomatico della Santa Sede è garanzia della sua capacità di interazione alla pari con altri ordinamenti giuridici primari.

³⁶ J. OTADUY, *Uguaglianza e diversità, unità e pluralismo, universale e particolare: il diritto canonico alla prova* (Relazione del 6 ottobre 2017).

attua nella storia attraverso il concorso degli uomini. Al di là delle istanze e prospettive ecumeniche, la *communio ecclesiarum* (la coesistenza di numerose Chiese nella comunione cattolica) offre un prototipo significativo e stimolante di cooperazione istituzionale nel rispetto e nella libertà.

Il diritto canonico si caratterizza quindi per la sua flessibilità e l'apertura e per la congenita capacità integrativa. Se l'universalità è un dato incontrovertibile e il decentramento un criterio variabile e integrabile storicamente, l'*esemplarità* è un valore da verificare e misurare costantemente. Fondandosi l'amore e la misericordia, come è stato ripetutamente qui ricordato, sulla giustizia, l'ordine della carità aspira a presentarsi come *speculum iustitiae* anche per esercitare coerentemente la sua funzione magisteriale ed esortativa³⁷. L'insidia ci pare derivi dal fatto che la pretesa carismatica o una falsa solerzia pastorale svincolino dall'esigenza (non si tratta di mero rigore) del diritto e inducano a sminuire le forme e le garanzie giuridiche. L'esercizio talora precario e affrettato della giurisdizione e lo stato forse non esaltante della giustizia ecclesiastica (intesa come tutela dei diritti) invitano pertanto a riflettere magari in maniera più fedele la luce della razionalità giuridica. Il confronto con la cultura secolare può fornire anche un riscontro critico alla coerenza del sistema, senza per questo cadere nel logicismo o nel formalismo sterile.

5. CONCLUSIONE

In conclusione non posso sottacere una certa soddisfazione per la partecipazione e i risultati di questi lavori. Ribadisco che la questione epistemologica e segnatamente la formazione dei giuristi (ecclesiali e non) mi paiono le sfide del momento. La penuria di validi canonisti è una grave mancanza per la Chiesa e per la cultura giuridica. In apertura del nostro congresso, il Card. Parolin, Segretario di Stato, segnalava giustamente "la necessità di irrobustire la cultura giuridica in seno alla compagine ecclesiale. Questo non significa necessariamente da parte di tutti una conoscenza precisa del tessuto ordinamentale, cosa che ovviamente compete precipuamente agli studiosi ed operatori del diritto canonico, ma significa piuttosto attivare il sentire profondo per cui il diritto è strumento di giustizia e questa è presupposto dell'amore"³⁸. Una controtten-

³⁷ «Ma il compito della Chiesa, e il merito storico di essa, di proclamare e difendere in ogni luogo e in ogni tempo i diritti fondamentali dell'uomo non la esime, anzi la obbliga ad essere davanti al mondo "speculum iustitiae". La Chiesa ha al riguardo una propria e specifica responsabilità» (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 17 gennaio 1979, in *AAS*, 71 [1979], pp. 422-427).

³⁸ P. PAROLIN, *Discorso inaugurale del XVI congresso internazionale di diritto canonico*, 4 ottobre 2017, in questo volume.

denza alla svalutazione e marginalizzazione della scienza canonica paventata, come in parte già avvenuto con la scuola laica italiana (la storia talvolta è anche fonte di speranza)³⁹, non può che essere affidata a un'autentica *riappropriazione umanistica degli studi giuridici* ma anche alla *qualità* e al *prestigio* dell'elaborazione canonistica⁴⁰. Mi auguro che i contributi di questi giorni e l'impegno futuro vadano in questa direzione.

³⁹ Cfr. S. BERLINGÒ, *Il concetto di diritto canonico nella scuola laica italiana*, in *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, a cura di C.J. Errázuriz M. e L. Navarro, Milano 2000, pp. 47-69; G. FELICIANI, *Esperienze canonistiche nella Università italiana del secolo XX*, in *Id.*, *Le pietre, il ponte e l'arco. Scritti scelti*, Milano 2012, pp. 35-51; C.M.R. REDAELLI, *Il concetto di diritto della Chiesa nella riflessione canonistica tra Concilio e Codice*, Milano 1991.

⁴⁰ Risulta abbastanza provocatorio il saggio A-J. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di F. Di Donato, Napoli 1993.

