



diritto & religioni

Semestrale
Anno VI - n. 2-2011
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

12



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno VI - n. 2-2011
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, F. Facchini
A. Bettetini, G. Lo Castro
P. Colella, A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli
G.J. Kaczyński
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro
F. De Gregorio
S. Testa Bappenheim
G. Schiano
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Historia docet: la ricezione della comunità e la giustificazione delle regole matrimoniali e processuali¹

MATTEO NACCI

1. *Introduzione*

Tra le più interessanti sollecitazioni che nell'attuale momento delle ricerche giuridiche propone lo studio del diritto canonico nel contesto dell'*utroque iure*, si trova la sfida di presentare, in termini di testimonianza culturale, i valori dell'esperienza giuridica della Chiesa all'interno della più ampia esperienza giuridica umana. Questa sfida culturale ben può essere sintetizzata riconducendola alla tensione che si racchiude nel rapporto tra *ius* (come dimensione sostanziale che esprime l'aspirazione alla giustizia) e *lex* (come espressione formale ma necessaria alla persona e ai gruppi sociali)². Detta tensione non compete solo alla teoria generale del diritto, né si esaurisce nelle note riflessioni dallo spessore prevalentemente metagiuridico. Compete anche alla storia come approccio specifico all'esperienza di giuridicità concreta, dove la suddetta tensione tra *ius* e *lex* è protagonista di un faticoso cammino rispetto alla giustificazione delle norme formali.

Quello della storia del diritto canonico è un contributo molto ricco

¹ Conferenza tenuta in occasione del XV Incontro di Aggiornamento del Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo (Castellamare del Golfo, Trapani, 14-17 giugno 2011).

² Sul rapporto fra *ius* e *lex* si veda, ad esempio, il dialogo condotto da Guido Alpa a Paolo Grossi nel quale, al momento in cui Alpa chiede al Maestro fiorentino in quali termini si pone la legge rispetto al diritto egli risponde così: «legge e diritto non sono termini e concetti equivalenti, anche se nella nostra modernità continentale lo statalismo imperante ha tentato di farli coincidere. La legge ha in sé, inevitabilmente sempre, quella carica di autoritarità che il diritto non ha e non deve avere. La riduzione moderna – grazie a Dio, appartenente al recente passato – del diritto a legge è consistita in uno scellerato riduzionismo, cioè in un enorme impoverimento: diventando il diritto lo specchio riflettente il potere, si riversavano su di esso tutte le miserie e le vergogne di questo. La voce del diritto perdeva la sua coralità per ridursi ad un solo timbro monistico» [GUIDO ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Laterza, Bari, 2011, 260].

poiché permette di cogliere, in mezzo alla riferita fatica, alcuni valori che oltre ad essere punti fermi per l'ordinamento della Chiesa, possono risultare anche di interesse nella riflessione sulla legittimazione e i limiti di qualsiasi ordinamento³. Sul versante interno, come ordinamento materiale, legittimazione e limiti del diritto canonico discendono dalla pretesa che si ravvisa sin dalla sua nascita, quella cioè di costituire un ordinamento originario, la cui giustificazione risiede nella volontà di assicurare la missione evangelizzatrice e dove la coerenza con l'esperienza che diede origine alla Chiesa, la cosiddetta volontà fondazionale, è criterio strutturante e discriminante nel discernere eventuali sviluppi non legittimi. In tali sforzi, emerse presto la consapevolezza di dover distinguere tra ciò che si ritenne appartenente alla volontà divina sulla Chiesa (il c.d. diritto divino) da ciò che si considerò, altrettanto presto, rimesso alla responsabilità della stessa Chiesa dopo i dovuti discernimenti. Tutta questa esperienza originaria è volta alla missione evangelizzatrice sicché, nella sua condizione di ordinamento anche formale, il principale criterio di legittimazione delle norme canoniche è risultato essere sempre l'efficacia dei suoi contenuti rispetto alle necessità della vita e del sentire della comunità.

Lo studio delle fonti antiche del diritto canonico, nella loro pluralità e varietà (canoni conciliari, decretali pontificie, *capitula episcoporum*)⁴, e la loro inclusione entro un diritto con vocazione universale, mostra che sono state diverse le strategie utilizzate nel corso della storia della Chiesa per eliminare le inevitabili discordanze e contraddizioni tra i contenuti normativi (Sant'Ivo di Chartres⁵,

³ Sul tema della legittimazione e i limiti degli ordinamenti giuridici in rapporto alla ricezione della comunità si consenta il rinvio a MATTEO NACCI, *A recepção da comunidade como critério de legitimação do ordenamento jurídico: a contribuição da história*, in *Suprema Lex. Revista de Direito Canônico*, 1 (2001), 129-151.

⁴ Per uno studio sulle fonti del diritto canonico si veda, *ex multis*, BERTRAND KURTSCHIED – FELIX ANTONIUS WILCHES, *Historia iuris canonici*, I, *Historia fontium et scientiae iuris canonici*, Officium Libri Catholici, Romae, 1943; IVO A. ZEIGER, *Historia iuris canonici*, I, *De historia fontium et scientiae iuris canonici*, apud aedes Universitatis Gregoriana, Romae, 1947; ALPHONSUS MARIA STICKLER S.D.B., *Historia iuris canonici Latini. Institutiones academicae*, I, *Historia fontium*, Pas-Verlag, Taurini, 1950; ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, *Historia del derecho canónico*, I, *El primer milenio*, Calatrava, Salamanca, 1967; JEAN GAUDEMET, *Le sources du droit canonique, VIII-XX siècle. Repères canoniques. Sources occidentales (Droit canonique)*, Editions du Cerf, Paris, 1993; BRIAN EDWIN FERME, *Introduzione alla storia delle fonti del diritto canonico*, I, *Il diritto antico fino al Decretum di Graziano*, Pontificia Università Lateranense, Mursia, 1998; PÉTER ERDŐ, *Storia delle Fonti del Diritto Canonico*, Marcianum Press, Venezia, 2008.

⁵ IVO CARNOTENSIS EPISCOPUS, *Panormia*, in JACQUES PAUL MIGNE (a cura di), *Patrologia Latina* (PL), CLXI, coll. 1039-1344. Cfr. JEAN WERCKMEISTER, *Le premier «canoniste»: Yves de Chartres*, in *Revue de droit canonique*, 47/1 (1997), 53-70.

Algero di Liegi⁶, Pietro Abelardo⁷, Bernoldo di Costanza⁸, Graziano⁹). Ma, ciò che soprattutto mostra lo studio delle fonti del diritto canonico, è che al di là della strategia utilizzata soltanto un nucleo molto ridotto risulta stabile. A tale nucleo si affianca un altro molto più ampio, caratterizzato dalla flessibilità e dall'adattamento alle esigenze della missione e dei fedeli.

In tal senso, senza nulla diminuire al posto prioritario che appartiene ai fondamenti teologici stabili del diritto canonico, la prospettiva culturale che emerge dalla sua evoluzione storica è l'altrettanto imprescindibile esigenza di assicurare l'utilità delle norme ai bisogni della comunità cristiana. In altre parole, ciò che in termini teologici si chiama *sensus fidelium*, in termini giuridici può essere formulato come ricettività comunitaria delle norme. A mio avviso, tale ricettività deve essere considerata un criterio di primo livello nel discernere la legittimità ed efficacia delle norme canoniche; perciò ho pensato di proporre questo criterio, alla luce della storia, poiché lo ritengo una sfida culturale particolarmente insidiosa nei confronti di alcuni aspetti del vigente diritto matrimoniale e processuale canonico.

2. *Il criterio di ricettività delle norme nell'esperienza giuridica antica: il senso della promulgazione*

Può sembrare anacronistico richiamare come valore culturale per l'esperienza giuridica odierna il concetto della ricettività quale criterio di legittimazione. In effetti, è da molto tempo che la legittimità di una norma viene quasi automaticamente accostata alla sua valida promulgazione e vigenza. La storia, però, offre l'opportunità di recuperare, sin dal diritto romano, il senso primitivo che aveva l'atto di promulgazione. A differenza di oggi, dove promulgare una legge significa pubblicarla dopo essere stata creata dal legisla-

⁶ ALGERUS LEODIENSIS, *Liber De misericordia et iustitia*, in PL, CLXXX, coll. 857-968. Cfr. ROBERT KRETZSCHMAR, *Alger von Lüttichs Traktat "De misericordia et iustitia"*, Thorbecke, Sigmaringen, 1985.

⁷ PETRUS ABAELARDUS, *Sic et non*, in PL, CLXXVIII, coll. 1329-1610. Cfr. BLANCHE B. BOYER – RICHARD MCKEON, *Peter Abailard: Sic et non. A critical edition*, University of Chicago Press, Chicago, 1977.

⁸ BERNOLDUS CONSTANTIENTIS, *De excommunicatis vitandis, de reconciliatione lapsorum et de fontibus iuris ecclesiastici*, in PL, CXLVIII, coll. 1231-1236.

⁹ DECRETUM MAGISTRI GRATIANI, in AEMILIUS FRIEDBERG (a cura di), *Corpus iuris canonici*, I, *Pars prior*, Akademische Druck-V. Verlagsanstalt, Graz, 1959. Su Graziano e il *Decretum* si veda, *ex multis*, CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, il Mulino, Bologna, 2003; PÉTER ERDÖ, *op. cit.*, con numerosi riferimenti bibliografici.

tore, in diritto romano promulgare una legge significava proporre al popolo un progetto legislativo: il magistrato che presiedeva l'assemblea proponeva la legge ed era il popolo in essa rappresentato che la accettava. *Lex publica* e *lex privata* nascevano, quindi, da un patto (*conventio*); il che significa che il ruolo dei cittadini romani non era solo eleggere i loro rappresentanti perché fossero gli unici creatori delle leggi; era lo stesso popolo a legiferare, sebbene su proposta del magistrato o del tribuno della plebe al quale spettava convocare i comizi legislativi¹⁰.

Un ulteriore richiamo alla sfida culturale che rappresenta il recupero dell'equilibrio tra promulgazione formale delle leggi e ricettività dei destinatari si ricava, con maggiore chiarezza, dal Decreto di Graziano, quando alla ormai consolidata affermazione secondo cui «*leges instituuntur, cum promulgantur*», il *Magister* aggiunge immediatamente «*firmantur, cum moribus utentium approbantur*»¹¹, chiarendo in seguito che a causa di ciò tante leggi sono state abrogate da consuetudini contrarie¹².

3. *Tratti principali dell'epoca medievale e moderna nel rapporto tra vigenza formale della norma e ricezione della comunità*

I due suaccennati brevi richiami sono sufficienti per passare a presentare, sinteticamente, le tappe dell'evoluzione storico-giuridica che hanno visto il

¹⁰ Nel Diritto romano il concetto di promulgazione della legge si distanziava notevolmente sia da quello dei moderni Stati civili sia da quello dell'ordinamento canonico a causa della differenza strutturale del procedimento di formazione della legge, risultato dell'accordo fra il magistrato proponente e il popolo che accettava la *rogatio* (disegno di legge) compiuta dal magistrato stesso, che prendeva il nome di *promulgatio*. Il disegno di legge, a sua volta, veniva preventivamente approvato in Senato ed affisso in un luogo pubblico affinché il magistrato potesse convocare il popolo per discutere su di esso e giungere, così, alla votazione e alla conseguente proclamazione del risultato, producente l'immediata entrata in vigore della legge. Per ulteriori approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a MARCELINO CABREROS DE ANTA, *Comentarios al Código de Derecho Canonico*, I, La Editorial Católica, Madrid, 1963, 105; ROLF DANNENBRING (trad.), *Roman private law*, Butterworths, Durban, 1965, 21-28; FELICIANO SERRAO, *Legge (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII (1973), 794-850, in part. 826-828.

¹¹ D. IV, C. III, *Dictum Gratiani*, in AEMILIUS FRIEDBERG (a cura di), *Corpus iuris canonici*, I, *Decretum Magistri Gratiani, Decreti Prima Pars*, Akademische Druck-Verlagsanstalt, Graz 1959, 6. Sul concetto di promulgazione della legge e ricettività della stessa nell'ordinamento giuridico canonico in rapporto a Graziano, si veda PATRICK VALDRINI, *La ricezione della legge nel diritto canonico. Pertinenza e significato*, estratto da *Diritto e Religioni*, V (1-2010), 141-159, in part. 142-151.

¹² D. IV, C. III, *Dictum Gratiani*, cit., 6: «*Sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullae leges hodie abrogatae sunt, ita moribus utentium ipsae leges confirmantur. Unde illud Thelespbori Papae (quo decrevit, ut clerici generaliter a quinquagesima a carnibus et deliciis ieiunent) quia moribus utentium approbatum non est, aliter agentes transgressionis reos non arguit*».

riferito equilibrio tra comando giuridico e accettazione comunitaria percorrere un cammino non sempre lineare. La sintesi dell'esperienza giuridica medievale la presento riferendomi a quattro figure significative: Sant'Agostino d'Ipbona, Alberto Magno, San Tommaso d'Aquino e Ugo da San Vittore.

Nella cultura medievale, ogni speculazione giuridica, teologica e filosofica mette in evidenza il binomio 'imperfezione del singolo – perfezione della comunità'. Ciò è chiaro in Sant'Agostino d'Ipbona, il cui pensiero si colloca temporalmente nel V secolo, per il quale la singola creatura si inserisce all'interno di un tessuto sovraordinato, che prescinde dal 'singolo' e che costituisce una realtà perfetta che si sostanzia in un ordine altrettanto perfetto perché formato dall'insieme di più soggetti che volontariamente abbandonano la loro individualità per formare un *corpus* tendente al bene della collettività¹³.

Sul ruolo fondativo della comunità nell'ordinamento giuridico è emblematico il contributo di Alberto Magno, maestro di San Tommaso, secondo il quale la legge è estranea, per quanto concerne la creazione, alla *voluntas principis*; egli afferma, infatti, che essa è una realtà complessa cui concorrono tre soggetti: un soggetto determinante, il *populus*, che la accetta, svolgendo una funzione attiva, e la osserva in quanto promulgata per la sua utilità; il *iurisconsultus*, che redige la legge, dopo averla individuata, mediante tecniche giuridiche adeguate; il *princeps*, il cui ruolo consiste esclusivamente nel conferire autorità formale alla norma¹⁴. Il ruolo del detentore del potere, quindi, è assai modesto, con una funzione che rimane esterna al processo di formazione della norma, all'interno del quale il vescovo domenicano non esita ad inserire 'comunità' e 'scienza giuridica'.

San Tommaso¹⁵, massimo esponente dell'antropologia medievale, presenta

¹³ AURELIUS AUGUSTINUS HIPONENSIS, *Sancti Aurelii Augustini Enarrationes in psalmos CI-CL* (in *Corpus christianorum – Series latina*, XL, pars X, 3), in *psalmum CXLIV*, n. 13: «[...] ista contextio creaturae, ista ordinatissima pulchritudo, ab imis ad summa conscendens, a summis ad ima descendens nusquam interrupta sed dissimilibus temperata».

¹⁴ ALBERTUS MAGNUS, *De bono*, in HENRICUS KÜHLE, CARL FECKES, BERNHARD GEYER, WILHELM KÜBEL (a cura di), *Sancti doctoris Ecclesiae Alberti Magni ordinis fratrum praedicatorum episcopi Opera omnia*, in aedes Aschendorff, Monasterii Westfolorum 1951, Tom. XXVIII, Tract. V, *de justitia*, q. II, *de legibus*, art. I, *quid sit lex*: «lex est constitutio populi per consensum et utilitatem et observationem, iuriconsulti autem est per inventionem et ordinationem, et principis per auctoritatis sanctionem».

¹⁵ Fra le numerose opere monografiche sulla speculazione filosofico-teologica del Santo Dottore della Chiesa si veda, MARTIN GRABMANN, *San Tommaso. Una introduzione alla sua personalità e al suo pensiero*, Vita e Pensiero, Milano, 1920; ANTONIN GILBERT SERTILLANGES, *La philosophie morale de St-Thomas d'Aquin*, F. Alcan, Paris, 1947; CARLO GIACON, *Le grandi tesi del tomismo*, C. Marzorati, Milano, 1948; CARLO GIACON, *Itinerario tomistico*, La goliardica editrice universitaria, Roma, 1983; MAURO LA SPISA, *San Tommaso e il pensiero post-moderno*, Massimo, Milano, 1983; BATTISTA MONDIN, *Il sistema filosofico in Tommaso d'Aquino: per una lettura attuale della filosofia tomista*, Massimo,

il rapporto ‘*unus homo – communitas*’ come un rapporto ‘*imperfectum – perfectum*’¹⁶; é la comunità, nelle sue singole manifestazioni, la sola protagonista di questo impianto teologico-politico-giuridico¹⁷. Nel Medioevo è tangibile

Milano, 1985; AGOSTINO SELVA - TITO S. CENTI (a cura di), *San Tommaso d'Aquino. Compendio di teologia e altri scritti*, UTET, Torino 2010.

¹⁶ S. THOMAS, *Summa Theologiae, Secunda Secundae*, ex officina Christophori Plantini, Antuerpiae 1585, q. 47, art. 10: «[...] Videtur quod prudentia non se extendat ad regimen multitudinis, sed solum ad regimen sui ipsius. Dicit enim philosophus, in V Ethic., quod virtus relata ad bonum commune est iustitia. Sed prudentia differt a iustitia. Ergo prudentia non refertur ad bonum commune. Praeterea, ille videtur esse prudens qui sibi ipsi bonum quaerit et operatur. Sed frequenter illi qui quaerunt bona communia negligunt sua. Ergo non sunt prudentes. Praeterea, prudentia dividitur contra temperantiam et fortitudinem. Sed temperantia et fortitudo videntur dici solum per comparationem ad bonum proprium. Ergo etiam prudentia. Sed contra est quod dominus dicit, Matth. XXIV, quis, putas, est fidelis servus et prudens, quem constituit dominus super familiam suam? Respondeo dicendum quod, sicut philosophus dicit, in VI Ethic., quidam posuerunt quod prudentia non se extendit ad bonum commune, sed solum ad bonum proprium. Et hoc ideo quia existimabant quod non oportet hominem quaerere nisi bonum proprium. Sed haec aestimatio repugnat caritati, quae non quaerit quae sua sunt, ut dicitur I ad Cor. XIII. Unde et apostolus de seipso dicit, I ad Cor. X, non quaerens quod mihi utile sit, sed quod multis, ut salvi fiant. Repugnat etiam rationi rectae, quae hoc iudicat, quod bonum commune sit melius quam bonum unius. Quia igitur ad prudentiam pertinet recte consiliari, iudicare et praecipere de his per quae pervenitur ad debitum finem, manifestum est quod prudentia non solum se habet ad bonum privatum unius hominis, sed etiam ad bonum commune multitudinis. Ad primum ergo dicendum quod philosophus ibi loquitur de virtute morali. Sicut autem omnis virtus moralis relata ad bonum commune dicitur legalis iustitia, ita prudentia relata ad bonum commune vocatur politica, ut sic se habeat politica ad iustitiam legalem, sicut se habet prudentia simpliciter dicta ad virtutem moralem. Ad secundum dicendum quod ille qui quaerit bonum commune multitudinis ex consequenti etiam quaerit bonum suum, propter duo. Primo quidem, quia bonum proprium non potest esse sine bono communi vel familiae vel civitatis aut regni. Unde et maximus Valerius dicit de antiquis Romanis quod malebant esse pauperes in divite imperio quam divites in paupere imperio. Secundo quia, cum homo sit pars domus et civitatis, oportet quod homo consideret quid sit sibi bonum ex hoc quod est prudens circa bonum multitudinis, bona enim dispositio partis accipitur secundum habitudinem ad totum; quia ut Augustinus dicit, in libro Confess., turpis est omnis pars suo toti non congruens. Ad tertium dicendum quod etiam temperantia et fortitudo possunt referri ad bonum commune, unde de actibus earum dantur praecepta legis, ut dicitur in V Ethic. Magis tamen prudentia et iustitia, quae pertinent ad partem rationalem, ad quam directe pertinent communia, sicut ad partem sensitivam pertinent singularia». Si veda, sul punto, PAOLO GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Bari, 1997, 79-80.

¹⁷ S. THOMAS, *Summa Theologiae, Prima Secundae*, q. 90, art. 2: «[...] Videtur quod lex non ordinatur semper ad bonum commune sicut ad finem. Ad legem enim pertinet praecipere et prohibere. Sed praecepta ordinantur ad quaedam singularia bona. Non ergo semper finis legis est bonum commune. Praeterea, lex dirigit hominem ad agendum. Sed actus humani sunt in particularibus. Ergo et lex ad aliquod particulare bonum ordinatur. Praeterea, Isidorus dicit, in libro Etymol., si ratione lex constat, lex erit omne quod ratione constiterit. Sed ratione consistit non solum quod ordinatur ad bonum commune, sed etiam quod ordinatur ad bonum privatum. Ergo lex non ordinatur solum ad bonum commune, sed etiam ad bonum privatum unius. Sed contra est quod Isidorus dicit, in V Etymol., quod lex est nullo privato commoda, sed pro communi utilitate civium conscripta. Respondeo dicendum quod, sicut dictum est, lex pertinet ad id quod est principium humanorum actuum, ex eo quod est regula et mensura. Sicut autem ratio est principium humanorum actuum, ita etiam in ipsa ratione est aliquid quod est principium respectu omnium aliorum. Unde ad hoc oportet quod principaliter et maxime pertineat lex. Primum autem principium in operativis, quorum est ratio practica, est finis ultimus. Est autem ultimus finis humanae vitae felicitas vel beatitudo, ut supra habitum est. Unde oportet quod lex maxime respiciat ordinem

la forte diffidenza nei confronti del singolo e del principe, ed è la comunità il ‘soggetto collettivo’ che incardina la supremazia socio-politico-giuridica. Questa concezione medievale, è rappresentata splendidamente nella celeberrima definizione di *lex* di San Tommaso d’Aquino, sintetizzatore supremo e universalmente riconosciuto del pensiero giuridico medievale: «*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*»¹⁸.

La legge è, quindi, un ordinamento razionale, rivolto al bene comune, promulgato da chi ha il governo della comunità. Il *Doctor angelicus* indica

qui est in beatitudinem. Rursus, cum omnis pars ordinetur ad totum sicut imperfectum ad perfectum; unus autem homo est pars communitatis perfectae; necesse est quod lex proprie respiciat ordinem ad felicitatem communem. Unde et philosophus, in praemissa definitione legalium, mentionem facit et de felicitate et communiione politica. Dicit enim, in V Ethic., quod legalia iusta dicimus factiva et conservativa felicitatis et particularum ipsius, politica communicatione, perfecta enim communitas civitas est, ut dicitur in I Polit. In quolibet autem genere id quod maxime dicitur, est principium aliorum, et alia dicuntur secundum ordinem ad ipsum, sicut ignis, qui est maxime calidus, est causa caliditatis in corporibus mixtis, quae intantum dicuntur calida, inquantum participant de igne. Unde oportet quod, cum lex maxime dicatur secundum ordinem ad bonum commune, quodcumque aliud praeceptum de particulari opere non habeat rationem legis nisi secundum ordinem ad bonum commune. Et ideo omnis lex ad bonum commune ordinatur. Ad primum ergo dicendum quod praeceptum importat applicationem legis ad ea quae ex lege regulantur. Ordo autem ad bonum commune, qui pertinet ad legem, est applicabilis ad singulares fines. Et secundum hoc, etiam de particularibus quibusdam praecepta dantur. Ad secundum dicendum quod operationes quidem sunt in particularibus, sed illa particularia referri possunt ad bonum commune, non quidem communitate generis vel speciei, sed communitate causae finalis, secundum quod bonum commune dicitur finis communis. Ad tertium dicendum quod, sicut nihil constat firmiter secundum rationem speculativam nisi per resolutionem ad prima principia indemonstrabilia, ita firmiter nihil constat per rationem practicam nisi per ordinationem ad ultimum finem, qui est bonum commune. Quod autem hoc modo ratione constat, legis rationem habet».

¹⁸ S. THOMAS, *Summa Theologiae*, Prima Secundae, q. 90, art. 4: «[...] Videtur quod promulgatio non sit de ratione legis. Lex enim naturalis maxime habet rationem legis. Sed lex naturalis non indiget promulgatione. Ergo non est de ratione legis quod promulgetur. Praeterea, ad legem pertinet proprie obligare ad aliquid faciendum vel non faciendum. Sed non solum obligantur ad implendam legem illi coram quibus promulgatur lex, sed etiam alii. Ergo promulgatio non est de ratione legis. Praeterea, obligatio legis extenditur etiam in futurum, quia leges futuris negotiis necessitatem imponunt, ut iura dicunt. Sed promulgatio fit ad praesentes. Ergo promulgatio non est de necessitate legis. Sed contra est quod dicitur in decretis, IV dist., quod leges instituuntur cum promulgantur. Respondeo dicendum quod, sicut dictum est, lex imponitur aliis per modum regulae et mensurae. Regula autem et mensura imponitur per hoc quod applicatur his quae regulantur et mesurantur. Unde ad hoc quod lex virtutem obligandi obtineat, quod est proprium legis, oportet quod applicetur hominibus qui secundum eam regulari debent. Talis autem applicatio fit per hoc quod in notitiam eorum deducitur ex ipsa promulgatione. Unde promulgatio necessaria est ad hoc quod lex habeat suam virtutem. Et sic ex quatuor praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata. Ad primum ergo dicendum quod promulgatio legis naturae est ex hoc ipso quod Deus eam mentibus hominum inseruit naturaliter cognoscendam. Ad secundum dicendum quod illi coram quibus lex non promulgatur, obligantur ad legem servandam, inquantum in eorum notitiam devenit per alios, vel devenire potest, promulgatione facta. Ad tertium dicendum quod promulgatio praesens in futurum extenditur per firmitatem Scripturae, quae quodammodo semper eam promulgat. Unde Isidorus dicit, in II Etymol., quod lex a legendo vocata est, quia scripta est».

l'importante 'ruolo' della comunità quando afferma «*ad bonum commune*», espressione dal pregnante valore finalistico, mancando la quale si avvera l'invalidità del comando giuridico. In tale visione, il ruolo di colui che è preposto alla comunità è molto limitato, poiché ai suoi poteri si assegna una funzione di natura solo dichiarativa e, come conseguenza logica, la componente volitiva e creativa – che si tradurrebbero in un potere di tipo legislativo – è ridotta al minimo, se non inesistente.

San Tommaso, quasi a voler marcare profondamente il ruolo esclusivamente 'ordinatorio' del detentore del potere, a più riprese individua l'*instrumentum ordinationis*, la ragione, consistente in una attività principalmente conoscitiva che mette in evidenza la profonda umiltà con la quale il detentore del potere si muove, in assoluto rispetto, per 'leggere' i dati normativi già iscritti nella 'natura delle cose' e che la società, in quanto primaria fruitrice, utilizza ancor prima di divenire norma giuridica¹⁹.

¹⁹ S. THOMAS, *Summa Theologiae, Prima Secundae*, q. 90, art. 1: «[...] Videtur quod lex non sit aliquid rationis. Dicit enim apostolus, ad Rom. VII, video aliam legem in membris meis, et cetera. Sed nihil quod est rationis, est in membris, quia ratio non utitur organo corporali. Ergo lex non est aliquid rationis. Praeterea, in ratione non est nisi potentia, habitus et actus. Sed lex non est ipsa potentia rationis. Similiter etiam non est aliquis habitus rationis, quia habitus rationis sunt virtutes intellectuales, de quibus supra dictum est. Nec etiam est actus rationis, quia cessante rationis actu, lex cessaret, puta in dormientibus. Ergo lex non est aliquid rationis. Praeterea, lex movet eos qui subiciuntur legi, ad recte agendum. Sed movere ad agendum proprie pertinet ad voluntatem, ut patet ex praemissis. Ergo lex non pertinet ad rationem, sed magis ad voluntatem, secundum quod etiam iurisperitus dicit, quod placuit principi, legis habet vigorem. Sed contra est quod ad legem pertinet praecipere et prohibere. Sed imperare est rationis, ut supra habitum est. Ergo lex est aliquid rationis [...]»; Ivi, q. 91, art. 2: «[...] Videtur quod non sit in nobis aliqua lex naturalis. Sufficiens enim homo gubernatur per legem aeternam, dicit enim Augustinus, in I de Lib. Arb., quod lex aeterna est qua iustum est ut omnia sint ordinatissima. Sed natura non abundat in superfluis, sicut nec deficit in necessariis. Ergo non est aliqua lex homini naturalis. Praeterea, per legem ordinatur homo in suis actibus ad finem, ut supra habitum est. Sed ordinatio humanorum actuum ad finem non est per naturam, sicut accidit in creaturis irrationabilibus, quae solo appetitu naturali agunt propter finem, sed agit homo propter finem per rationem et voluntatem. Ergo non est aliqua lex homini naturalis. Praeterea, quanto aliquis est liberior, tanto minus est sub lege. Sed homo est liberior omnibus animalibus, propter liberum arbitrium, quod prae aliis animalibus habet. Cum igitur alia animalia non subdantur legi naturali, nec homo alicui legi naturali subditur. Sed contra est quod, Rom. II, super illud, cum gentes, quae legem non habent, naturaliter ea quae legis sunt faciunt, dicit Glossa, etsi non habent legem scriptam, habent tamen legem naturalem, qua quilibet intelligit et sibi conscius est quid sit bonum et quid malum. Respondeo dicendum quod, sicut supra dictum est, lex, cum sit regula et mensura, dupliciter potest esse in aliquo, uno modo, sicut in regulante et mensurante; alio modo, sicut in regulato et mensurato, quia in quantum participat aliquid de regula vel mensura, sic regulatur vel mensuratur. Unde cum omnia quae divinae providentiae subduntur, a lege aeterna regentur et mensurentur, ut ex dictis patet; manifestum est quod omnia participant aliquo modo legem aeternam, in quantum scilicet ex impressione eius habent inclinationes in propriis actus et fines. Inter cetera autem rationalis creatura excellentiori quodam modo divinae providentiae subiacet, in quantum et ipsa fit providentiae particeps, sibi ipsi et aliis providens. Unde et in ipsa participatur ratio aeterna, per quam habet naturalem inclinationem ad debitum actum et finem. Et talis participatio legis aeternae in rationali creatura lex naturalis dicitur. Unde cum Psalmista dixisset, sacrificate sacrificium iustitiae,

Un altro punto fermo nello sviluppo del pensiero teologico-filosofico medievale, circa la supremazia della *communitas* sull'*unus homo*, si ritrova nelle argomentazioni di Ugo di San Vittore il quale afferma chiaramente che i singoli beni si manifestano appieno non nei soggetti considerati nella loro individualità, ma nell'ordine gerarchico che costituisce l'*universitas*²⁰.

Inoltre, per giustificare ancora meglio quanto affermato, il filosofo e teologo parigino afferma che la Grazia, anche se opera nei singoli soggetti, trova nella 'unità complessiva' (formata, cioè, da tanti singoli soggetti che rinunciano alla propria individualità per il bene comune superiore) il suo campo di effusione privilegiato. Ne consegue che al di fuori di questa 'unità complessiva' il singolo soggetto non può fruire della Grazia, che invece esplica la sua efficacia in capo al singolo solo ed esclusivamente in quanto membro della *universitas*, cifra caratterizzante e determinante tutto l'ordine giuridico medievale²¹.

Possiamo individuare, quindi, tre principi fondanti l'esperienza giuridica

quasi quibusdam quaerentibus quae sunt iustitiae opera, subiungit, multi dicunt, quis ostendit nobis bona? Cui quaestioni respondens, dicit, signatum est super nos lumen vultus tui, domine, quasi lumen rationis naturalis, quo discernimus quid sit bonum et malum, quod pertinet ad naturalem legem, nihil aliud sit quam impressio divini luminis in nobis. Unde patet quod lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura. Ad primum ergo dicendum quod ratio illa procederet, si lex naturalis esset aliquid diversum a lege aeterna. Non autem est nisi quaedam participatio eius, ut dictum est. Ad secundum dicendum quod omnis operatio, rationis et voluntatis derivatur in nobis ab eo quod est secundum naturam, ut supra habitum est, nam omnis ratiocinatio derivatur a principiis naturaliter notis, et omnis appetitus eorum quae sunt ad finem, derivatur a naturali appetitu ultimi finis. Et sic etiam oportet quod prima directio actuum nostrorum ad finem, fiat per legem naturalem. Ad tertium dicendum quod etiam animalia irrationalia participant rationem aeternam suo modo, sicut et rationalis creatura. Sed quia rationalis creatura participat eam intellectualiter et rationaliter, ideo participatio legis aeternae in creatura rationali proprie lex vocatur, nam lex est aliquid rationis, ut supra dictum est. In creatura autem irrationali non participatur rationaliter, unde non potest dici lex nisi per similitudinem»; Ivi, q. 91, art. 3: «[...] Videtur quod non sit aliqua lex humana. Lex enim naturalis est participatio legis aeternae, ut dictum est. Sed per legem aeternam omnia sunt ordinatissima, ut Augustinus dicit, in I de Lib. Arb. Ergo lex naturalis sufficit ad omnia humana ordinanda. Non est ergo necessarium quod sit aliqua lex humana. Praeterea, lex habet rationem mensurae, ut dictum est. Sed ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso, ut in X Metaphys. dicitur. Ergo ex ratione humana nulla lex procedere potest. Praeterea, mensura debet esse certissima, ut dicitur in X Metaphys. Sed dictamen humanae rationis de rebus gerendis est incertum; secundum illud Sap. IX, cogitationes mortalium timidae, et incertae providentiae nostrae. Ergo ex ratione humana nulla lex procedere potest. Sed contra est quod Augustinus, in I de Lib. Arb., ponit duas leges, unam aeternam et aliam temporalem, quam dicit esse humanam. Respondeo dicendum quod, sicut supra dictum est, lex est quoddam dictamen practicae rationis [...]».

²⁰ HUGO DE S. VICTORE, *Commentariorum in Hierarchiam coelestem S. Dionysii Areopagitae*, in PL, CLXXV, lib. IV, coll. 1003-1004: «Hoc autem diligenter attendendum est, quod non singulis quibusque, sed hierarchiae, id est universitati, bona illa manifestata dicuntur, ita tamen ut a singulis in universitate imitationis studio exercentur, quia gratia ad universos effunditur et in singulis operatur. Extra unitatem nullus illam accipere potest, et in unitate alteri data nulli sufficere potest. Propterea hierarchiae manifestantur ad possibilem imitationem Deum diligentium animarum deducendam».

²¹ *Ibidem*.

medievale: 1) innanzitutto il potere politico non ha progetto totalizzante, né pretende di irretire e controllare il sociale mediante lo strumento ‘legge’²²; il ruolo del detentore del potere non è quello di ‘creatore della legge’ ma di ‘interprete dei fattori sociali’ che si trovano quotidianamente sotto i suoi occhi e nei confronti dei quali deve essere abilmente capace di porsi sul naso gli ‘occhiali della *iurisdictio*’, intesa, quest’ultima, come un *modus operandi* mediante il quale il *princeps* si deve limitare a ‘leggere’ i comportamenti della società degni di tutela e regolamentazione²³; 2) in secondo luogo, la sfiducia nei confronti del singolo operatore è proporzionale al valore acquisito dalla comunità. È in questo senso che si può parlare, senza temere di esagerare, di una *mens* medievale contraria ad ogni individualismo, che vede con grande sfiducia il soggetto in sé e per sé considerato ma che assegna a quest’ultimo, viceversa, una grande importanza in quanto collocato all’interno di un tessuto sociale, assolutamente protettivo ma allo stesso tempo totalizzante²⁴; 3) infine, conseguenza logica del fatto che *ius* e *lex* siano distinti, è che lo *ius* possa essere anche contenuto nel costume o nella consuetudine. Il diritto, cioè, appartiene alla società ancor prima della venuta del potere politico, è l’insieme di quei dati iscritti nella natura delle cose, che costituiscono i *mores* e le *consuetudines*, e che creano l’imprescindibile ‘database’ al quale il detentore del potere politico deve conformarsi²⁵.

²² In questo senso vogliamo mettere in evidenza che in gran parte degli Stati monarchici dell’Europa medievale (Francia, Portogallo, Spagna) sono estremamente rari, se non assenti, gli interventi dei detentori del potere politico. A tal proposito si veda PAOLO GROSSI, *L’ordine, cit.*, 130-135.

²³ Il tema del ‘ruolo’ del potere politico nell’ordinamento giuridico medievale e della sua ‘incompletezza’, nel senso di carenza di ‘vocazione’ totalizzante tesa a controllare ogni forma del sociale è mirabilmente spiegato da Paolo Grossi quando afferma chiaramente che «il medioevo (...) è un terreno storico dove il diritto appare svincolato dall’abbraccio del potere politico, se si eccettua quella porzione del ‘giuridico’ che serve all’esercizio delle supreme potestà e alla salvaguardia dell’ordine pubblico» [GUIDO ALPA (a cura di), *op. cit.*, 259]. Cfr. PAOLO GROSSI, *L’Europa del diritto*, Laterza, Bari, 2007, 11-18; PAOLO GROSSI, *L’ordine, cit.*, 41-52 e 135-144. In questo senso, un esempio ben rappresentativo del compito ‘ordinatorio’ e non ‘creativo’ del detentore del potere politico si trova nella *Lex Visigothorum*, o *Liber iudiciorum*, del 654 d. C., in cui il re Recesvindo si limita a raccogliere i *mores*, già esistenti e provenienti dal tessuto sociale del Regno dei Visigoti, ed a ‘vestirli’ di giuridicità affinché diventino norme giuridiche (in senso contrario, AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, vol. I, Signo, Barcelona, 1992, che identifica il «*monarca como creador del derecho*», 225). Dal carattere meramente ‘ordinatorio’ della funzione del re, nella determinazione di questo testo legislativo, discende la peculiare ‘cifra’ della *lex*, identificata come «*anima totius corporis popularis*» in quanto «*boni mores inveniens adque componens*» (*Monumenta Germaniae Historica-Leges nationum germanicarum*, vol. I, lib. I, tit. II, *De lege*, § II, *Quid sit lex*).

²⁴ Sulla centralità della comunità, nell’ordinamento giuridico medievale, rispetto al ruolo marginale del singolo soggetto in sé considerato, secondo il binomio ‘imperfessione del singolo e perfezione della comunità’, si veda PAOLO GROSSI, *L’ordine, cit.*, 75-80 e 195-201.

²⁵ Ivi, 56-60 e 182-195.

L'ordinamento giuridico medievale – poco sopra delineato – dove il principe appare relativamente indifferente alla creazione del diritto, mentre la comunità svolge un ruolo ontico, muta nel Trecento, quando il singolo si sente 'liberato' dal tessuto, tanto protettivo quanto condizionante, della società: è l'inizio dell'individualismo moderno che investe tanto il settore antropologico quanto quello politico-giuridico²⁶.

Dal punto di vista antropologico, si assiste ad un vero e proprio stravolgimento strutturale consistente nella distruzione violenta di ogni apparato sociale per sostituirlo al singolo soggetto, l'individuo, che in quanto tale è portatore di una volontà propria, capace di relazionarsi senza la *communitas* quale filtro intermedio e, purtroppo, escludente 'l'altro diverso da sé'²⁷.

Questo processo di individualizzazione, momento primo e allo stesso tempo spinta propulsiva dell'epoca moderna, è il frutto della riflessione teologica e filosofica dei secoli XIII e XIV. Ed infatti, nel tentativo di liberare l'uomo dalle 'incrostazioni' medievali, viene minato – sin dalla base – l'impianto filosofico-teologico aristotelico-tomista, caratterizzato dalla costruzione armonica del rapporto triadico Dio/uomo/natura; una costruzione armonica dove l'uomo si rapporta costantemente, con grande umiltà, al creato e da questo è condizionato nei suoi atti conoscitivi.

Dal punto di vista della sfera politica, in un rinnovato panorama in cui l'individuo agisce da sé e per se stesso senza bisogno della 'veste' – tanto protettiva quanto limitante – della *communitas*, si plasmerà un nuovo soggetto politico, il principe, capace di proiettare all'esterno la sua volontà perfettamente costituita e assolutamente incapace di relazionarsi con la comunità. Il *princeps*, quindi, – ed ecco il riflesso della 'mitizzazione' dell'individualismo sul piano giuridico –, comincia a porre la sua attenzione sulla produzione del diritto e, tentando di recidere alla base il pluralismo sociale e giuridico, si appropria del diritto come strumento di governo per fare del suo potere una «puissance absolu et perpétuel», come afferma Jean Bodin, alla fine del Cinquecento, nei *Six livres de la Republique*²⁸.

²⁶ Per una perfetta sintesi della *mens* propria della modernità giuridica si rinvia a PAOLO GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, 26-39.

²⁷ Un esempio della 'nuova' speculazione filosofico-teologica, che investe come un fiume in piena la dimensione antropologica della nascente epoca moderna e che vede l'individuo in posizione di 'dominazione' nei confronti del mondo esterno, si ha con il francescano Pierre de Jean-Olieu il quale, alla metà del Duecento, afferma che la personalità dell'uomo è «*existentia dominativa et libera et in se ipsam possessiva reflexa vel flexibilis*» (PIETRO DI GIOVANNI OLIVI, *Quaestiones in secundum librum Sententiarum, quas primum ad finem codicum edidit*, ex Typ. Collegii S. Bonaventurae, Ad Claras Aquas, Quaracchi, Prope Florentiam, 1924, II, q. 52, 200).

²⁸ JEAN BODIN, *Le six livres de la Republique*, Scientia, Aalen, 1977, 122.

L'epoca moderna rappresenta la mortificazione del pluralismo giuridico e, come conseguenza, l'esaltazione del monismo, in cui il potere politico – identificato in uno Stato sovrano proteso ad annientare le comunità intermedie cariche di norme consuetudinarie e di prassi specifiche – si rispecchia ed opera attraverso la legge, *longa manus* della sua struttura totalizzante ed unificante, e dai contenuti astratti, inelastici e insindacabili.

La legge diventa, quindi, pura esternazione formale, un atto in cui non sarà il contenuto a conferire legittimazione, ma sempre e solo la provenienza dall'unico soggetto detentore del potere politico: il *legislator*. I nuovi ed unici protagonisti del palcoscenico storico, progettati nel 'laboratorio giuridico' del giusnaturalismo²⁹ e liberati dalle 'incrostazioni' medievali, sono l'individuo e lo Stato, entrambi risultato di un medesimo processo, entrambi 'alleati' contro l'ideologia medievale – presente nel tessuto sociale almeno sino alla fine del Cinquecento³⁰ –, la prassi corporativa e il ruolo creativo del giurista.

4. Ricettività comunitaria come sfida dell'esperienza giuridico-canonica attuale

L'esperienza giuridica della Chiesa, obbligata ad incarnarsi nel mondo e a partecipare delle sue vicissitudini, non rimane al margine dei cambiamenti strutturali degli ordinamenti giuridici moderni. Un segno di adeguamento all'evoluzione della maggioranza dei sistemi giuridici è stato l'opera di codificazione con la quale si unificò l'intero diritto della Chiesa in un unico testo

²⁹ Per spiegare lo stravolgimento di prospettiva dal mondo giuridico medievale a quello moderno, Paolo Grossi utilizza la felicissima espressione 'progetto giusnaturalistico', «un progetto – perché dell'impresa progettuale serba il carattere indubbio di struttura pensatissima –, ma anche una strategia – perché non nasconde la sua tensione a irretire la concretezza della vita quotidiana e a farsi prassi; progetto e strategia che si presentano agli occhi dello storico del diritto soprattutto nell'aspetto di un tentativo – ammirevole nella sua perspicuità – di identificare storia, società, istituzioni come artifici opprimenti e di cominciare a costruire *più in là*, in un terreno sgombro da ipoteche, dove l'individuo privato e l'individuo politico si potessero finalmente stagliare nella loro netta individualità. Il programma sembrava essere: astrarre e semplificare; lo strumento: una massiccia destoricizzazione e, conseguentemente, desocializzazione; il risultato: un palcoscenico storico ridotto a due sole individuazioni forti [...] l'individuo solitario e lo Stato» (PAOLO GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, estratto da *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVII (1998), 13-39, in part. 31-32). Sul Giusnaturalismo si veda, *ex multis*, HANS WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vadenhoeck e Ruprecht, Göttingen, 1951; ENRICO DI ROBILANT, *Significato del diritto naturale nell'ordinamento canonico*, Giappichelli, Torino, 1954; LEO STRAUSS, *Diritto naturale e storia* (a cura di Nicola Pierri), N. Pozza, Venezia, 1957; EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIERREZ, *Ius naturae*, 2 voll., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1961; NORBERTO BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972; ALESSANDRO PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980.

³⁰ Si veda, sul punto, PAOLO GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, cit., 36-39.

normativo e con il quale furono ordinate, evitando il più possibile le incoerenze, le norme del *Corpus Iuris Canonici* fino ad allora vigenti³¹.

Pur senza cadere totalmente nel positivismo giuridico, dal punto di vista culturale l'opera di codificazione comportò anche per la Chiesa riporre la legittimazione più immediata delle sue norme e, di conseguenza, la più sicura fonte della loro obbligatorietà nello stesso meccanismo utilizzato dagli Stati moderni: la legittima promulgazione da parte dell'autorità.

Malgrado ciò, la codificazione del diritto canonico non ha comportato la totale scomparsa del ruolo riconosciuto alla comunità quale soggetto detentore di un'importante funzione nel riconoscere la legittimità delle norme. Di ciò sono riflesso non solo la permanenza di alcune fonti giuridiche interne allo stesso ordinamento canonico (la consuetudine)³², ma anche la condotta critica che le interpretazioni dottrinali e l'opera giurisprudenziale dei tribunali delle chiese locali possono promuovere di fronte all'eventuale incongruità di alcune leggi positive o quantomeno di alcune delle loro interpretazioni più uniformi.

³¹ Avvertiamo il lettore che non ci soffermeremo sulla codificazione piano-benedettina rimandando, su questo tema, ai moltissimi studi in merito fra i quali ALPHONSUS MARIA STICKLER S.D.B., *op. cit.*, 371-395; CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, tomo II, *Il codex iuris canonici* (1917), Giuffrè, Milano, 2008. Per quanto riguarda il processo di revisione della legislazione piano e la struttura del codice giovanneo-paolino si veda, fra molti, PAOLO MONETA, *Introduzione al diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2001, 63-67; GIORGIO FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, il Mulino, Bologna, 2002, 38-44; CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, *cit.*, 261-269; LUCIANO MUSSELLI, *Storia del diritto canonico. Introduzione allo studio del diritto e delle istituzioni ecclesiali*, Giappichelli, Torino, 2007, 107-115.

³² La *canonica consuetudo*, come fonte del diritto, era disciplinata nei canoni del Codice piano-benedettino (cann. 25-20) ed è presente sia nel vigente Codice di Diritto Canonico latino (cann. 23-28) sia nel Codice dei Canoni delle Chiese Orientali (cann. 1506-1509). Fra i moltissimi studi sulla consuetudine nel diritto canonico si veda, ALPHONSE VAN HOVE, *Commentarium Lovaniense in codicem iuris canonici, editum a magistris et doctoribus universitatis Lovaniensis*, vol. I, tom. III, *De consuetudine*, H. Dessain, Mechliniae-Romae, 1933, 3-237; PIO FEDELE, *Il problema dell'animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*, Giuffrè, Milano, 1937; GOMMARUS MICHELS, O. F. MIN. CAP., *Normae generales juris canonici, Commentarius libri I codicis iuris canonici*, vol. II, tit. II, *De consuetudine*, Typis societatis S. Joannis Evangelistae Desclée et Socii, Parisiis-Tornaci-Romae, 1949, 1-220; MARIO FORNASARI, *La Consuetudine dalle collezioni canoniche gregoriane all'Ostienese*, in PIO FEDELE (a cura di), *Studi in onore di Marcello Magliocchetti*, vol. II, Officium Libri Catholici, Roma, 1975, 565-600; FRANCISCO JAVIER URRUTIA, S. J., *Reflexiones acerca de la costumbre juridica en la Iglesia*, in AA. VV., *Investigationes theologico-canonicae*, Università Gregoriana Editrice, Roma, 1978, 449-479; FRANCISCO JAVIER URRUTIA, S. J., *De consuetudine canonica novi canones studio proponuntur*, in *Periodica de re morali, canonica, liturgica*, LXX (1981), fasc. 1, 69-103; GIUSEPPE COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Cedam, Padova, 1993; EDUARDO BAURA, *La consuetudine*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Fondazione del diritto. Tipologia e interpretazione della norma canonica*, Edizioni Glossa, Milano, 2001; GIORGIO FELICIANI, *La consuetudine nella codificazione del 1917*, in *Ius Ecclesiae, Rivista internazionale di Diritto Canonico*, XLX 2 (2007), 333-346; PIERO BELLINI, *Tradizione e consuetudine nella esperienza del movimento cristiano principale*, in LUCIO BOVE (a cura di), *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, Jovene Editore, Napoli, 2008, 167-189.

In ogni caso, sarebbe sciocco negare che l'impressione più frequente e abbondante sia di segno opposto, cioè che il ruolo critico della comunità nell'accogliere le norme positive e le interpretazioni di autorità sia secondario, vale a dire non risulti un ruolo intrinseco all'ordinamento giuridico della Chiesa. Per lo storico del diritto, però, è d'obbligo mantenere una prospettiva più equilibrata. In tal senso ritengo che ci siano, nel momento attuale, linee di tendenza volte ad un necessario recupero del protagonismo comunitario di fronte alla quasi esclusiva rilevanza del potere legislativo. Questi segni sono molto evidenti nell'ambito del diritto che si sta formando nell'era della globalizzazione giuridica, dove l'utilità ai soggetti reali della società globale appare il criterio essenziale nella produzione del diritto³³.

In effetti, è ormai abituale ritenere che la globalizzazione a livello giuridico comporti la rottura del monopolio dello Stato sulla produzione del diritto con una conseguente partecipazione di nuovi soggetti, quelli privati, che producono diritto; un diritto le cui norme sono caratterizzate da una spiccata intelligibilità e flessibilità, intese come adattamento creativo alle diverse situazioni che si prospettano nei nuovi e significativi rapporti giuridici. Detto in negativo e applicandolo all'attività giudiziale, il soggetto dell'era globale è quello che non sopporta di dover aspettare tempi biblici per ottenere giustizia, che non è disposto a subire costruzioni giuridiche astratte ed obsolete, che preferisce addirittura altre vie extragiudiziali – ad esempio l'arbitrato³⁴ – per comporre le eventuali controversie.

Ci chiediamo ora che conseguenza possa derivare da questa caratteristica della globalizzazione giuridica per un ordinamento, come quello della Chiesa, dove l'accresciuto nuovo protagonismo della comunità e delle persone, nel

³³ Sulla globalizzazione, in particolare giuridica e sociologica, si veda, *ex multis*, PAOLO GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro italiano*, CXXV (2002), 151-164; SPENCER ZIFCAK (ed.), *Globalisation and the rule of law*, Routledge, London-New York, 2005; MARIA ROSARIA FERRARESE, *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma, 2006; FRANCESCO GALGANO, *I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione*, in *Sociologia del Diritto*, XXX (2003) 7-17; ISABEL TRUJILLO, *Giustizia globale: le nuove frontiere dell'eguaglianza*, il Mulino, Bologna, 2007; SERGIO MAROTTA, *Le nuove feudalità: società e diritto nell'epoca della globalizzazione*, Istituto italiano per gli Studi filosofici, Napoli, 2007; SASKIA SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, Einaudi, Torino, 2008; PAOLO GROSSI, *Il ruolo del giurista, oggi*, excerptum ex *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXVI (2010), XI-XXI, in part. XIX-XXI; VITTORIO COTESTA, *Sociologia del mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2010; JEAN BERNARD AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, L.G.D.J., Paris, 2010.

³⁴ Per una ricostruzione storico-giuridica dell'istituto dell'arbitrato, tenendo in considerazione anche l'ordinamento giuridico canonico, si consenta il rinvio a MATTEO NACCI, *Decidere 'per ragioni': l'arbitrato. Profili storico-giuridici*, in corso di pubblicazione in *Atti della VI Giornata Canonistica Interdisciplinare, Decidere e giudicare nella Chiesa*, Città del Vaticano, Pontificia Università Lateranense (8-9 marzo 2011), ed ivi i riferimenti bibliografici indicati.

regolare i rapporti degni di tutela, sembrerebbe molto in linea con il *sensus fidelium* e la ricettività delle norme. Come abbiamo detto, la storia mostra che questi sono tra i principali contributi culturali della tradizione giuridica canonica. Ora, la sfida della società e della Chiesa dell'era globale rimane immutata ed oserei esprimerla in termini di "fedeltà creativa"; vale a dire, riscatto e valorizzazione del riferito valore culturale permanente ma al tempo stesso ineludibile sforzo della dottrina e degli operatori del foro per rinnovare, con costruzioni giuridiche nuove ed intellegibili, quelle che possono essere obsolete ed incomprensibili per i destinatari dell'attività giudiziale.

In tale ottica, pongo alcune riflessioni aperte a mo' di interrogativi che possono sollecitare gli operatori del diritto e la dottrina in ambito matrimoniale e processuale. In ambito matrimoniale, indico tre questioni potenzialmente obsolete e non facilmente comprensibili per il fedele di oggi.

In una Chiesa che si è tanto sforzata nel purificare la tradizionale idea dell'*ex opere operato* rispetto all'accesso ai sacramenti, dando il giusto rilievo all'importanza dell'*ex opere operantis*, la prima questione è se sia così pacifico affermare (come la più pigra giurisprudenza continua a fare) che tra la dignità sacramentale ed il contratto matrimoniale non vi siano differenze specifiche di sorta. In tal senso, può continuare a dirsi valido il tradizionale schema di Gasparri "*volo matrimonium sed nolo sacramentum*"?³⁵ È davvero così poco rilevante per la validità del patto matrimoniale il positivo rifiuto degli aspetti sacramentali?

Una seconda questione matrimoniale si ravvisa nell'ambito del capitolo delle esclusioni: si può ancora ricorrere pacificamente ed in modo comprensibile per i fedeli alla distinzione tra esclusione del diritto ed esclusione dell'esercizio del diritto? Che diritto si concede quando si esclude l'esercizio del diritto alla fedeltà?³⁶

³⁵ PIETRO GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, Typis polyglottis Vaticanis, Romae, 1932, vol. II, p. 46, n. 827: «*Quod si pars mentali intentione excludat tantum rationem Sacramenti, dicens positive in mente sua: volo matrimonium sed nolo sacramentum, valet matrimonium et est verum sacramentum. Ratio est quia intentio ministri est necessaria ad ritum sacramentalem ponendum (in casu nostro contractum matrimoniale) sed hoc posito, quod ille ritus habeat sacramenti rationem, et effectus sacramentales producat, non pendet ab intentione ministri, sed ab institutione Christi. Quid vero iuris si pars non interpretative tantum, sed positive diceret in mente sua: volo matrimonium sed nolo Sacramentum et si Sacramentum fieret tunc nolo matrimonium, vide n. 907*».

³⁶ Senza entrare nel merito di questioni di diritto matrimoniale canonico che esorbiterebbero dalle specifiche competenze di chi scrive, ciò che vogliamo evidenziare è il fatto che la distinzione tra *ius* ed *exercitium iuris* nell'ambito dell'esclusione del *bonum fidei* e del *bonum prolis* è difficilmente percepibile dal ceto più ampio dei *christifideles*, nonostante gli utili obiettivi che tale distinzione intende perseguire. Cfr. Coram De Iorio, sent. 30 octobris 1963, RRDec., vol. LV, 718-719, n. 5; ANTONI STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem*,

Una terza questione, infine, riguarda i capitoli di nullità dove un difetto di intenzione si riconduce alle cosiddette qualità della persona; mi riferisco soprattutto all'errore e al dolo. Sento ogni tanto insistere ardentemente che questi capitoli sono fruibili solo ed esclusivamente in situazioni in cui il falso giudizio o l'inganno vertano su vere qualità, non invece su fatti o circostanze. È davvero comprensibile, questo, per i fedeli? Si può sbrigativamente giustificare la presunta irrilevanza di certe situazioni di errore e di inganno asserendo che il loro oggetto è desiderato e voluto da tutti?³⁷. Identica situazione si può presentare per alcune norme del diritto processuale canonico. Prescindo da alcune già troppo dibattute, tra le quali occupa un posto di rilievo l'obbligatorietà di ottenere una seconda decisione quando contro la prima non hanno presentato appello nessuna delle parti private e pubbliche (cann. 1682-1683)³⁸. Sappiamo quanto sia delicata la questione, per cui preferisco limitarmi a due dettagli collegati al concetto di giusto processo, di particolare incidenza nella sensibilità giuridica dell'uomo e del fedele dell'età globale. Come si sa, tra le note integranti il concetto di giusto processo, si annovera quella delle garanzie di difesa tecnica e in un adeguato contraddittorio.

In tale prospettiva, il primo interrogativo processuale che propongo è se sia ammissibile una norma come quella che autorizza il giudice, pur in via eccezionale, ad escludere i patroni dagli interrogatori (cann. 1559 e 1678)³⁹.

in *Monitor ecclesiasticus*, CXXII (1997) III-IV, 425-512, in part. 479-485; FRANCESCO CATOZZELLA, *Distinzione tra ius ed exercitium iuris. Evoluzione storica ed applicazione all'esclusione del bonum prolis*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2007; GIUSEPPE SCIACCA, *Bonum fidei*, in AA. VV., *La giurisprudenza della Rota Romana sul consenso matrimoniale (1908-2008)*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2009, 159-173, in part. 167-173.

³⁷ È vero che qualche uditore rotale si sta sforzando per superare questa interpretazione equivoca del concetto 'qualità' non più ricevibile per i fedeli di oggi; per una analisi della giurisprudenza rotale sul punto cfr. DOMENICO TETI, *La nullità del matrimonio per errore sulle qualità della persona: aspetti sostanziali e processuali*, Lateran University Press, Roma, 2006. Ogni tanto, però, continua ad emergere lo scrupolo di non confondere le qualità con disposizioni, circostanze e fatti; a riguardo si vedano gli avvertimenti di GREGOR MCKAY, *Errore sulle qualità della persona. Errore dolosamente provocato: le prove*, in AA.VV., *La prova della nullità matrimoniale secondo la giurisprudenza della Rota Romana*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2011, 196, nota 14.

³⁸ CODEX IURIS CANONICI 1983, can. 1682: «§ 1. *Sententia, quae matrimonii nullitatem primum declaraverit, una cum appellationibus, si quae sint, et ceteris iudicii actis, intra viginti dies a sententiae publicatione ad tribunal appellationis ex officio transmittatur.* § 2. *Si sententia pro matrimonii nullitate prolata sit in primo iudicii gradu, tribunal appellationis, perpensis animadversionibus defensoris vinculi et, si quae sint, etiam partium, suo decreto vel decisionem continenter confirmet vel ad ordinarium examen novi gradus causam admittat*»; can. 1683: «*Si in gradu appellationis novum nullitatis matrimonii caput afferatur, tribunal potest, tamquam in prima instantia, illud admittere et de eo iudicare*».

³⁹ CODEX IURIS CANONICI 1983, can. 1559: «*Examini testium partes assistere nequeunt, nisi iudex, praesertim cum res est de bono privato, eas admittendas censuerit. Assistere tamen possunt earum advocati vel procuratores, nisi iudex propter rerum et personarum adiuncta censuerit secreto esse pro-*

Non è ancor più inammissibile che l'Istruzione *Dignitas Connubii*, allontanandosi dal codice, abbia creato una disparità tra il patrono della parte privata ed il difensore del vincolo impedendo che quest'ultimo possa essere escluso (art. 159, § 1, n. 1)⁴⁰?

Il secondo interrogativo riguarda la pubblicazione degli atti. Fino a che punto è ammissibile che possa il giudice decidere di non pubblicare un atto (can. 1598)⁴¹? Cosa mai sarà questo gravissimo pericolo da evitare con la non pubblicazione, in una cultura in cui ci si muove nell'orizzonte di assumersi ciascuno le responsabilità di ciò che si afferma, soprattutto se si fa in un processo con rilevanza pubblica? Quando mai si potrà dire che rimane integro il diritto alla difesa, come esige la legge, quale condizione per pubblicare un atto?

5. *Riflessioni conclusive*

Non è infrequente considerare – distaccandosi lo scrivente in modo assoluto da questa affermazione – gli studi storici una sorta di 'attività da museo archeologico' o, se si vuole, di esercizio di pura erudizione. Nel caso della storia del diritto tali potenziali limiti non resisterebbero ad un approccio minimamente onesto⁴². Più che in altri settori, nel caso del diritto la storia è vera

cedendum»; can. 1678: «§ 1. Defensori vinculi, partium patronis et, si in iudicio sit, etiam promotori iustitiae ius est: 1° examini partium, testium et peritorum adesse, salvo praescripto can. 1559; 2° acta iudicialia, etsi nondum publicata, invisere et documenta a partibus producta recognoscere. § 2. Examini, de quo in § 1, n. 1, partes assistere nequeunt».

⁴⁰ PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, *Instructio servanda a tribunalibus dioecesanis et interdioecesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii: Dignitas Connubii* (25 ianuarii 2005), art. 159: «§ 1. Defensori vinculi et partium advocatis ius est: 1° examini partium, testium et peritorum adesse, nisi iudex, ad advocatos quod attinet, propter rerum et personarum adiuncta censuerit secreto esse procedendum».

⁴¹ CODEX IURIS CANONICI 1983, can. 1598: «§ 1. Acquisitis probationibus, iudex decreto partibus et earum advocatis permittere debet, sub poena nullitatis, ut acta nondum eis nota apud tribunalis cancellariam inspiciant; quin etiam advocatis id petentibus dari potest actorum exemplar; in causis vero ad bonum publicum spectantibus iudex ad gravissima pericula evitanda aliquod actum nemini manifestandum esse decernere potest, cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneat. § 2. Ad probationes complendas partes possunt alias iudici proponere; quibus acquisitis, si iudex necessarium duxerit, iterum est locus decreto de quo in § 1».

⁴² Chi scrive si trova totalmente in accordo con Paolo Grossi quando rivendica, con forza encomiabile, una 'funzione educativa fondamentale' della storia del diritto per i cultori del diritto positivo. Il giurista fiorentino, infatti, si riferisce non alla mera erudizione che serve «a imbalsamare cadaveri e che si auto-condanna all'esilio di un cantuccio appartato», ma al necessario sguardo comparativo fra presente e passato, un continuo e fruttuoso collegamento scientifico che serve, grazie alle categorie giuridiche del passato, ad una migliore comprensione del presente e, senza ombra di dubbio,

maestra di vita⁴³, e lo è di più nel caso del diritto canonico proprio ora dove la più limitata operatività del medesimo, anziché una *capitis diminutio*, diventa una sfida che aumenta le sue responsabilità: quella di rendere testimonianza di valori di fondo. Tra questi, occupa un posto di rilievo il valore della ricettività delle norme da parte della comunità, richiamo culturale imprescindibile in un'era sempre tentata di adeguarsi alla povertà del positivismo giuridico e di rassegnarsi ad un diritto aridamente creato nei palazzi lontani dal popolo.

Affrontare tale testimonianza, come abbiamo proposto, in termini di fedeltà creativa non deve intendersi nemmeno come esercizio di uno 'spirito avventuriero'. Si tratta, piuttosto, di non eludere la permanente sfida del rinnovamento e di avere la capacità di leggere i segni dei tempi sulle realtà oggetto di regolamentazione giuridica. La rivalorizzazione del matrimonio come alleanza interpersonale e sacramento della maturità cristiana, così come la qualificazione dell'attività processuale secondo i parametri del giusto processo, non possono lasciare indifferenti gli studiosi e gli operatori del foro canonico. Ne va di mezzo qualcosa di più di uno strumentale aggiornamento: si tratta di garantire sempre la centralità della missione salvifica che cammina di pari passo con il ruolo centrale della comunità e della persona quale cittadino e fedele.

Nessuna risorsa è superiore a quella che confida nelle persone, quindi nel loro protagonismo e, di conseguenza, nella loro capacità di comprendere adeguatamente le questioni che direttamente le riguardano. Tra queste, non possono essere escluse nemmeno quelle dall'obbligato spessore giuridico, poiché il senso di giustizia viene dall'Alto, appartiene a tutti e non è appannaggio delle istituzioni. Diversamente, il rischio è che la giustizia ecclesiastica appaia lontana e finisca per essere abbandonata dai fedeli stessi che potrebbero sentirsi spinti a ricorrere al solo giudizio della loro coscienza; ciò arriverebbe a costituire un impoverimento individualistico, del tutto estraneo al fatto che il senso di giustizia appartiene a tutti.

delle necessità del futuro. Il ruolo della storia e, nel nostro caso, della storia del diritto, quando è «intimamente giuridica (...) sottolinea che il diritto vigente è solo un punto della linea storica che nasce ieri, tocca l'oggi e si proietta nel domani; che è pernicioso e falsante lasciarsi monopolizzare da quel punto, assolutizzarlo, gigantizzarlo oltre misura» [GUIDO ALPA (a cura di), *op. cit.*, 266].

⁴³ Cfr. PAOLO GROSSI, *Il punto e la linea. L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista*, in PAOLO GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero del diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, 3-12; PAOLO GROSSI, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in PAOLO GROSSI, *Società, Diritto, Stato, cit.*, 13-25; nonché, PAOLO GROSSI, *Quale spazio, oggi, per lo storico del diritto?*, in PAOLO GROSSI, *Società, Diritto, Stato, cit.*, 27-41.