



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 1-2008
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

5

 **LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno II - n. 1-2008
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, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, 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, F. Zanchini di Castiglionechio

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, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, 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
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

I profili metodologici della scienza del jus publicum ecclesiasticum nel secolo XVIII

CRISTIANA MARIA PETTINATO

Introduzione

La storia della Chiesa, dal momento stesso della sua fondazione, è segnata dallo sviluppo di forti contestazioni dottrinali antigiuridiche che, contrappo-
nendo la dimensione visibile a quella invisibile, negano le legittimità del diritto
ecclesiale. Molteplici sono state le espressioni di tale spiritualismo antigiuridico
e, di conseguenza, molteplici sono state le risposte della Chiesa. Nel periodo
successivo alla Riforma protestante, la risposta cattolica alle correnti antigiuri-
diche viene espressa con una peculiare disciplina denominata *jus publicum
ecclesiasticum*. Le vicende del *jus publicum ecclesiasticum* si snodano lungo
il corso di due secoli e più, dalla nascita nel Settecento fino al suo declino
determinato dagli sviluppi ecclesiologici del Vaticano II, sviluppi non più giu-
ridicamente traducibili con le obsolete formule giuspubblicistiche¹. Un lungo
periodo nel corso del quale le caratteristiche di tale disciplina non rimangono
immutate, così come non rimane immutata la sua collocazione nel panorama
degli studi canonistici. Basti pensare ai dubbi iniziali sull'ortodossia di alcuni
fondatori della scienza, con la conseguente messa all'indice di alcune opere
settecentesche di *jus publicum ecclesiasticum*, ed alla finale consacrazione
della disciplina con l'enciclica *Quod Divina Sapientia* di Leone XIII che, nel
1824, stabilisce l'obbligo dello studio del *jus publicum ecclesiasticum* in ogni
università pontificia.

Di questa lunga e complessa storia, però, esaminerò solo le origini nel
secolo XVIII, tentando di enucleare i più salienti profili metodologici della
scienza del *jus publicum ecclesiasticum*.

¹ Si veda CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria
fondamentale del diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 3-38 e in particolare sul *jus publicum
ecclesiasticum* pp. 34-36.

1. *Alcune ipotesi sulle origini della scienza del jus publicum ecclesiasticum*

I molteplici avvenimenti che conducono al definitivo tramonto della *Respublica Christiana*, dissolvendo l'*unitas* medievale in un intricato e tormentato insieme di comunità nazionali, ciascuna con differenti identità culturali, giuridiche e soprattutto religiose, rappresentano il terreno fertile per la nascita, nel secolo XVIII, di una speciale branca della scienza canonistica, il *jus publicum ecclesiasticum*.

La scienza del *jus publicum ecclesiasticum* si contraddistingue per il forte intento apologetico con il quale i suoi rappresentanti s'impegnano a contrapporre alle teorie protestanti la vera *imago Ecclesiae*, il suo sistema giuridico, le sue prerogative, *ad intra*, di sapore prettamente costituzionale, e quelle, *ad extra*, avanzate nei confronti degli Stati con cui la Chiesa si trova costretta a convivere su un piano di parità, almeno formale.

Questa peculiare elaborazione scientifica ha come luogo natale la Germania del secolo dei «Lumi», e si deve all'iniziativa di alcuni canonisti – Barthel, Neller, Endres, Schmidt, Ickstatt, Zallwein, Zallinger, comunemente considerati i fondatori della disciplina canonistica del *jus publicum ecclesiasticum* – che gravitano intorno all'Università di Würzburg, prima come studenti poi come docenti.

I maestri di Würzburg sono studiosi dagli eclettici interessi culturali, per la maggior parte gesuiti, insigniti spesso di dignità vescovile e, sebbene per ragioni professionali, anche vicini agli ambienti della politica; certamente subiscono le influenze dell'*Aufklärung* tedesca e non di rado disdegnano di assecondare posizioni dottrinali di chiara impronta episcopalistica; atteggiamenti ambigui che getteranno un'ombra sull'ortodossia dei loro insegnamenti².

La dottrina giuspubblicistica guadagnerà il proprio culmine scientifico, nel secolo successivo, con la Scuola Romana di Soglia, Tarquini, Cavagnis – e, poi, nel secolo XX con Ottaviani – nel cui contesto si consacrerà, definitivamente, come *Grundnorm*, la concezione basilare del *jus publicum ecclesiasticum* secondo cui la Chiesa sarebbe una *societas iuridice perfecta*, al pari della *Respublica civilis*. Ancora alle soglie del Concilio Vaticano II è viva quest'immagine di Chiesa elaborata dai giuspubblicisti, che sintetizza il programma apologetico di questa singolare disciplina e che lascerà, però, il posto alle più mature riflessioni di natura «costituzionalistica» sulla più complessa rappresentazione della Chiesa come Popolo di Dio.

² JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat in der neueren katholischen Kirchenrechtswissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, p. 88. Sulla Scuola di Würzburg si veda anche l'ultimo lavoro di CARLO FANTAPPPIÉ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, T. 1, Giuffrè, Milano 2008, pp. 65-83.

Terra di confine tra il diritto canonico e la teologia apologetica, tale disciplina prenderà, progressivamente, il nome di *jus publicum ecclesiasticum*, a dimostrazione della non trascurabile connessione esistente con la consolidata diffusione della disciplina del *jus publicum* nel contesto della giurisprudenza secolare tedesca³.

Non tutte le prime opere che veicolano tali nuovi insegnamenti sono, ad ogni modo, identificabili come appartenenti alla corrente del *jus publicum ecclesiasticum* solo perché così intitolate⁴. La consapevolezza di innovare il

³ Sulla genesi della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* si veda la ricostruzione di JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat*, cit. p. 13. Nella formulazione dell'espressione *jus publicum ecclesiasticum* il termine *ecclesiasticum*, utilizzato al posto di *canonicum*, affiancandosi a *jus publicum* viene ad indicare, in modo esclusivo ed inconfutabile, il vero *jus (publicum) quod spectat ad Ecclesiam Catholicam*, esposto però con metodo apologetico, per distinguersi dal *jus ecclesiasticum seu canonicum publicum*, che insieme al *privatum* continua ad essere esposto nella tradizionale forma della *Schola Textus*. Per una laboriosa definizione delle varie discipline che gravitano nell'orbita del *jus canonicum*, con particolare attenzione alla distinzione di oggetto formale e materiale, si vedano alcuni lavori di EMILIO FOGLIASSO, *L'enciclica Ecclesiam Suam e la scienza del Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum*, anno XXVI, 1964, p. 555-557; *Il Codice di Diritto canonico e il Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum* anno VI, 1944, pp. 9-11; *Pio XII e il Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum* anno XXI, 1959, pp. 408-410 e nota n. 15 p. 412; e ancor più analiticamente *Il Ius Publicum Ecclesiasticum e il Ius Constitutionale Ecclesiae*, in *Salesianum* anno XXVII, 1965, pp. 431-433; *Efficienza formativa del Diritto Pubblico Ecclesiastico*, in *Salesianum* anno X, 1948, pp. 216-217. Nel tratteggiare i contorni della nascita della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* ciò che all'Autore preme di evidenziare è, soprattutto, che l'uso del termine *publicum* affiancato ad *ecclesiasticum* non derivi dall'applicare, automaticamente, anche al diritto della Chiesa la classica distinzione ulpiana in *publicum* e *privatum*: difatti non nasce una scienza parallela del *jus Privatum Ecclesiasticum*. Si tratta semmai di dirigere le crescenti attenzioni scientifiche della cultura giuridica sei-settecentesca per il *jus publicum* anche in direzione del diritto della Chiesa, come accade per lo Stato, utilizzando, però, dei toni apologetici in risposta agli *errores* teologico-giuridici di protestanti, tra i quali, appunto, risalta la negazione dell'esistenza di un *jus publicum* che riguardi l'ordinamento giuridico ecclesiale.

Il dibattito sulla dialettica tra pubblico e privato nel diritto canonico giunge sino ai nostri tempi, per una sintesi si vedano fra tutti: PIO FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova, 1941; GIUSEPPE FORCHIELLI, *Il concetto di «pubblico» e «privato» nel diritto canonico*, in *Studi in onore di C. Calisse*, II, Milano, 1940, pp. 485-555 e GAETANO LO CASTRO, «Pubblico» e «privato» nel diritto canonico, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1, 1995, p. 110 e ss.

⁴ Una delle prime, se non addirittura la prima che presenta tale allocuzione è quella di JOHANN FRANZ BESSEL, *Dissertationes ad jus publicum Romano-Ecclesiasticum*, (*Collectae ex jure Divino, Canonico et Civili tum publicum tum privatum*), Erfordiae, 1714. Cfr. JOHANN FRIEDERICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1880, vol. III, 1, par. 130, p. 190-191. Ma il merito dell'A., oltre ad aver probabilmente inaugurato l'uso di tale binomio, è anche quello di aver fornito una elaborata definizione di cosa sia il *jus publicum ecclesiasticum*, che fa riferimento all'oggetto materiale della novella disciplina ed, indirettamente, alle sue fonti di cognizione, JOHANN FRANZ BESSEL, *Dissertationes ad jus publicum-romanum-ecclesiasticum*, cit., *Prolegomena*, p. 3: «Definiri potest Jus Publicum Ecclesiasticum quod sit ordinatio rationis immediate in bonum commune publicum totius Ecclesiae ab ejusdem Supremo capite promulgata (...)». Sulle possibili definizioni del *jus publicum ecclesiasticum* si veda il saggio di ALBERTO DE LA HERA - CHARLES MUNIER, *Le droit public ecclésiastique a travers ses définitions*, in *Revue de droit canonique*, n. 1, 1964, pp. 32-63.

tradizionale sistema di studio del diritto canonico, sotto il profilo dell'oggetto formale e materiale, è certamente progressiva nelle intenzioni dei maestri di Würzburg. L'adozione di una specifica ed autonoma terminologia rappresenta una sorta di traguardo finale di un percorso che la scienza del *jus publicum ecclesiasticum* compie lungo due secoli, e non di certo il punto iniziale di una matura consapevolezza.

Il sovvertimento operato dalla Riforma nel delicato equilibrio del sistema di relazioni tra Stato e Chiesa, che fino a quel momento rappresenta il nucleo della *Christianitas* medievale, determina un'insopprimibile esigenza di rispondere alle teorie dei giuristi e teologi protestanti miranti a scardinare le basi della dottrina cattolica.

La nuova disciplina nasce, quindi, in un primo tempo caratterizzata da una non trascurabile connotazione apologetica che diventa il comune denominatore dei trattati di *jus publicum ecclesiasticum*, individuabili e qualificabili come tali, soprattutto, sulla base di questa caratteristica dominante.

Pur manifestandosi attraverso modulazioni espressive più o meno esplicite, in tutti gli autori di *jus publicum ecclesiasticum* è forte l'esigenza di porsi in confronto dialettico con i protestanti⁵, le cui opere, già da tempo in circolazione, rischiano di produrre danni gravissimi alla religione cattolica, compromettendo le basi della formazione scientifica di coloro i quali si accostano allo studio del *jus ecclesiasticum*⁶.

Sarebbe, però, gravemente riduttivo classificare il *jus publicum ecclesiasti-*

⁵ Ma va evidenziato un atteggiamento decisamente contraddittorio, rispetto alla predominante posizione dialettico-apologetica, che accomuna alcuni rappresentanti del *jus publicum ecclesiasticum*: non è raro, infatti, imbattersi, nelle opere dei giuspubblicisti cattolici, in alcuni richiami riverenti ai contributi dottrinali eruditi dei *Doctores Protestantés*. Una testimonianza di tale attenzione nei confronti delle posizioni avversarie è offerta, ad esempio, da GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici universalis, sumptibus Josephi Wolff, Augustae Vindelicorum et Oeniponti 1763*, T. I, *Praefatio*, par. XII: «*Ex Doctoribus Protestantibus, quorum libros mihi usum praebuisse praestantissimum libere fateor, praeter plures alios selegi Bobemerum, Moshemium et Pfaffium, (...)*». Zallwein (1712-1766) benedettino, professore di diritto canonico prima, e poi Rettore dell'Università di Salisburgo, è considerato uno dei più importanti esponenti del *jus publicum ecclesiasticum*, ma anche tra gli episcopalisti più moderati per i suoi interventi a favore dei diritti e delle libertà del Vescovo di Salisburgo. JOHANN FRIEDERICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 219, p. 156 e voce *Georg Zallwein*, in *Kirchenlexikon*, a cura di WOLFGANG WINHARD, Band XVI (1998) Spalten 336-339.

⁶ Sempre in tema si veda JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat*, cit., p. 12, il quale attribuisce a Carpzov il merito di aver inaugurato la nuova scienza del diritto ecclesiastico, identificata per l'appunto dal binomio *jus canonicum - jus ecclesiasticum*, ed indicante il sistema completo del diritto delle chiese evangeliche, per buona parte di provenienza secolare. Negli ambienti delle università tedesche, in particolar modo di Ingolstadt e di Würzburg, il metodo utilizzato da Carpzov viene accolto anche da alcuni canonisti che si fanno promotori del mutamento nominale da *jus canonicum* a *jus ecclesiasticum* anche per indicare il diritto della Chiesa di Roma. Ed in questa circostanza si possono intravedere le origini, per così dire, terminologiche di quelle elaborazioni dottrinali che confluiranno nell'autonoma disciplina del *jus publicum ecclesiasticum*.

cum come mera elaborazione dottrinale di carattere apologetico.

Progressivamente, infatti, da polemica transitoria, vincolata ad un preciso presupposto storico-culturale, la tendenza apologetica va traducendosi in un accurato metodo sistematico⁷.

2. La peculiarità di una scienza apologetica al confine tra diritto e teologia

Tra gli autori che coltivano e promuovono lo studio del *jus publicum ecclesiasticum* uno dei più scrupolosi nel dichiarare le intenzioni apologetiche che pervadono la propria opera è Zallwein, il quale si preoccupa del rischio di una formazione corrotta dei giovani «*periculo seductionis*»⁸ ad opera di «*principia et dogmata (...) nostrae Religionis summopere nociva*»⁹ e, avvertendo di vivere «*tempora, periculosa, Religionis Catholicae et Christianae extremam ruinam miniantia*»¹⁰, teme gli effetti di un «veleno occulto», occulto perché nascosto da una forma espositiva elegante¹¹, che provocherebbe il degenerare della religione cattolica in «*naturalismum, libertinismum, indifferentismum, aut omnino deismum (...)*»¹².

Ma la preoccupazione dell'Autore che genera lo slancio apologetico è di duplice natura, teologica e giuridica al tempo stesso; difatti la pericolosità delle idee degli autori protestanti si dirige, con la medesima intensità, sia verso il patrimonio dogmatico della fede cattolica, sia verso l'impalcatura giuridica a questo intimamente connessa, che fanno della Chiesa Cattolica una realtà complessa leggibile con gli strumenti del diritto e della teologia.

Zallwein nella *Praefatio* ai suoi *Principia* ricorda quanto, e sotto quali profili, i Protestanti nuocciano alla Chiesa di Roma¹³.

In questa breve ma densa affermazione ci pare di cogliere tutta la preoccupazione dell'Autore «*in defendendis juris et praerogativis Ecclesiae*»¹⁴, che

⁷ Sul punto si vedano le considerazioni critiche di EMILIO FOGLIASSO, *Il compito apologetico del ius publicum ecclesiasticum*, in *Salesianum*, VII, 1945, pp 49 e ss.

⁸ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio*, p. XI.

⁹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio*, p. XI.

¹⁰ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit. T. I, *Praefatio*, p. XII.

¹¹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio*, p. XII.

¹² GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio*, p. XII.

¹³ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio*, p. XIV e p. XVI: «*Quantopere vero Protestantes nostrae Religionis Ecclesiae et Reipublicae Catholico-politicae suo studio noceant, quis sufficienter narrare sufficiat?*».

¹⁴ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio* p. XIV.

si accompagna, costantemente, a quella finalizzata a preservare il patrimonio dottrinale ortodosso.

Sulla stessa scia di Zallwein, anche Barthel, uno dei massimi esponenti della letteratura giuspubblicista del settecento, colloca nel sedicesimo secolo l'inizio degli attacchi alla Chiesa Cattolica, riferendosi esplicitamente alla Riforma protestante, e precisando che le «*multae falsitates*»¹⁵ insegnate dai *doctores* protestanti vengono dirette verso un duplice obiettivo: «(...) *materia fidei* (...) *materia exterioris disciplinae aut politiae* (...)»¹⁶.

Non meno esplicito nel descrivere il panorama drammatico della situazione in cui versa la dottrina cattolica, attaccata in ogni ambito dell'arte e della cultura, è anche Zallinger, che con apprezzabile puntualità elenca gli aspetti salienti degli *errores protestantium*¹⁷.

Diventa, quindi, quasi inevitabile per i canonisti cattolici indirizzare i loro studi nell'ottica della difesa dei principi ortodossi, riproposti impostando le loro trattazioni sulla base di un confronto diretto alla confutazione puntuale delle teorie protestanti.

Il confronto *ad hominem*¹⁸ accende gli animi di questi studiosi che, non di rado, indulgono in espressioni decisamente poco appropriate ad una trattazione di carattere scientifico, ma che fanno di questi trattati delle letture assai originali, testimonianza, oltretutto, di uno stile letterario inusitato per

¹⁵ LUDWIG ENGEL, *Annotationes in Proemio*, in JOHANN CASPAR BARTHEL, *Annotationes ad universum Jus Canonicum, compilatae in collegiis privatis... Caspari Barthel*, Coloniae, Francofurti, 1757, p. 1. Per le informazioni biografiche su Engel si veda JOHANN FRIEDERICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 53, p. 150-151.

¹⁶ LUDWIG ENGEL, *Annotationes in Proemio* in JOHANN CASPAR BARTHEL, *Annotationes ad universum Jus Canonicum*, cit., p. 1.

¹⁷ JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum Iuris naturalis et ecclesiastici publici*, sumptibus Matthaei Rieger, Augustae Vindelicorum, 1784, *Praefatio*: «*Haec perversi animi sensa atque a pietate remota penitus, haec inverecundi commenta ingenii, impiaeque in sacrosanctam Religionem atque Ecclesiam coniecta convicia innumerabilibus scriptis, libellisque, et opusculis, imaginibus quoque ac contibus disseminant, quodque dolendum est maxime, impune libereque disseminant (...) tot enim in ea tractatione docent artes detrahendi de officiis Religionis, negligendique pietatis studia, tot vias ostendunt subterfugendi Ecclesiae iudicia, eludendi sacras leges, legumque et iudiciorum vim declinandi, tot suggerunt rationes, methodice, ut ita dicam, enervandi efficacitatem hierarchicae potestatis, ut ea aut nulla esse videatur, aut in manibus politicorum magistratuum requirenda*». Jakob Anton von Thurn von Zallinger (1735-1813), gesuita, si interessa non solo di diritto canonico e di diritto naturale, ma anche di filosofia, difendendo la tradizionale metafisica contro le teorie kantiane. JOHANN FRIEDERICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 197, p. 250. Listl lo considera, insieme ad Anton Schmidt, come il più ortodosso tra i rappresentanti della scienza del *jus publicum ecclesiasticum*. JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat*, cit., p. 91.

¹⁸ «(...) *argumentum quasi ad hominem ex iis principiis protestanticis desumptum*», GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. IV, cap. IV, *Systemata et dogma Catholicorum contra Protestantem defenditur*, par. IX, p. 96.

dei trattati scientifici. Tra i molti si tragga ad esempio l'afflato apologetico che anima Endres, uno dei maggiori rappresentanti del *jus publicum ecclesiasticum*, il quale nel descrivere l'atteggiamento che i giuristi cattolici devono tenere nei riguardi dei dottori protestanti indulge in espressioni colorite e, certamente, poco consone ad un linguaggio scientifico come «*clypeum erigere*»¹⁹.

Una prima analisi delle opere di *jus publicum ecclesiasticum* rivela come queste si contraddistinguano, quindi, per essere pervase da un marcato fine apologetico e per l'uso di un metodo letterario appropriato al fine che si intende perseguire, metodo che denota non poche affinità con quello controversistico: ad ogni proposizione avversaria si contrappone, infatti, la corrispondente dottrina ortodossa, sostenuta, il più delle volte, da una copiosa elencazione di dotte citazioni al fine di avvalorare le proprie tesi²⁰.

Poiché il *jus publicum ecclesiasticum* si presenta come una disciplina innovativa, che si inserisce nel tradizionale panorama degli studi canonistici condotti *secundum ordinem Decretalium*, sarà utile individuare quali siano i profili metodologici che ne caratterizzano il percorso evolutivo, qualificandola come una branca autonoma, nel contesto della scienza canonistica, dotata quindi di un proprio oggetto formale e di un peculiare oggetto materiale

3. La questione del metodo nell'analisi dei trattati di jus publicum ecclesiasticum

Il *jus publicum ecclesiasticum* nasce e si sviluppa differenziandosi dalla tradizionale scienza canonistica, ancora fortemente confinata negli angusti limiti dell'esegesi decretalistica, così come della riflessione teologica, nonostante si registri dalla seconda metà del Cinquecento una progressiva affermazione di

¹⁹ Vedi JOHANN NEPOMUK ENDRES, *Dissertatio canonica de necessario jurisprudentiae naturalis cum ecclesiastica nexu et illius in hac usu*, Würzburg, 1761, cap. I, par. XX, p. 17; l'edizione citata si trova in PHILIP ANTON SCHMIDT, *Thesaurus juris ecclesiastici potissimum germanici sive Dissertationes selectae in ius ecclesiasticum: quas iuxta seriem institutionum eiusdem iuris a se editarum in ordinem digessit, illustr...* A. S., sumptibus Tobiae Goebhardt, Heidelbergae, Bambergae et Wirceburgi, 1772-1779. Johan Nepomuk Endres (1731-1791) studia a Würzburg, sotto la guida di Barthel del quale diventa il più brillante discepolo, e dopo la morte del maestro prenderà il suo posto come insegnante di diritto canonico nella stessa università. Cfr. JOHANN FRIEDERICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 191, p. 244; e il già citato GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., *Praefatio*, p. IV che nelle invocazioni precedenti la stesura della sua opera adopera le seguenti ridondanti espressioni: «(...) omnesque apices et syllabas submitto, subjicio, et subjectas volo, corripere, emendare, et delere paratus, quidquid emendandum, corrigendum, delendumque duxeris, paratus pro veritate Religionis Catholicae mortem appetire, sanguinem fundere, mori».

²⁰ Bender, giuspubblicista del Ventesimo secolo, sottolinea come la disciplina del *jus publicum ecclesiasticum* sia «*proxima scientiae apologeticae eique multum servire potest*». Così LUDWIG BENDER, *Ius publicum ecclesiasticum*, Bussum, Brand, 1948, *Praefatio*, p. 6.

metodi e scuole innovativi rispetto al passato. Il clima culturale di quell'epoca è, infatti, contrassegnato da una crescente attenzione per gli scambi di metodi di studio e tecniche espositive, tra discipline diverse, che incide anche sul diritto canonico²¹.

La disciplina del *jus publicum ecclesiasticum* si contraddistingue non solo per la natura selezionata degli argomenti esaminati con spirito controversistico, ma, soprattutto, per il ricorso ad un metodo innovativo, almeno nelle ambizioni dei suoi ideatori, in grado di traghettare il diritto della Chiesa nel contesto moderno del *jus publicum universale*²², che costituirà il fertile terreno di coltura della futura scienza costituzionalistica europea²³.

La formazione storica del diritto canonico si caratterizza da una parte per il costante rapporto di reciproca influenza intercorso con il diritto secolare e, dall'altra, per la progressiva affermazione di una chiara autonomia dell'ordinamento giuridico canonico. Con il *jus publicum ecclesiasticum*, forse, si raggiunge un livello di comparazione tra *Ecclesia* e *Respublica* mai osato fin a quel momento.

La singolarità della nuova disciplina consiste, per l'appunto, nell'aver come oggetto di studio lo Stato, sebbene in via strumentale, per poter, di

²¹ Gli sviluppi della scienza canonistica precedenti la nascita del *jus publicum ecclesiasticum* si contraddistinguono per l'affermarsi di metodi nuovi di approccio al *jus canonicum*. Il metodo sistematico, che trova il suo paradigma nelle *Institutiones* (1563) del Lancellotti, e nei trattati dei suoi seguaci – tra i molti il tedesco Kanijs, il francese Fleury e l'italiano Devoti – tende ad istituire una sorta di parallelismo tra *Corpus Juris Civilis* giustiniano e *Corpus Juris Canonici*. Accanto alla copiosa produzione di manuali e commentari esegetici si collocano anche opere canonistiche di carattere ibrido, esempi del metodo cosiddetto «arbitrario» e, successivamente, opere che seguono il metodo «pirhingiano», e realizzano un armonioso compromesso tra il nuovo metodo sistematico ed il tradizionale ordine delle Decretali. Esponenti di spicco di tale corrente, identificata anche col nome di *jus ecclesiasticum universum*, sono Reiffenstül e Schmalzgrüber. Si veda CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 176-180.

²² Sul diritto pubblico universale si veda il classico di JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, *Allgemeines Statsrechts*, J. C. Cotta, München, 1868, parte I, in particolare cap. IV, *Allgemeines und besonderes Statsrecht*, pp. 9-11 e la parte II, il libro IX, *Von der Culturpflege des Stats*, dedicata ai rapporti con il fenomeno religioso, dove chiaramente si afferma che non può esistere altra fonte del diritto pubblico che non sia lo Stato. JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, *Allgemeines Statsrechts*, cap. V, *Verhältnisz des Stats zur Kirche*, p. 316: «Der Stat nimmt alle eigentliche Souveränität, und damit alle äusserlich zwingende Gewalt ausschliesslich für sich in Anspruch. Gesetzgebung, Regierung, Gericht sind ihrer Natur nach Statsfunctionen». Posizione, quest'ultima, diametralmente difforme da quella vigorosamente difesa dai rappresentanti del *jus publicum ecclesiasticum*, contro la diffusione delle dottrine regalistiche che accompagnano la nascita dello Stato moderno.

²³ Fogliasso individua in alcuni sintetici punti le caratteristiche metodologiche più rilevanti della scienza del *jus publicum ecclesiasticum*: «maggiore organicità di esposizione dei diritti fondamentali della Chiesa»; «esposizione ragionata dei medesimi»; «immediata preoccupazione di difesa contro le arbitrarie statali»; «posizione, quest'ultima, diametralmente difforme dalla tesi fondamentale della *societas iuridice perfecta*. EMILIO FOGLIASSO, *Il Codice di diritto canonico e il «Jus publicum ecclesiasticum»*, cit., p. 15.

conseguenza, sviluppare comparativamente, e in modo sistematico, il tema del carattere di società giuridica della Chiesa e dei suoi poteri²⁴. Sarà, poi, il concetto tecnico di *societas iuridice perfecta* a consentire di indicare gli aspetti comuni alle due società, quella temporale e quella spirituale²⁵.

I professori di *jus publicum ecclesiasticum* superano il limitativo contesto dell'esame di un singolo istituto per offrire un più ampio confronto tra sistemi costituzionali e, quindi, tra norme di natura fondamentale, nel tentativo di confutare il consolidato pregiudizio della incommensurabilità tra sistemi giuridici assolutamente eterogenei, ovvero quello canonico e quello secolare, muovendo, ad esempio, dalla possibilità di operare una comune distinzione in diritto pubblico e privato²⁶.

L'occasione di muoversi antagonisticamente nei confronti delle affermazioni di derivazione protestante e regalistica offre, ai canonisti più sensibili, l'opportunità di misurarsi su un terreno inesplorato, sotto il profilo della tecnica giuridica così come dei contenuti, ovvero quello dell'analisi «costituzionalistica». Le virgolette sono d'obbligo per ricordare come sia temporalmente prematuro utilizzare tale terminologia, ed, inoltre, per giustificare l'impiego di un simbolo linguistico del tutto svincolato dalle abituali condizioni d'uso. I giuspubblicisti tedeschi inaugurano la stagione del diritto costituzionale canonico anche se non si può dire che le loro dottrine possano esser ricondotte al contesto culturale del costituzionalismo europeo.

Proprio contemporaneamente alla nascita del *jus publicum ecclesiasticum*, la scienza giuridica secolare si avvia ad elaborare i nuovi temi costituzionali suggeriti dalle vicende politiche originate dalla contrapposizione tra le prerogative degli Stati assoluti e l'incremento delle pretese libertarie rivendicate dalla base sociale, scontri che sfoceranno nelle rivoluzioni americana e francese. Che nel *jus publicum ecclesiasticum* si dibatta di temi di tipo costituzionalistico è, infatti,

²⁴ PEDRO LOMBARDÍA, *Le Droit Public Ecclésiastique selon Vatican II*, in *Apollinaris*, anno XL, 1967, n. 1-4, in particolare pp. 64-65. L'Autore trova conferma di tale idea proprio nell'ecclesiologia bellarminiana, fondamentale ispirazione per i giuspubblicisti cattolici, incentrata sull'idea di un potere centrale forte e di un principe unico, che rappresentano il cuore della teoria dello Stato. Ma l'attitudine dei maestri di *jus publicum ecclesiasticum* è, però, quella di impiegare il termine Stato in troppo senso generico, cioè come organizzazione politica della società temporale, indipendentemente da una realistica prospettiva storica. Nei manuali di *jus publicum ecclesiasticum*, infatti, il termine Stato viene adoperato indistintamente per indicare qualunque struttura politica dell'antichità, dal regno medievale allo Stato rinascimentale assoluto.

²⁵ PEDRO LOMBARDÍA, *Le Droit Public Ecclésiastique selon Vatican II*, *cit.*, p. 67.

²⁶ JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat*, *cit.*, pp. 42-45. In sintesi l'A. tenta di individuare il nucleo della disciplina del *jus publicum ecclesiasticum* proprio nella ricerca, condotta dai giuspubblicisti tedeschi, di rinvenire un comune denominatore al diritto canonico ed a quello secolare che consenta un confronto tra i due sistemi giuridici.

un giudizio *a posteriori* che richiede molta cautela, in virtù della particolare accezione politica che il termine costituzionalismo possiede. Infatti sarebbe più opportuno affermare che i giuspubblicisti, più o meno consapevolmente, sperimentano la tecnica costituzionalistica ma solo come tecnica espositiva, alla base della quale non si colloca la relazione dialettica Stato-Popolo che, invece, ispira il costituzionalismo secolare.

* * *

Il contesto culturale in cui si colloca la nascita di questa speciale disciplina è caratterizzato dall'esigenza, sempre più diffusamente avvertita, di discostarsi dagli ormai vetusti schemi del *jus decretalium seu pontificium*, all'interno dei quali veniva identificato il diritto della Chiesa Cattolica.

Il nuovo obiettivo che si prefissano alcuni canonisti è, infatti, quello di ricercare forme più nuove di esposizione della materia, magari, per certi aspetti, meglio compatibili con il livello di complessità raggiunto ormai dalle fonti, e dall'altra più facilmente comparabili con la vicina esperienza giuridica secolare, che vive in quegli anni un momento di notevole vitalità scientifica, proprio come era accaduto pochi secoli prima per l'elaborazione del *Corpus Juris Canonici*.

Lo sviluppo della scienza giuridica secolare e l'influenza della cultura umanistica lambiscono, inevitabilmente, anche il diritto canonico. È, infatti, già iniziata da tempo la progressiva emancipazione dalle collezioni di *Decretales*, alla ricerca di una maggiore autonomia nella trattazione delle materie, secondo il criterio logico, nella selezione degli argomenti da trattare, piuttosto che il tradizionale sistema *secundum ordinem Decretalium*.

La letteratura canonistica post-tridentina, pur rimanendo sostanzialmente ancorata ai tradizionali sistemi di trattazione canonistica, si caratterizza anche per l'affermazione del cosiddetto «metodo culto»; orientato alla critica storico-filologica dei testi utilizzati viene denominato anche *mos gallicus*²⁷, pur essendo in larga parte di origine italiana, per differenziarsi dall'ancora insuperato *mos italicus*, che tende ancora a riprodurre modelli e metodi propri della letteratura del *jus commune*²⁸.

In forza di una rinnovata comparazione con il *jus civile* già dalla seconda metà del cinquecento cominciano a diffondersi delle *Institutiones*, conformi

²⁷ MANLIO BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Il Cigno Galilei edizioni di arte e scienza, Roma, 1991, V ed., cap. VII, par. 3, pp. 220-223.

²⁸ MANLIO BELLOMO, *L'Europa del diritto comune, cit.*, cap. VIII, par. 9, pp. 235-237.

nell'impostazione a quelle giustiniane, che, pur non provocando il cedimento del tradizionale sistema, rappresentano, comunque, la concretizzazione di una nascente esigenza di organica sistematicità, non più soddisfatta dalle raccolte di *Decretales* e dai corrispondenti commenti esegetici, esigenza che troverà, solo qualche secolo più tardi, nell'elaborazione codicistica, la sua piena realizzazione²⁹.

Sebbene scrivano quasi due secoli dopo l'inizio di queste trasformazioni, operate nel contesto del metodo tradizionale del diritto canonico, i giuristi continuavano ad interessare giustificate critiche alla sistematica delle *Decretales*³⁰, dove trovano che non vi sia nessun ordine accurato e nessuna coerenza nella trattazione della materia³¹. L'auspicio condiviso dai maestri di Würzburg è che gli studiosi di *jus ecclesiasticum seu canonicum* possano predisporre una via, più breve e più facilmente percorribile, che consenta loro di trattare le materie di pertinenza, distinguendo il *jus pontificum*, che «*a plerisque explicatur*»³², da quello *mere canonicum seu ecclesiasticum* che «*passim negligitur*»³³. La soluzione metodologica viene individuata nel modello di

²⁹ ADRIANO BERNAREGGI, *Metodi e sistemi delle antiche Collezioni e del nuovo Codice di diritto canonico*, in *La Scuola Cattolica*, anno XLVIII, 1920, vol. XVIII, pp. 131-133 e nota n. 1 e CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, cit., 177. Vedi retro nota n. 20.

³⁰ Dietro l'opzione metodologica si cela l'intenzione, più o meno consapevole, di non occuparsi più di *jus pontificum*, ma piuttosto del vero «*jus canonicum seu ecclesiasticum*», a parere dei giuristi, maggiormente utile e necessario per il «*Systema religionis et ecclesiae*». Cfr. GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De autoritate, usu et studio juris ecclesiastici*, cit., cap. II, par. VI, *De studio jurisprudentiae Eccl. quoad methodum docentium*, pp. 403-405. Si riporta per intero il paragrafo in cui l'A. con dovizia di particolari introduce il lettore ai contenuti formali e materiali del *jus ecclesiasticum*: «(...) *Scriptores et Doctores Juris Ecclesiastici vel secundum methodum et ordinem Decretalium vel methodum naturalem et arbitrariam procedere soleant. Varii Scriptores varia excogitarunt Systemata secundum quae explicandum foret Jus Ecclesiasticum (...) Secundum nostram opinionem Ordo pertractandarum materiarum hic sit: incipiendum a Prolegomenis Juris ecclesiastici, atque in his praepriis natura, definitio, divisio, objectum, ac finis Juris Ecclesiastici explanari (...) postea explicandum est Systema Ecclesiae Catholicae (...). Tum procedendum ad prima fundamenta seu fontes originarios Juris. Ab his deflectendum ad historiam Juris Ecclesiastici et collectiones illius antiquas, novas et novissimas, tam universales, quam etiam particulares nostrae Germaniae. His explanatis autoritas et usus J. E. exponeri debet, ac demum methodus tradenda, ubi vel maxime se offert occasio agendi de illius praecognitis at subditis ac variis disciplinis (...). His ita peractis interest an quis ordinem Decretalium sequi an methodum naturalem et arbitrariam seligere velit: si primum filium porriget ipsum CIC. Si alterum: si agat de personis ecclesiasticis, tunc per omnes gradus Hierarchiae ecclesiasticae (...) et agendum de Pontifice, Conciliis, Episcopis ecc., de modis aquirendi Praelaturas, de juribus praerogativis illorum et si de rebus etiam in sensu latissimo venit (... Sacramenta, ritus, Ecclesiae, Monasteria, Cappellae, Sepulturae)».*

³¹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De autoritate, usu et studio J. E.*, cap. II, *De studio jurisprudentiae Ecclesiasticae quoad methodum docentium*, par. III, p. 401.

³² GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De autoritate, usu et studio J. E.*, cap. II, *De studio jurisprudentiae Ecclesiasticae quoad methodum docentium*, par. III, p. 402

³³ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De autoritate, usu et studio J. E.*, cap. II, *De studio jurisprudentiae Ecclesiasticae quoad methodum docentium*, par. III, p. 402

Institutiones, elaborato dal Lancellotti, «*ad instar Institutionum Juris Civilis*»³⁴. Tra i giuspubblicisti Barthel³⁵ è quello che più di tutti avverte l'esigenza di affiancare il metodo tradizionale scolastico con una nuova attenzione per lo stile della Curia Romana e la prassi giudiziaria³⁶.

Zallwein fornisce anche alcune interessanti indicazioni circa gli «ideatori» del nuovo sistema di trattazione, tra i quali figura il nome di Ickstatt, importante canonista cui si debbono alcune utili informazioni sul metodo della scienza del *jus publicum ecclesiasticum*³⁷.

Sulla stessa scia di Zallwein si muove anche Neller³⁸, che invita il lettore a

³⁴ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De autoritate, usu et studio J. E.*, cap. II, *De studio jurisprudentiae Ecclesiasticae quoad methodum docentium*, par. III, p. 401. Sulla necessità di un nuovo metodo di trattazione del *jus ecclesiasticum seu canonicum*, che possa superare gli schemi obsoleti delle antiche collezioni di Decretali, scrive anche il canonista-teologo gesuita Philip Anton Schmidt (1734-1805), che cita il modello delle *Institutiones* come soluzione possibile. Difatti la sua opera, considerata il primo trattato veramente ortodosso di *jus publicum ecclesiasticum*, si intitola proprio *Institutiones Juris Ecclesiastici Germaniae accomodatae, edidit in usum auditorum suorum Antonius Schmidt*, sumptibus Tobiae Goebhardt, Heidelbergae 1771, T. II, *Praefatio*, p. 2: «(...) *Multa inprimis in hoc tomo occurrere forsitan videbuntur jam toties a Decretalisticis etiam antiquioribus scripta: id enim vero in materiis jam tot voluminibus pertractatis aliter esse non potuit: at si ob eas solum Institutiones Juris Ecclesiastici novae concinnandae fuissent, antiquiora compendia usui adhuc sufficienti esse potuisse non diffiteor: quanquam et haec in aliud systema redacta fuerint, et persaepe ea adjecta illustrationis gratia quae in illis obvia non sunt*». Di Schmidt si ricordano la finezza giuridica, la sensibilità scientifica ed il forte senso della storia. JOHANN FRIEDRICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 196, p. 248.

³⁵ Johann Caspar Barthel (1709-1771) è una delle figure più rappresentative della scienza del *jus publicum ecclesiasticum*; condivide il medesimo percorso formativo e professionale di molti suoi colleghi tra cui Ickstatt e Neller. Nella sua formazione scientifica importante si rivela l'influenza del cardinale Prospero Lambertini, che affianca quando è ancora segretario della *Congregatio Concilii*. Diventa docente di diritto canonico all'Università di Würzburg, ma viene accusato di sostenere tesi poco ortodosse sui rapporti tra la Chiesa e lo Stato e costretto dal cardinale Lambertini, divenuto Benedetto XIV, a ritrattare. Per le informazioni biografiche si veda JOHANN FRIEDRICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 108, p. 183-185.

³⁶ JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat*, cit., p. 15.

³⁷ «*Varii Scriptores varia excogitarunt Systemata secundum quae explicandum foret Jus Ecclesiasticum (Douiat – Ickstatt – Mabillonius – Senkenberg – Floerckius)*». GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De autoritate, usu et studio juris ecclesiastici*, cit., cap. II, par. VI, *De studio jurisprudentiae Eccl. quoad methodum docentium*, p. 404. Il percorso biografico di John Adam barone di Ickstatt (1702-1776) non si differenzia da quello degli altri giuspubblicisti: professore di diritto canonico a Würzburg, e poi Rettore dell'Università di Ingolstadt, con una predilezione, tipicamente illuministica, per gli studi matematici, fu anche insegnante del principe ereditario a Monaco, e, come molti suoi colleghi, ricevette richiami da parte dell'autorità ecclesiastica al fine di provare la correttezza dei propri insegnamenti in materia di fede, a seguito delle sue non celate simpatie episcopaliste. La sua opera più significativa per la comprensione del *jus publicum ecclesiasticum* è l'opuscolo *De studio iuris ordine atque methodo scientifica instituendo* inserito nei suoi *Opuscula iuridica varii argumenti*, Sumptibus Jo. Franc. Xaverii Crätz, Bibliopolae Acad. & Thomae Summer, Biblio. August., Ingolstadt et Augustae Vindelicorum, 1747. JOHANN FRIEDRICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 143, p. 206.

³⁸ Alcune interessanti elementi di comprensione sul passaggio dal tradizionale *jus canonicum* al *jus*

notare, senza celare una sottile vena critica, come molti canonisti, seguendo ancora l'ordine delle Decretali, trattino in modo promiscuo il diritto pubblico con quello privato³⁹; ed ancora come perfino dei pubblicisti «*profanti*» scrivano «*selectas de singulari argumento dissertationes*»⁴⁰, a scapito della purezza del metodo, per il quale egli ha inteso ispirarsi al Mascovio, uno dei primi pubblicisti che scrivono di *jus ecclesiasticum*, tenendo conto degli influssi che su questo vengono esercitati anche dalla realtà locale germanica⁴¹.

* * *

Questa considerazione di Neller consente di non tralasciare un particolare importante nel percorso di ricostruzione metodologica della disciplina del *jus publicum ecclesiasticum*, ossia quello riguardante la tendenza tipicamente

ecclesiasticum publicum, sotto il profilo del metodo di lavoro da utilizzare, Neller li fornisce nell'invitare i suoi discepoli a togliere il diritto della Chiesa «*a cineribus ac pulvere, quae illud superficialium Antecessorum caotica indigestaque institutio obstruit*». Egli precisa, inoltre le linee metodologiche lungo le quali si muove la sua opera: «*Studium iuris inchoare noli a Corpore Juris Canonici moderni, sed a S. Scriptura, Conciliis, Codicibus vetustis*» così GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris ecclesiastici*, riportato da EMILIO FOGLIASSO, *Efficienza formativa del Diritto Pubblico Ecclesiastico*, cit., p. 236, nota n. 63. È assai probabile che Fogliasso abbia visto una edizione diversa da quella citata in questa sede, ossia quella del 1746. Nell'edizione da me consultata, infatti, non ho rinvenuto tale informazione, ma semmai un invito a considerare solo il *Decretum* di Graziano come la parte del *Corpus Juris Canonici* in cui rinvenire notizie utili sul diritto pubblico della Chiesa: «*Veruntamen ad comparandam juris Ecclesiastici publici notitiam utilior est haec pars corporis canonici prae reliquis omnibus quia veterem disciplinam et systema Ecclesiae primaeuvum omnium optime exponit. Decretales et reliqua non pertingunt eo usque sed principiis recentioribus innituntur*». GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici*, ex officina Viduae Knochii & J. Georg. Eslinger, Francofurti et Lipsiae 1756, cap. VIII, par. VII, p. 85.

³⁹ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., *Introductio*, par. IV.

⁴⁰ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., *Introductio*, par. IV.

⁴¹ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., *Introductio*, par. IV. In un'altra opera di Neller – gli *Opuscula omnia juris ecclesiastici publici et civilis, historica, chronologica ac numismatica ante seorsim impressa, nunc collecta edidit* praefationem ac vitam b. auctoris praemisit Georgius Philipp. Christoph. Leuxner, impensis Antoni Ignatii Fischer, Augustae Trevirorum, 1787 – precisamente nell'introduzione, scritta con molta probabilità da un suo discepolo, Christoph Leuxener, è inserito un riferimento al cattolico Barthel, ritenuto l'iniziatore del metodo del *jus publicum ecclesiasticum*, anche se la sua opera è stata considerata di dubbia ortodossia. Così GEORG CRISTOPH NELLER, *Opuscula omnia juris ecclesiastici*, cit., *Introductio*, p. VI: «*(...) notumque sit, inter comprimis (...) fuisse, qui solidam illam juris ecclesiastici docendi, dicendique methodum, quam in Germaniae nostrae catholicae academiis tam feliciter deinceps exultam admiramur, introduxerit, adeo ut merito a magni Bartheli Herbipoli quem magistratum coluit, nostrique hic Trevis inchoata doctioe nova studii juris ecclesiastici in Germania efflorescentis epocha numeranda sit*». L'analisi dell'indice dell'opera rivela però che si tratta non di un trattato di *jus publicum ecclesiasticum* ma, piuttosto, di un prodotto delle nuove correnti metodologiche ibride che alternano l'ordine della Decretali ad una scelta più personale delle materie trattate da parte dell'autore.

settecentesca di operare una distinzione, all'interno dell'ordinamento giuridico canonico, tra il settore pubblico ed il privato, inaugurando una tendenza dottrinale che produrrà animati dibattiti sul tema, fino ai nostri giorni ancora in vivace fermento⁴².

La peculiare scienza giuspubblicistica nasce, infatti, dall'esigenza di introdurre questa dicotomia, strumentale alla parificazione dell'ordinamento della Chiesa con quello dello Stato, sulla quale si innesta l'analisi degli aspetti più marcatamente pubblicistici⁴³ della *Ecclesia Christi*. Che l'utilizzazione di questa visione dicotomica del *jus canonicum seu ecclesiasticum* sia opera dei giuspubblicisti è comunemente ammesso anche da autorevoli esponenti di altre scuole canonistiche, contemporanei dei maestri di Würzburg. Ad

⁴² Sulla dicotomica esposizione del *jus canonicum* in *publicum* e *privatum* come passaggio determinante nella formazione della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* si vedano le riflessioni di ADRIANO BERNAREGGI, *Metodi e scuole, cit.*, II parte, p. 208. Sulla base di tali premesse l'Autore avanza anche l'ipotesi, peraltro abbastanza condivisibile, che il *jus publicum ecclesiasticum* altro non sia che una forma primitiva di diritto costituzionale canonico. Sulla dialettica tra pubblico e privato nel diritto canonico si veda *retro* par. 1 nota n. 3.

⁴³ Sensibili alle influenze provenienti dal pensiero giuridico secolare, alcune delle quali trasferite nell'esperienza canonistica, tutti i più importanti autori di *jus publicum ecclesiasticum* si fanno promotori della distinzione del *jus canonicum seu ecclesiasticum* in *publicum* e *privatum*, e, tranne in qualche caso per abbondanza di particolari, pressochè identica è la loro posizione in merito al contenuto sostanziale di entrambe le partizioni del *jus canonicum*, si veda ad esempio PHILIP ANTON SCHMIDT, *Institutiones iuris ecclesiastici, cit.*, cap. V, epoc. I, pp. 2-3: «*Cum Juris Ecclesiastici finis sit, Ecclesiae regimen, morum instructio et animarum salus: ipsius quoque erit, rite ordinare Ecclesiae statum tum publicum, eum nimirum, qui non concernit actiones singulorum, sed coetus hujus sacri jura communia, eorumque, qui coetui isti cum potestate sacra praesunt; limites item nexumque genuinum cum potestate profana: tum ipsas has privatorum causas et negotia animae salutem concernentia dirigere: inde aliud Jus Ecclesiasticum publicum aliud privatum*»; si veda inoltre JOHANN FRANZ BESSEL, *Dissertationes ad jus publicum Romano-Ecclesiasticum, cit.*, p. 1: «*Jus omnis quo utimur aut publicum aut privatum. Prius respicit felicitatem et ordinem Reipublicae in genere seu finem suum immediatum; posterius vero pro fine immediato habet commodum privatorum*»; JOHANN NEPOMUK ENDRES, *Dissertatio canonica de necessario, cit.*, cap. III, par. VIII, pp. 50-51: «*Eadem quoque divisio necessario in mentem revocanda est, ubi Juris Naturalis in Jure Ecclesiastico publico usus distinctus explicari intenditur: errore enim ac similitudine vocum neminem hic decipi velim, ut, audito Stato publico Ecclesiae, etiam soli Juri Naturae publico locum esse posse, existimet. Etiam in Statu Civili Privato Juris Naturae, quod privatum appellant usus non penitus exulat: idem igitur quin de Statu Ecclesiae Publico statuatur, nihil prohibet*»; ed ancora: *ivi*, par. XX, p. 64: «*Jus naturae privatum attendendum in negotiis Ecclesiae cum Republica profana*», *ivi*, par. XX, p. 64; sempre sul punto anche GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici, cit.*, T. II, Q. IV, cap. II, par. VI, p. 404: «*Quantum ad ordinem materiarum tum pertractandarum, tum explicandarum, in id precipue attendendum erit, ut Jus Ecclesiasticum Genuinum, Sincerum, Verum et proprie tale et quidem tam publicum quam privatum quam universale et particulare explicemus (...)*»; JOHANN ADAM ICKSTATT, *De studio iuris ordine, cit.*, Cap. III, par. XXV e XXVI, p. 117: «*Jus canonicum, cujus notiones distinctas supra dedimus, est vel publicum vel privatum. Jus canonicum publicum sive ecclesiasticum statum ecclesiae, ejus regimen et jura adumbrat (...)* Jus canonicum privatum leges complectitur, quibus status et officia tam sacra quam ritualia et caerimonialia, personarum ecclesiasticarum, earumque aequae ac laicorum jura et obligationes ratione rerum ecclesiasticarum, contractuum et delictorum determinantur».

esempio, nel trattato di *Jus canonicum universum* Devoti, rappresentante del metodo sistematico delle *Institutiones*, dedica un capitolo alla distinzione del *jus ecclesiasticum* in *publicum* e *privatum*, citando Zallwein come riferimento dottrinale⁴⁴. Nel delineare brevemente l'oggetto materiale degli studi di *jus ecclesiasticum publicum et privatum*, che noi identifichiamo con quelli di *jus publicum ecclesiasticum*, Devoti ne evidenzia anche una caratteristica peculiare: l'attenzione per le consuetudini locali. La prassi che ogni Nazione esprima una propria disciplina in materia ecclesiastica, è quindi pacificamente riconosciuta anche dalla canonistica più tradizionale, ma si avverte che il riferimento del Devoti è diretto a norme che, pur sempre, appartengono al diritto canonico e che non sono, quindi, parte del nuovo diritto ecclesiastico di matrice statale: «*Non omnia, quae publici juris sunt, simili prorsus modo ubique observantur. Quae a Divina institutione procedunt, ubique sunt eadem, ac plane similia, neque moribus, aut humana lege mutari possunt. At quae liberae sunt ecclesiasticae institutionis, non a Christo, sed ab Ecclesia pro accepta divinitus auctoritate praescripta varia esse possunt, et varia sunt revera pro diversitate Ecclesiarum (...) Hinc intelligimus, disciplinam ex. gr. in Hispania receptam argumento esse non posse, quod eadem etiam in Germania, aut in Galliis obtineat; cum unaquaeque natio suam peculiarem habeat, et suam retinere unaquaeque debeat*»⁴⁵.

Questa citazione suggerisce che un altro aspetto metodologico della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* vada, quindi, esaminato. Neller, appellato da Zallwein *Author Anonymus*⁴⁶, viene considerato come un esempio da seguire per chiunque volesse accostarsi allo studio del *jus publicum ecclesiasticum* e celebrato in quanto «*viam monstravit*»⁴⁷ nella trattazione del «*jus ecclesiasticum proprium genuinum et iuribus patriis Germaniae accomodatum*»⁴⁸. Il tributo di attenzione alla consuetudine territoriale, che rappresenta il *jus novum*, è evidente.

Tenendo a mente la realtà del decentramento normativo proprio dell'Età moderna lo studioso che volesse accostarsi alla scienza del *jus publicum ecle-*

⁴⁴ JOANNIS DEVOTI, *Juris canonici universi publici et privati*, Romae, 1813, ex Typographia Fratrum Junchi, T. I, *De jure ecclesiastico publico, ac privato*, cap. XVII, par. I, pp. 329, nota n. 1.

⁴⁵ JOANNIS DEVOTI, *Juris canonici universi publici et privati*, cit., T. I, *De jure ecclesiastico publico, ac privato*, cap. XVII, par. I, pp. 331- 332.

⁴⁶ La cautela di Zallwein nel citare apertamente il nome di Neller deriva probabilmente dalle dure critiche della Curia Romana sull'ortodossia della dottrina di questi che gli valsero, come si è già detto, anche la collocazione all'*Index* della sua opera principale. GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., t. I, *Praefatio II*, par. IX. Anche Endres, che di Neller è l'allievo principale, adopera il medesimo appellativo di *Anonymus* per riferirsi al proprio Maestro: JOHANN NEPOMUK ENDRES, *Dissertatio canonica de necessario*, cit., cap. I, par. XVI, p. 13.

⁴⁷ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio II*, par. IX.

⁴⁸ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio II*, par. V.

siasticum non potrà non comprendere quale influenza abbia esercitato, sulla produzione giuspubblicistica, anche il diritto in materia ecclesiastica elaborato dai diversi Stati nazionali. Zallwein lo definisce, addirittura, «*animam Juris Ecclesiastici*», dopo aver indicato, di questo, le componenti fontali: ovvero il diritto naturale, divino, pontificio, storico e germanico, che fanno del *jus ecclesiasticum genuinum* qualcosa di più del *jus mere pontificium seu canonicum*⁴⁹.

La nascita e lo sviluppo degli Stati Nazionali nell'Europa continentale pur sempre si collocano all'interno del tradizionale sistema dell'*utrumque jus*, che per sua natura prescinde dall'esistenza di un orizzonte politico unitario. Ma nuove visioni dell'uomo, della storia e della stessa vita sociale, favoriscono lo sviluppo di suggestioni critiche nei confronti di un contesto giuridico «dualistico» che comincia a non esser più avvertito come elemento di coesione. Ad ogni modo, nonostante le convinzioni di certa storiografia su una «presunta crisi» del diritto comune, questo sopravviverà fino all'avvento della codificazione, magari riciclandosi in età moderna nel binomio *jus municipale*, che, sostituendosi agli *jura propria*, sta per diritto dei singoli popoli, e *jus commune*⁵⁰.

* * *

In questo intricato panorama di metodi scuole e sistemi occupa uno spazio ben definito anche il movimento di riforma protestante, con il suo corollario di conseguenze rilevanti anche sul piano giuridico della vita degli Stati nei quali si innesta e si sviluppa.

In seguito alla frattura provocata dalla riforma nel tessuto unitario della *Respublica Christiana*, infatti, ciascun ordinamento esige di esercitare una piena giurisdizione su tutte le questioni, non solo civili ma anche religiose, che costituiscono il tessuto vitale dei diversi paesi.

Il fenomeno dello sviluppo di una scienza giuridica ecclesiastico-laicale verosimilmente influenza l'elaborazione delle dottrine del *jus publicum ecclesiasticum*, ma in un duplice senso: da una parte alimentando i propositi apologetici dei giuspubblicisti cattolici, dall'altra, però, imponendo a questi di non prescindere da un ossequioso riferimento agli ordinamenti secolari nelle loro trattazioni⁵¹.

⁴⁹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, cap. II, par. VII, p. 405.

⁵⁰ ITALO BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 1-3.

⁵¹ Come accennato in precedenza, non va trascurato che la maggior parte dei fondatori della cosiddetta Scuola di Würzburg vive, sebbene per motivi professionali, in stretto contatto con gli ambienti

Non sorprenderà, infatti, che la maggior parte delle opere di *jus publicum ecclesiasticum* contengano espliciti, e più o meno corposi, richiami al *jus germanicum*⁵², a motivo dei quali alcuni autori finiscono per essere considerati esponenti di un moderato cesaropapismo.

Non può, quindi, essere trascurato il dato importante dell'influenza che senza dubbio ha esercitato sulla formazione della disciplina giuspubblicistica il fiorire del *jus ecclesiasticum* dello Stato, che ha la funzione di innestare il diritto ecclesiastico, ad uso delle diverse chiese riformate, con il diritto di produzione statale in materia ecclesiastica, proprio dei territori in cui queste chiese nascono e si sviluppano, come pertinenze del *Patrimonialstaat*⁵³.

Appare molto probabile, alla luce di tutto quanto detto fino ad ora, che il *jus publicum ecclesiasticum* nasca, anche, come una sorta di risposta a questo fenomeno, utilizzando un metodo ed un linguaggio tecnico forse meno legati alla tradizione decretalistica che consenta, quindi, al *jus canonicum* di essere

della politica, e da ciò deriva la spiccata sensibilità dei giuspubblicisti nei riguardi delle controversie sui rapporti tra Chiesa di Roma, Chiese locali e, soprattutto, delle crescenti pressioni autonomistiche dei sistemi giuridici territoriali. Vedi *retro*, par. 1.

⁵² ADRIANO BERNAREGGI, *Metodi e sistemi*, cit., p. 205. A parte i già citati Neller e Schmidt si ricordino anche: JOHANN CASPAR BARTHEL, il quale dedica ampi spazi dei suoi *Opuscula iuridica varii argumenti, sumptibus Mathei Göbhardt Bibliopolae Universitatis, Bambergae, 1756*, proprio al *jus Germanicum* ed ai suoi rapporti col *jus canonicum*, con particolare riferimento alla *Pax Religiosa* di Vestfalia ed alle sue conseguenze nelle relazioni tra le varie confessioni religiose, T. I, Op. I, *Historia Generalia Pacificationum Imperii circa Religionem*, art. I, *Quid sit Pax Religiosa?*, p. 18-20; Zallwein, che pone il riferimento al diritto locale già nel titolo della sua opera *Principia juris ecclesiastici universali et particularis Germaniae*, cit., per poi dedicarsi interamente nel tomo III; ed anche lo stesso JOHANN NEPOMUK ENDRES che approfondisce il tema nella sua *Dissertatio politico-canonica de diverso juris germanici ad civile romanum et canonicum commune habitu*, Wirceburgi 1771, par. XX, p. 117 e par. XXI, pp. 118-119, in PHILIP ANTON SCHMIDT, *Thesaurus*, cit., dove dichiara: «*Postremum denique ac novissimum sive modernum jus, prout publicum et suprema autoritate conditum est, in Pacificationibus publicis dissidiorum Religionis causa sancitis constitit, et res Ecclesiasticas, Protestantes inter ex una et Catholicas ex altera parte, moderatur. Atque hoc, intuitu eorundem, rursus Juri Communi Canonico, contraria luce statuent, praevalere nemo negat (...). Quantum vero ad alteram Juris hujus Ecclesiastici particularis Germanici partem attinet, prout vel ex inveteratis Germanicarum Ecclesiarum moribus ex privilegiis, vel ex praxi etiam legibus aut Dioecesanis a communi licet jure canonico universali recedentibus constat, quamvis paucae illae sint, quae refragantur; et has tamen aequae inter Catholicos prevalere debere nulli omnino dubitamus. Quamvis enim principium superius praesuppositum diversam prorsus conclusionem inferendam exigere videatur, quod videlicet Leges Patriae Ecclesiasticae non aequae Juri Communi Canonico, sicut Profanae atque Politicae Civili Romano, derogare valeant.*»

⁵³ Il contesto in cui può collocarsi l'origine del *jus ecclesiasticum* statale è quello che si origina dalla Pace di Vestfalia (1648), che segna il riconoscimento dell'eguaglianza tra tutte le confessioni e la possibilità di una convivenza, all'interno dello stesso territorio nazionale, di più confessioni religiose, regolate da un'unica fonte giuridica, quella statale. Lo affermerà esplicitamente GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. III, Praefatio, p. VII: «*Quapropter in illustrando jure ecclesiastico Germanico novissimo, quod praecipue Pax Religiosa et Westphalica constituent (...)*». Il riferimento al nuovo diritto ecclesiastico di produzione dello Stato germanico mi pare incontestabile.

competitivo con l'emergente *jus ecclesiasticum*, statale e riformato, nell'affermazione della propria ortodossia, contrastando il destino assegnatogli dai protestanti, che lo relega ad una condizione di mera sussidiarietà⁵⁴.

Gli esordi metodologici della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* si presentano, comunque, caratterizzati da una certa promiscuità, in quanto è facile che i primi giuspubblicisti confondano, all'interno dei loro trattati, elementi appartenenti di *jus publicum ecclesiasticum*, ovvero esposizione e giustificazione dei diritti della Chiesa con tono marcatamente apologetico, con elementi del più tradizionale *jus ecclesiasticum publicum*, cioè, il *jus obiective sumptum*, corrispondente alla mera trattazione degli aspetti pubblicistici del diritto canonico eseguita secondo lo schema sistematico-didattico delle *institutiones*⁵⁵, all'interno del quale si trova, solitamente, anche una sezione dedicata al *jus ecclesiasticum privatum*.

L'influenza che il diritto ecclesiastico protestante e la fiorente legislazione dello Stato germanico esercitano sull'elaborazione delle dottrine esaminate

⁵⁴ «*Juri ecclesiastici suam auctoritatem usumque vindicamus. Cum enim hodie non pauci ex Catholicis etiam sint, qui juris ecclesiastici auctoritati mirum in modum detrabunt, ad infima subsellia illud tanquam Jus Mere Subsidiarium detrudunt, et ex omni orbe Christiano proscriptum et eliminatum vellent (...)*», GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici, cit.*, T. II, Q. IV, *Praefatio*, p. V ed anche T. I, Q. I, cap. VII, par. II, p. 60, in cui si fa riferimento all'opera dei luterani volta al fine di eliminare il diritto papale per far spazio al *jus ecclesiasticum novum* fondato esclusivamente sulle Sacre Scritture e le consuetudini locali. Ulteriori illuminanti informazioni sulle condizioni di operatività del *jus canonicum* nei territori riformati si possono raccogliere dalle letture di trattati di *jus ecclesiasticum* protestante, tra molti ad esempio quello di JOANNIS BRUNNEMANNI, *De Jure Ecclesiastico, tractatus posthumus, in usum ecclesiarum evangel. et consistioriorum concinnatus, post mortem auctoris revisus, et necessariis supplementis adauctus a Samuele Strykio, Accesserunt Praelectiones ad regulas juris canonici ejusdem auctoris et index rerum locupletissimus*, Apud Jeremiam Schrey et H. J. Meyerum. Typis J. Coepselii, Francofurti ad Viadrum, 1681, Lib. I, *De jure personarum Ecclesiasticarum*, cap. III, *De legibus*, par. III, p. 34: «(...) hinc apud nos pro consuetudinario jure merito reputatur». Vedi anche ADRIANO BERNAREGGI, *Metodi e sistemi, cit.*, p. 204, nota n. 2.

⁵⁵ Per Fogliasso, ad esempio, la linea di confine tra oggetto materiale e formale di entrambe le discipline è assai sottile, e spesse volte viene superata dai giuspubblicisti, nel tentativo di raggiungere una purezza metodologica definitiva. Per un'analisi delle caratteristiche metodologiche della nuova disciplina canonistica si vedano gli studi di EMILIO FOGLIASSO, *Sistematicità e funzionalità del Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum*, XV, 1963, pp. 431-437 e in particolare, sull'esame della locuzione *jus publicum ecclesiasticum*, p. 440. Il punto nodale delle riflessioni di Fogliasso risiede nel motivare come nell'espressione *jus publicum ecclesiasticum* il binomio *jus publicum* discenda dall'*Utrumque jus*, secondo l'Autore non ancora dissoltosi nella coscienza giuridica del tempo, rappresentando quella parte di *publicum quod spectat Ecclesiae* accanto a quella *quod spectat Statui*. EMILIO FOGLIASSO, *Sistematicità e funzionalità del Ius Publicum Ecclesiasticum, cit.*, pp. 426-428. Ma i tempi cambiano in fretta e la coscienza giuridica muta adeguandosi ad essi, ed il nuovo terreno di collegamento tra *Civitas* ed *Ecclesia* non può più essere quell'*Utrumque Jus* che le vedeva riunite nel soggetto unitario della *Respublica Christiana*, ma l'emergente *jus publicum universale*, modello adattabile alla poliformica realtà degli Stati Nazionali autonomi ed indipendenti, e sul quale si innesterà il diritto ecclesiastico di produzione statale, generato dal dogma moderno della statualità del diritto. EMILIO FOGLIASSO, *Il compito apologetico del Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum*, anno, VII, 1945, p. 53 nota n. 10.

suscita, però, agli esordi della nuova scienza del *jus publicum ecclesiasticum*, la diffidenza se non, addirittura, l'ostilità della Curia Romana, al punto che, ad esempio, l'opera di un autore di centrale importanza, come Neller, viene messa all'*Index*, per via della sua «vacillante ortodossia»⁵⁶, accuse probabilmente fondate sul legame di amicizia con Hontheim⁵⁷.

4. Il diritto divino come fonte primaria del *jus publicum ecclesiasticum*

Uno dei punti nodali del lavoro di ricostruzione metodologica del *jus publicum ecclesiasticum* è rappresentato dall'individuazione delle fonti utilizzate dagli autori che, per primi, si sono interessati allo studio di queste tematiche.

Tra questi Zallwein, rivelando un apprezzabile rigore scientifico, premette allo svolgimento della propria ricerca l'esatta specificazione dell'oggetto materiale del diritto di cui intende trattare: «*objectum juris nostri materiale (...) esse leges Divinas ac Ecclesiasticas (...)*»⁵⁸.

Per la precisione, il diritto di cui si occupa Zallwein è il *jus ecclesiasticum genuinum, non mere Pontificum seu Canonicum*, non quindi il diritto delle Decretali, di produzione umana, ma un diritto che principalmente, sotto il profilo delle fonti, è naturale e divino⁵⁹.

⁵⁶ EMILIO FOGLIASSO, *Sistematicità e funzionalità del Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum*, cit., p. 432, nota n. 57 e dello stesso *Il Codice di diritto canonico e il «Ius publicum ecclesiasticum»*, cit., pp. 16-17, nota n. 15. Effettivamente ad una attenta lettura non possono sfuggire alcuni particolari di dubbia interpretazione, tra i quali, ad esempio, nella parte introduttiva dell'opera, il riferimento agli Apostoli considerati nel loro insieme, senza che sia presente alcun accenno alla posizione primaziale di Pietro, per quanto riguarda il conferimento della *potestas* da parte di Cristo fondatore. Non sembrerebbe una dimenticanza, ma piuttosto un'omissione che cela probabili simpatie episcopaliste dell'Autore, per le quali, infatti, l'opera fu posta inizialmente all'indice. GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici*, ex officina Viduae Knochii & J. Georg. Eslinger, Francofurti et Lipsiae 1756, *Introductio*, par. XI: «*Authoritatem istam transfundit in Apostolos, qui post acceptum Spiritum S. regebant Ecclesia (...)*». Bernareggi, ad esempio, attribuisce a Neller una chiara identità gallicana, accostandolo ad autori come Febronio ed Eybel. ADRIANO BERNAREGGI, *Metodi e sistemi delle antiche Collezioni e del nuovo Codice di diritto canonico*, cit., p. 206.

⁵⁷ Georg Christoph Neller (1709-1783), canonista e teologo, fu cappellano al Duomo di Würzburg e precettore dei nipoti del Vescovo Principe elettore di Schönborn. Tra le frequentazioni che probabilmente hanno influenzato, in senso non ortodosso, il pensiero di Neller si annovera l'Hontheim: «*Sein treuster Freund und Gesinnungsgenosse war Hontheim (...)*». Cfr. JOHANN FRIEDRICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, vol. III/1, cit., par. 152, p. 214-215.

⁵⁸ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici cit.*, T. I, Q. I, *De iure ecclesiastico in genere*, cap. I, *De nomine, definitione, objecto et fine juris ecclesiastici*, par. V, p. 12.

⁵⁹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici cit.*, T. II, Q. IV, *De autoritate, usu et studio juris ecclesiastici*, cap. II, *De studio jurisprudentiae ecclesiasticae quoad methodum docentium*, par. VII, p. 405.

Precisa, inoltre, che il metodo e la *vis argumentorum*, tipici della scienza del *jus publicum ecclesiasticum*, devono servire alla principale e fondamentale delle tesi proposte: «*Ecclesia revera est societas perfecta et juridica*», fornendo un altro importante dato riguardante il metodo e le fonti del *jus publicum ecclesiasticum*, ovvero che tale tesi non è possibile che sia conosciuta «*solo lumine intellectus naturalis. Haec thesis tantummodo cognoscitur ex revelatione et proinde sola fide cognoscitur*»⁶⁰.

Da queste espressioni si desume, senza difficoltà, la priorità assegnata dallo studioso al *jus divinum*, al quale si affianca, ponendosi sullo stesso livello, la tradizione, «*quae tantae est dignitatis in Ecclesiae, ut cum Scriptura (...) de primatu auctoritatis dimicet, eo quod non minus sit Verbum Dei ac Scriptura*»⁶¹.

Nell'introduzione dei suoi *Principia Iuris ecclesiastici*, anche Neller precisa che la fonte del *jus Ecclesiae*, essendo questa una *societas inaequalis*, non è la volontà della *multitudo sociorum* ma quella di Cristo fondatore⁶². Più avanti dirà, infatti, che «*primaria lex*»⁶³ è la Sacra Scrittura, cui si accompagna la Sacra Tradizione, che nella prima rinviene il proprio presupposto di legittimità⁶⁴.

Zallinger dichiara che è necessario ricorrere all'uso di strumenti appropriati qualora ci si interroghi sull'origine e la natura della *societas sacra*, ovvero la Chiesa, individuando tale strumenti proprio nella scrittura e nella tradizione e nelle loro interpretazioni autentiche⁶⁵.

Anche Endres pone l'accento sulla centralità, nel sistema delle fonti, della

⁶⁰ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici cit.*, Pars I, *Principia generalia et fundamentalia*, p. 20.

⁶¹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici cit.*, T. I, Q. II, *De fontibus originariis juris ecclesiastici, Scriptura et Traditione*, cap. III, *De Traditione*, par. I, p. 156.

⁶² GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici, cit.*, *Introductio*, par. X. Le affermazioni di Neller sopra citate costituiscono una risposta appropriata ad alcune idee veicolate dagli scrittori protestanti in merito alla natura ed alle origini «pattizie» della Chiesa. Si veda ad esempio quanto asserisce il protestante Pfaff sul tema in questione: «*Tota Ecclesia mutua quidam confoederatione conglutinata est, et pacto leges sibimet ipsa facit, conventionales illas, quibus disciplina Ecclesiastica dirigitur*». CRISTOPH MATTHÄUS PFAFF, *Institutiones Juris Ecclesiastici (ad usum auditorii pfaffiani)*, Apud Onophr. Seilerum, Bibliopol. Scaphus., Francofurti et Lipsiae, 1727, rist. Minerva GMBH, Frankfurt an Main, 1976, Libro V, *De jurisdictione et regimine ecclesiastico*, cap. I, *De regimine ecclesiastico in primis saeculis, de Episcoporum juribus et audientia Episcopali*, par. I, p. 229.

⁶³ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici, cit.*, cap. I, par. I, p. 1. Nell'elencare le fonti del *jus publicum ecclesiasticum* ribadirà la priorità della *Lex divina Novi testamenti* anche JOHANN FRANZ BESSEL, *Dissertationes ad ius publicum Romano-Ecclesiasticum, cit.*, *Prolegomena*, p. 2.

⁶⁴ L'Autore si sofferma a ricordare come un punto di controversia con i Protestanti sia proprio rappresentato dall'approccio alla Sacre Scritture, fondato sull'interpretazione personale, e sulla conseguente idea di tradizione. GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici, cit.*, cap. II, par. I, p. 15. «*Nemo enim negat, Verbo Dei traditio, siquod reipsa existat, omnem debere reverentiam, sed hoc inficiantur Protestantes, quod existant praeter Scripturam genuinae traditiones*».

⁶⁵ JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum Iuris naturalis et Ecclesiastici, cit.*, L. V, cp. I, par. CCCXVIII, p. 632.

voluntas Christi manifestatasi nella Rivelazione⁶⁶, ed in aperta polemica con le idee del diritto naturale razionalista afferma che «(...) *plura reperiuntur in Revelatione quam in Ratione (...) totum illud Regimen et omnis in Ecclesia potestas tota coelestis ac plane divina ex corruptae Naturae nostrae principiis oriri non potuit*»⁶⁷.

Allo stesso modo Bessel specifica il ruolo fondamentale del *jus divinum* nella vita dello *Status Ecclesiae* precisando che la principale tra tutte le leggi divine è quella fondante il mandato petrino, sulla quale si struttura l'intero impianto costituzionale della Chiesa⁶⁸.

Medesima è la conclusione cui giunge anche Zallinger, il quale pare avere, rispetto agli altri esponenti di *jus publicum ecclesiasticum*, una più chiara consapevolezza dell'oggetto materiale della novella disciplina, nel momento in cui esplicitamente dichiara che le vicende riguardanti la fondazione divina della Chiesa, ed in particolar modo il mandato petrino, che ne contraddistingue la forma giuridica, «*maxime ad ius publicum Ecclesiasticum pertinet*», ed in virtù di ciò spetta all'autorità infallibile della Chiesa ogni interpretazione autentica di tale principio⁶⁹.

Per la verità non è dalle affermazioni contenute nelle premesse dei trattati di *jus publicum ecclesiasticum* che si può desumere quanta importanza i giuristi cattolici assegnino al *jus divinum* nella elaborazione della nuova disciplina, quanto, piuttosto, dall'uso che di questo fanno, nel giustificare le tesi di natura pubblicistica riguardanti la *Respublica Ecclesiastica*, che rappresentano, appunto, il cuore del *jus publicum ecclesiasticum*.

Gli argomenti desunti dai testi della Sacra Scrittura, così come dalla Tra-

⁶⁶ JOHANN NEPOMUK ENDRES, *Dissertatio canonica de necessario*, cit., T. I, cap. II, par. V, p. 48: «*Ex sola autem revelatione Divina ea nobis Christi voluntas, et jus, quo institutam a se fidelium societatem gubernari voluit, constare debet (...)*. «*Ubi revelatio Divina loquitur*» la ragione viene costretta al silenzio, manifestandosi, così, i limiti del diritto naturale fondato esclusivamente sulla *humana Ratio*. Si veda anche l'elaborata definizione di *jus divinum* di Ickstatt: «*Complexum praeceptorum sive legum, immediate et ex libera voluntate Dei latarum, atque hominibus per revelationem manifestatarum, quibus officia tum erga Deum, tum hominis erga se ipsum, tum erga proximum, nec non erga ecclesiam et statum civilem determinantur, jus divinum positivum dicimus*». JOHANN ADAM ICKSTATT, *De studio iuris ordine*, cit., op. I, cap. II, par. LII, p. 82.

⁶⁷ JOHANN NEPOMUK ENDRES, *Dissertatio canonica de necessario*, cit., par. VII, p. 50.

⁶⁸ JOHANN FRANZ BESSEL, *Dissertationes ad ius publicum Romano-Ecclesiasticum*, cit., Prolegomena, p. 1: «*Ita pariter Jur. Rom. Eccle. sua non desunt principia, quibus status Ecclesiastici compaginem vel natam vel adolevisse demonstret. In hoc Statu Ecclesiastico duplicem invenimus rationem, spirituales videlicet et profanam (...)*». L'Autore fornisce un elenco sommario delle materie disciplinate rispettivamente dal *jus divinum*, quali ad esempio le questioni riguardanti l'erezione dei tribunali romani, il numero dei cardinali, il rito dell'incoronazione pontificia, e le rimanenti molte altre discipline dal *jus humanum*.

⁶⁹ JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum iuris naturalis*, cit., L. V, cap. CCXXXVII, p. 654.

dizione, hanno la funzione di legittimare le proposizioni riguardanti la vera costituzione della Chiesa, cioè la sua natura di *societas inaequalis*, simile, sotto certi profili, ad una *Respublica civilis* e, quindi, dotata di un ordinamento giuridico che le consente di rivendicare autonomia ed autosufficienza nei confronti delle altre *societates* con le quali si trova in relazione.

Sulla base del fatto che i giuspubblicisti orientano le loro opere in senso controversistico non sorprenderà che alcuni versetti neotestamentari siano oggetto di ambivalenti interpretazioni, sia da parte cattolica sia da parte protestante. Da tali fonti si desumono opposte visioni della costituzione della Chiesa: gerarchicamente organizzata la Chiesa cattolica, e come una sorta di semplice comunione democratica e acefala quella protestante.

Tra i brani più famosi e maggiormente utilizzati per giustificare sotto il profilo teologico entrambe le tesi dottrinali in tema di costituzione della Chiesa, si trova, ad esempio, il passo di Matteo XVIII, 18-19, che per i cattolici è il manifesto dell'origine divina del primato petrino, della sua giurisdizione sulla Chiesa universale, e della *forma regiminis* monarchica della *societas Ecclesiae*⁷⁰, mentre dagli autori protestanti è interpretato come il fondamento di una *facultas* che racchiuderebbe le potestà di amministrare i mezzi di salvezza ed insegnare la lieta novella, escludendo categoricamente che Cristo abbia inteso assegnare a Pietro una potestà di giurisdizione sulla Chiesa⁷¹.

Secondo la dottrina protestante le espressioni desunte dal vangelo di Matteo XVIII, «*solvere et ligare*» non vanno intese come riferentisi ad una *potestas coactiva*⁷², della cui esistenza fornirebbero la prova teologica, così come sostenuto dai giuristi cattolici, ma piuttosto vanno tradotte nel seguente modo: «*Quod porro de ligatione et solutione dicitur, itidem nec de solo Petro Matth. XVIII.18. nec de absoluta quidam potestate vel jurisdictione coactiva*

⁷⁰ Si veda ad esempio GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici, cit.*, T. I, q. IV, cap. II, par. III, pp. 342-343; utilizza l'espressione «*claves regni*», per indicare la *potestas* conferita a Pietro, JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum iuris naturalis, cit.*, Lib. I, *Ius Ecclesiasticum publicum*, cap. III, par. I, nota n. 6. p.652 e cap. V, par. CCCLIV, p. 715 e nota C p. 716.

⁷¹ Di segno opposto alla posizione cattolica sono le interpretazioni sul concetto di *claves regni coelorum* di uno dei più autorevoli tra gli autori protestanti, le cui opere certamente avranno contribuito a stimolare la formazione del *jus publicum ecclesiasticum* in direzione apologetica: CRISTOPH MATTHÄUS PFAFF, *Institutiones Juris Ecclesiastici, cit.*, Lib. I, *De Ecclesia in universum*, cap. II, *De prima Ecclesiae constitutione et forma variisque ejus usque ad nostra tempora revolutionibus*, par. II, p. 49: secondo l'Autore il significato da attribuire all'espressione di Cristo è il seguente «(...) *docendi atque per Evangelii praedicationem viam ad coelum hominibus adaperiendi gratiaque bona ipsis dispensandi facultatem, quae Petro data sed non soli illi data fuit, omnibusque Apostolis data fuit et hodie omnibus Ecclesiarum doctoribus sine controversia competit*».

⁷² CRISTOPH MATTHÄUS PFAFF, *Institutiones Juris Ecclesiastici, cit.*, Lib. I, *De Ecclesia in universum*, cap. II, *De prima Ecclesiae constitutione et forma variisque ejus usque ad nostra tempora revolutionibus*, par. II, p. 49.

*ipsi concessa intelligi debet. Jam vero solvere et ligare vel de rebus vel de personis dicuntur. Si prius, solvere est licitum declamare, ligare illicitum. Si posterius, solvere ab excommunicatione aliquem liberare, ligare excommunicatum pronunciare (...)»*⁷³. Da questa premessa discende, poi, che non vi sarebbe alcuna ragione per negare che tale facoltà sia concessa anche agli Apostoli e non al solo Pietro⁷⁴.

Altrettanto copiosamente utilizzato allo scopo di disciplinare le relazioni esterne della *Societas Christi* con le altre *societates*, è un altro brano del Vangelo di Matteo, (XXII 21): il celeberrimo «*Reddite Caesari quae sunt Caesaris, Deo quae Dei sunt*», in cui si fissano i rapporti tra Chiesa e realtà politica nella tradizionale formula dualistica, sulla base della quale i giuspubblicisti ripropongono anche la dottrina bellarminiana sulla *potestas indirecta in temporalibus* da opporre all'eccessiva ingerenza del *jus ecclesiasticum* statale ed i suoi *jura maiestatica circa sacra*.

È, dunque, al *jus divinum* che i giuspubblicisti fanno costante riferimento per impostare l'impianto costituzionale del diritto della Chiesa e le prerogative di cui questa è titolare rispetto al mondo esterno; perché è nella volontà fondazionale di Cristo che risiede il progetto costituzionale, immutabile, sulla Chiesa universale che attende solo di essere colto e contestualizzato attraverso gli strumenti tecnici di cui l'esperienza giuridica dispone nei diversi momenti del percorso storico: il *jus publicum ecclesiasticum* rappresenta un esempio di tale impegno scientifico.

Il diritto divino positivo diventa, quindi, la fonte principale di quella parte speciale di diritto canonico pubblico, giustificato e difeso dagli *errores dei*

⁷³ CRISTOPH MATTHÄUS PFAFF, *Institutiones Juris Ecclesiastici, cit.*, Lib. I, *De Ecclesia in universum*, cap. II, *De prima Ecclesiae constitutione et forma variisque ejus usque ad nostra tempora revolutionibus*, par. II, p. 49.

⁷⁴ CRISTOPH MATTHÄUS PFAFF, *Institutiones Juris Ecclesiastici, cit.*, Lib. I, *De Ecclesia in universum*, cap. II, *De prima Ecclesiae constitutione et forma variisque ejus usque ad nostra tempora revolutionibus*, par. II, p. 49-50: «*Si vero et de personis sermo sit, si et de peccatorum retentione vel remissione hic agatur, omnibus Apostolis haec facultas communis fuit. John XX. 23. Imo si ligare et solvere hoc significet, declamare nomine hunc vel illum in peccato dominante situm adeoque vitandum nullumque cum eo consortium habendum esse, vel declamare, eum ex hoc statu iterum emersisse adeoque in communionem nostram redire posse, nihil heic Christus Petro dixit, quod non omnibus Apostolis competere possit*». Altro Autore che si affianca al Pfaff in questa interpretazione è Dupin secondo il quale: «*(...) potestas clavium sit immediata concessa universitati Ecclesiae, ut per ejus ministros ac per summum pontificem exercentur (...) ut ergo pateat mentem antiquorum omnium fuisse, claves non uni Petro, sed in persona Petri universitati Ecclesiae collatas esse (...)*». LOUIS ELLIES DUPIN, *De antiqua Ecclesiae disciplina dissertationes historicae, exceptae ex conciliis oecumenicis et sanctorum patrum ac auctorum ecclesiasticorum scriptis, autore Ludovico Ellies Dupinio...sumptibus Societatis typographicae ex typis Andreas Crass, Moguntiaci, 1788, diss. VI, De Concilio generalis supra Romanum Pontificem auctoritate*, par. I, p. 304.

professori protestanti, che, nella produzione letteraria emergente nel secolo dei «Lumi», prende il nome di *jus publicum ecclesiasticum*.

La forza probativa desunta dagli argomenti della Rivelazione, che nutrono l'ambizione apologetica delle opere dei giuspubblicisti, consente di impostare la trattazione dei diritti della Chiesa anche *ad extra*, e non solo *ad intra*; e questa caratteristica metodologica consente, così, di distinguere una trattazione di *jus publicum ecclesiasticum* dai tradizionali trattati di Teologia Fondamentale *De Ecclesia* o *De Vera Religione*, che del *jus publicum ecclesiasticum* costituiscono, comunque, un essenziale presupposto logico, la cui importanza non può essere trascurata, pena una incompleta comprensione della singolare disciplina.

5. *Il rapporto tra riflessioni giuridiche e approfondimento ecclesiologicalo nel diritto canonico: la probabile ispirazione del jus publicum ecclesiasticum nell'ecclesiologia di Torquemada e Bellarmino*

«*Similiter in iure canonico exsponendo (...) respiciatur ad Mysterium Ecclesiae*»⁷⁵: in questa indicazione metodologica rivolta ai canonisti, e contenuta in un brano del più recente magistero conciliare, si ha una sintesi efficace di quel particolarissimo ed intenso rapporto che lega l'approfondimento teologico all'elaborazione scientifica del diritto canonico, in virtù del quale quest'ultimo è stato addirittura definito «scienza sacra» o «*theologia practica*»⁷⁶ o, ancora, «*theologische Disziplin mit juristischer Methode*»⁷⁷.

È opportuno tenere presente, da una parte, la netta distinzione esistente tra i due sistemi – il teologico ed il giuridico – scientificamente autonomi rispetto alla prospettiva formale così come al metodo⁷⁸; dall'altra non può

⁷⁵ Concilio Vaticano II, Decr. *Optatam Totius*, n. 16.

⁷⁶ Tra gli altri vedi: VINCENZO DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, XII ediz., Giuffrè, Milano, 1970, p. 27; PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Corso di diritto canonico*, cit., p. 68.

⁷⁷ La definizione è di KLAUS MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, A.1, F. Schöning, Paderborn, 1964, p. 36; si vedano inoltre: ANTONIO ROUCO VARELA - EUGENIO CORECCO, *Sacramento e diritto: antinomia nella Chiesa? Riflessioni per una teologia del diritto canonico*, Jaca Book, Milano, 1971 e WINFRIED AYMANS, *Osservazioni critiche sul metodo della canonistica*, in *Scienza giuridica e Diritto canonico*, a cura di R. Bertolino, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 97-119 e in particolare p. 103. Ed ancora sul tema si veda JAVIER HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Eunsa, Pamplona, 1992, p. 13 e ss e CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, cit., in particolare pp. 51-55.

⁷⁸ Pur essendo ritenuto «ramo della teologia pratica» il diritto canonico se ne distingue, come osserva Del Giudice, perché presenta le medesime verità oggetto di studio della dogmatica, intese, però, come presupposto o contenuto di norme «che si impongono all'attività umana per la realizzazione

non essere evidenziata la funzione di presupposto indispensabile, di a-priori non trascurabile, a pena di rinunciare alla comprensione profonda di questa realtà, che le statuizioni teologiche assumono in relazione al diritto canonico. Tale influenza è presente nell'elaborazione della norma canonica, nella sua comprensione, perfino nell'esposizione, senza, però, in virtù di questo legame, mortificarne la natura di diritto in senso proprio.

Ed è alla luce di queste brevi considerazioni che si può asserire con il Fedele che «il diritto canonico come norma e come scienza è tributario del dogma e della teologia», «attingendo a quest'ultima per trarne la linfa vitale della propria esistenza»⁷⁹. Nel diritto canonico, dunque, l'ermeneutica teologica e quella giuridica si affiancano nella ricerca della «materiale infrastruttura»⁸⁰ delle norme, senza che la prima rimanga relegata nella condizione di semplice «complemento o supplemento»⁸¹ e la seconda subordinata ad una funzione meramente coattiva rispetto alle verità rivelate⁸².

dei fini della Chiesa». VINCENZO DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, cit., p. 27. La scienza canonica è giuridica per oggetto formale e metodo, e teologica perché *fide illuminata*. Alla teologia si riserva il compito di fornire una esposizione teoretica del *depositum fidei* effettuata *sub specie veritatis* (*revelatae*); alla canonistica, invece, si affida l'analisi del medesimo dato di fede ma condotta *sub specie iuris*, ovvero da un punto di vista pratico, e non teoretico, che consenta di determinare il buon diritto del popolo di Dio secondo il suo fine ultimo. Le chiarificatrici considerazioni qui riportate sono di JAVIER HERVADA, *Colloquios pededúuticos sobre el derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 2002, pp. 92-93. Vedi anche: JEAN PIERRE SCHOUPPE, *Le droit canonique*, Ed. Story – Scientia, Bruxelles, 1991, p. 32: «*En tant que science sacre, sa méthode consistera a prendre comme point de depart le mystere de l'Eglise conformément aux exigences conciliaires. En tant que science juridique - au sens plénier, non au sens analogique - sa méthode variera selon le niveau de connaissance (fondamental, scientifique et technique, prudentiel) auquel le juriste se situera*»; e ALBERTO DE LA HERA, *Introducción a la ciencia del derecho canónico*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 54: «*(...) de ninguna manera se trata de ciencias comunicadas; por el contrario convendrá poner muy de relieve las raíces teológicas del Derecho canónico, a la vez que se procura conseguir que la Teología ofrezca de la Iglesia una figura en la que los aspectos jurídicos-sociales no parezcan algo externo y como yuxtapuesto, sino que se patentice su inserción en la naturaleza misma de la Iglesia y ello por voluntad del propio Fundador, Cristo*».

⁷⁹ PIO FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Cedam, Padova, 1941, p. 40 e ss. «*Se specifici sono i contenuti del diritto canonico (basti pensare a quelli del c.d. diritto divino positivo), se per la conoscenza e la migliore interpretazione di tali contenuti indispensabile appare la riflessione teologica, tutto ciò non incide sul fenomeno giuridico, sul suo fondamento e sulla sua funzione. Il discorso sul diritto sarà in ogni caso univoco, nonostante i suoi diversi contenuti*». Dello stesso A. si veda anche *Il problema dello studio e dell'insegnamento del diritto canonico e del diritto ecclesiastico in Italia*, in *Arch. Dir. Eccl.*, 1 (1939), pp. 54 e 71-72. Ed inoltre si veda GAETANO LO CASTRO, *Prefazione a Il soggetto e i suoi diritti nel diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 9-10.

⁸⁰ L'espressione è di HELMUTH PREE, «*Ius divinum*» *between normative text, normative content, and material value structure*, in *The jurist*, n. 56, 1996, p. 64 e ss.

⁸¹ SALVATORE BERLINGÒ, «*Il concetto di diritto canonico nella scuola laica italiana*», in *Il concetto di diritto canonico*, a cura di Carlos José Errazuriz Mackenna e Louis Navarro, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 62-64.

⁸² GAETANO LO CASTRO, *Il mistero del diritto. Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 214-216.

Questa breve premessa consente di sviluppare un'analisi critica sul rapporto tra *jus publicum ecclesiasticum* ed i trattati di teologia fondamentale, ed in particolar modo sull'influenza che l'approfondimento ecclesiologico ha esercitato sulla novella scienza canonica e sulla sua evoluzione.

Per comprender meglio i termini di questa relazione e, di conseguenza, poter tracciare una *linea finium regundorum* tra le due discipline, si rende opportuno effettuare un rapido richiamo alla genesi storica del *jus publicum ecclesiasticum*.

Si è già riferito di come gli attacchi sferrati dalla teologia protestante si rivolgano alla Chiesa di Roma nella sua globalità, movendo dai presupposti teologici fino alla sua struttura giuridica, e di come, essenzialmente, il *jus publicum ecclesiasticum* nasca ispirato e caratterizzato da finalità apologetiche, alle quali si affianca un esiguo numero di ambizioni di tipo sistematico-dottrinale.

L'idea centrale che domina e accomuna il pensiero di giuspubblicisti e teologi è, difatti, quella di opporre alla visione errata della Chiesa, prospettata dai riformatori, una visione fedele alla tradizionale ortodossia; la *imago Ecclesiae*, quella, cioè, che può dedursi dalla Scrittura e dalla Tradizione⁸³ e che ispira, come corollario, la questione fondamentale, per quel tempo, ossia quella attinente la perfezione giuridica della *Ecclesia Christi*.

Dall'osservazione dei primi trattati di *jus publicum ecclesiasticum* è facilmente intuibile quanto i giuspubblicisti ecclesiastici attingano al patrimonio della teologia fondamentale non solo *ratione fontium* ma anche *ratione methodi*⁸⁴.

Per la precisione il punto di collegamento tra le due scienze sacre è rappresentato dal trattato *de Ecclesia* che rappresenta, nell'ambito della teologia fondamentale, la risposta alle tesi protestanti speculari a quella fornita, nel campo del diritto pubblico, con il *jus publicum ecclesiasticum*.

V'è, però, un particolare interessante da sottolineare, ossia che la storia della trattatistica *de Ecclesia* rivela che la riflessione sistematica sulla Chiesa, effettuata in forma di trattato teologico, si sviluppa non in coincidenza con l'affermazione della struttura giuridico-istituzionale della Chiesa stessa e della sua dottrina⁸⁵.

⁸³ EMILIO FOGLIASSO, *Efficienza formativa del diritto pubblico ecclesiastico*, cit., p. 219.

⁸⁴ EMILIO FOGLIASSO, *Il compito apologetico del ius publicum ecclesiasticum*, cit., p. 81. Anche Lombardia nell'esaminare la genesi e le caratteristiche della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* descrive questa come una sistematizzazione delle basi ecclesiologiche del diritto canonico, attuata muovendo da principi teologici per dedurne conclusioni in termini tecnico-giuridici. PEDRO LOMBARDIA, *Le Droit Publique Ecclésiastique selon Vatican II*, in *Apollinaris*, cit., p. 64 e 72.

⁸⁵ Si veda GIUSEPPE COLOMBO *Il dato e lo sviluppo storico della definizione di Chiesa della Cost.*

La forte influenza pratica della scienza canonistica frena, infatti, lo sviluppo della riflessione puramente teologica a favore di un'indagine di tipo marcatamente giuridico-istituzionale⁸⁶.

Per la verità i primi trattati *de Ecclesia* risalgono alla seconda metà del Seicento, ma in quel momento sull'approfondimento ecclesiologico, a motivo di alcune contingenze storiche, prevalgono l'esigenza apologetica ed il perfezionamento della tecnica giuridica; cosicché l'attenzione si concentra sulla potestà nella Chiesa ed in particolar modo sul potere primaziale, vale a dire sui due argomenti che fino al Vaticano II monopolizzeranno la riflessione giuridico-ecclesiologica⁸⁷.

E' dunque evidente il carattere controversistico⁸⁸ del trattato *de Ecclesia*, che si pone come strumento di difesa del dogma ecclesiologico contro gli attacchi e gli *errores* prodotti dai più diversi movimenti religiosi, politici, ideologici presentatisi lungo il corso della storia: cominciando dalle dispute regaliste, continuando, poi, con le tesi conciliaristiche fino al momento forte della Riforma protestante ed alle sue appendici giurisdizionalistiche, per concludere, infine, con i frutti più rappresentativi del pensiero moderno, ovvero il razionalismo, il laicismo, il liberalismo⁸⁹ ecc.

Considerate queste premesse non sorprende il fatto che l'origine della riflessione sistematica sul dato ecclesiologico si collochi all'interno di questo particolare orizzonte storico e non prima.

Nell'epoca della *Respublica Christiana*, infatti, quando i principi teologici costituiscono allo stesso tempo anche i fondamenti della compagine giuridico-sociale della vita quotidiana, non si avverte l'esigenza di puntualizzare

«*Lumen Gentium*», in GIUSEPPE COLOMBO, GIUSEPPE LYONNET, STANISLAO ALBERICH, ERNESTO BALDUCCI, *La Cost. Dogm. De Ecclesia Lumen Gentium*, Scuola di Pastorale per le Diocesi della Regione Emiliana, Parma, 1965, p. 15, Colombo così sintetizza: «la riflessione sistematica sulla Chiesa cresce in proporzione inversa all'affermarsi della Chiesa», GIUSEPPE COLOMBO *Il dato e lo sviluppo storico*, cit., p. 22; sulla relazione tra sviluppo dogmatico e progresso teologico si vedano le riflessioni di ANGEL ANTÓN, *Lo sviluppo della dottrina sulla Chiesa dal Vaticano I al Vaticano II*, in *L'ecclesiologia dal Vaticano I al Vaticano II*, Ed. La Scuola, Facoltà Teologica Interregionale Milano, Brescia, 1973, pp. 32 e 33.

⁸⁶ ANGEL ANTÓN *Lo sviluppo della dottrina sulla Chiesa*, cit., p. 32 e ANGEL ANTÓN, *El tratado «De ecclesia» nuevo centro de perspectiva en la enseñanza de la teología*, in *Gregorianum*, 50, 1969, p. 671.

⁸⁷ Si veda Battista MONDIN, *Le nuove ecclesiologie*, Ed. Paoline, Roma, 1980, pp. 19 e 20. Tra le prime opere di ecclesiologia si ricordino: il *De regimine christiano* di Jacopo da Viterbo, scritto all'epoca del conflitto tra Bonifacio VIII e Filippo il Bello (1302 circa); il *Tractatus de Ecclesia* di Giovanni da Ragusa (1433-1435) contenente, però, elementi della dottrina conciliaristica, ma degna di maggiore interesse è la *Summa de Ecclesia* di Johannes de Torquemada (1561). YVES CONGAR, *L'Eglise de Saint Augustin à l'époque moderne*, cit., pp. 273-275; 328-330; 340-342.

⁸⁸ Si veda ANGEL ANTÓN, *Lo sviluppo della dottrina sulla Chiesa*, cit., p. 38.

⁸⁹ ANGEL ANTÓN, *Lo sviluppo della dottrina sulla Chiesa*, cit., pp. 38 e 39.

le questioni fondamentali riguardanti l'essenza e la potestà della Chiesa e, soprattutto, di farlo in un'ottica polemica⁹⁰.

La realtà globalizzante della Chiesa e del suo messaggio evangelico costituiscono un elemento talmente naturale nella vita della *societas christiana*, proprio come lo è il respiro negli esseri animati del quale ci si accorge solo quando viene a mancare, che, in assenza di attacchi talmente diretti e sovversivi come quelli che circondano la nascita del *jus publicum ecclesiasticum*, non si rende indispensabile una riflessione della Chiesa su se stessa.

Si spiegherebbe così l'assenza di un trattato di ecclesiologia nelle grandi opere dei teologi medievali, compresa la più maestosa e completa tra tutte: la *Summa* di S. Tommaso d'Aquino.

Con il Lombardía potremmo concludere che il *jus publicum ecclesiasticum* fornisce le basi dottrinali necessarie per l'esegesi dei testi legali, e che il contenuto dogmatico elaborato risulta, di conseguenza, correlato allo stato dello sviluppo degli studi ecclesiologici del periodo storico in cui questa disciplina acquisisce la propria fisionomia⁹¹. Da tale prospettiva la nuova branca della scienza canonistica pare, dunque, presentarsi con un originale carattere di strumentalità rispetto allo studio del diritto canonico. Ciò che la contraddistingue non è tanto il suo oggetto materiale quanto quello formale, ovvero il metodo che viene adoperato, che unito alla peculiarità dei temi selezionati, le consegna una innegabile «finalità formatrice»⁹², almeno fino al Vaticano II, quando i nuovi orizzonti ecclesiologici evidenziano l'inadeguatezza del *jus publicum ecclesiasticum* a rappresentarli giuridicamente, trasferendo il compito al diritto costituzionale canonico.

* * *

Tenuto conto delle considerazioni fin qui presentate, non è una forzatura ritenere che le argomentazioni dei teorici del *jus publicum ecclesiasticum* trovino ispirazione e giustificazione nel pensiero di due importanti teologi dell'età moderna: Torquemada ma, soprattutto, Bellarmino.

⁹⁰ EMILIO FOGLIASSO, *Compito e caratteristiche del diritto pubblico ecclesiastico interno*, cit., p.6.

⁹¹ PEDRO LOMBARDÍA, *Le Droit Public Eclésiastique selon Vatican II*, in Apollinaris, cit., p. 64.

⁹² PEDRO LOMBARDÍA, *Le Droit Public Eclésiastique selon Vatican II*, in Apollinaris, cit., p. 62: «L'enseignement du DPE a toujours été conçu par rapport celui du Droit canonique. Cette discipline a eu et continue d'avoir aujourd'hui un caractère propédeutique pour l'étude du droit de l'Eglise, en tant qu'elle proportionne des connaissances préparatoires l'étude exégétique des normes. Paradoxalement, le DPE remplissait en même temps une fonction complémentaire: celle de fournir un genre de connaissances que n'offraient pas le chaires du Droit canonique et qui, cependant, apparaissaient comme nécessaires dans la formation de l'élève».

L'opera, in tal senso, più rilevante del periodo immediatamente precedente il Concilio di Trento è la *Summa de Ecclesia* di Juan de Torquemada, composta tra il 1448 ed il 1449, ed edita a stampa un secolo dopo, in prossimità dell'inizio del Concilio.

Al teologo spagnolo, autorevole promotore della teologia del primato petrino al Concilio di Basilea⁹³, si deve riconoscere il merito di aver creato un'opera di impressionante organicità nella trattazione di una materia sì complessa, utilizzando una assai rilevante quantità di fonti, Scrittura e Tradizione in primo luogo, ma soprattutto rivelando una completa conoscenza della Patristica, cui ricorre copiosamente per fondare le proprie affermazioni contro gli *errores* eterodossi che, come egli stesso premette⁹⁴, intende confutare nella sua *Summa*.

L'opera di Torquemada, per la sua vena apologetica, e per il tentativo di rappresentare i fondamenti dogmatici della struttura costituzionale della Chiesa, costituisce in campo teologico ciò che in campo giuridico sarà rappresentato dai trattati di *jus publicum ecclesiasticum*.

La complessità del tema, elaborato con sistematica organicità, si costruisce intorno ad un'idea fondamentale che, per il teologo, è quella riguardante la centralità del primato petrino nella vita della Chiesa; leggendo le dense pagine della *Summa* l'impressione che si avverte è che ogni questione affrontata riconduca inevitabilmente al punto nodale, per la comprensione stessa della Chiesa, ovvero la rilevanza incomparabile del papato, rappresentato come la fonte da cui promana ogni potestà ecclesiastica⁹⁵.

Esaminando la maggior parte dei trattati di *jus publicum ecclesiasticum* si noterà come questa idea rappresenti il motivo costante e dominante di tutte

⁹³ Sul ruolo di Torquemada nella difesa delle posizioni del papa al Concilio di Basilea si veda *Il Concilio e i Concili. Contributo alla storia della vita conciliare della Chiesa*, a cura di BERNARD BOTTE, Roma, 1962, pp. 253-258; GIUSEPPE ALBERIGO, *Chiesa conciliare. Identità e significato del Conciliarismo*, Paideia, Brescia, 1981, p. 262 e ss. e ORAZIO CONDORELLI, *Principio elettivo, consenso, rappresentanza*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2003, pp. 116-120 e pp. 164-165. Un'altra significativa figura si erge nel contesto del Concilio di Basilea, per la promozione della dottrina sul primato: è Nicola Tedeschi, il Panormitano. Una visione parziale della sua dottrina sul tema si può rinvenire in una delle sue *quaestiones*, NICOLAI TUDESCHIJ, *Consilia, iurisque, responsa, ac Quaestiones*, Apud B. Maiorinum Parmensem, Venetiis, 1569, *Quaestio I*, pp. 195-202, in particolare i nn. 1-4; 12, 14, 19-23, 32, 33. Sul pensiero del Panormitano in merito alla dottrina del primato si vedano ORAZIO CONDORELLI, *Principio elettivo, cit.*, 129-143 e CHARLES LEFEBVRE, *L'enseignement de Nicolas de Tudeschis et l'autorité pontificale*, in *Ephemerides iuris canonici*, n. 4, vol. XIV, 1958, pp. 312-339.

⁹⁴ Così specifica il teologo spagnolo: «*Contra Ecclesiae et primatus Apostolicae sedis adversarios*». IOANNIS DE TURCREMATI, *Summa de Ecclesia*, Venetiis, apud Michaellem Tramezinum, 1561, Lib. I, cap. I, p. 1.

⁹⁵ L'espressione è contenuta in un discorso pronunciato da Torquemada nella Dieta Imperiale di Norimberga nel 1438 il cui testo è, in parte, riportato da ORAZIO CONDORELLI, *Principio elettivo, cit.*, p. 164 nota n. 198.

le teoriche giuspubblicistiche sulla natura giuridica della Chiesa, vista come *societas* o *respublica*, e le sue prerogative. Nonostante la presenza di questo principio forte nella dogmatica del *jus publicum ecclesiasticum*, è pur vero, però, che alcuni dei maestri Würzburg – l'opera di Neller per esempio, come già ricordato, viene posta all'indice – vengono accusati di simpatizzare per le dottrine episcopaliste e di proporre insegnamenti non pienamente corrispondenti all'ortodossia cattolica.

La dottrina del primato, per il teologo Torquemada, si fonda su due pilastri concettuali: uno è quello secondo cui il successore di Pietro è l'unico e solo *Vicarius Christi*, e l'altro, strettamente connesso, è quello sintetizzabile con l'espressione *plenitudo potestatis*.

In una Chiesa, la cui *forma regiminis* risulta definita in senso rigidamente monarchico⁹⁶, il nucleo centrale della struttura costituzione monarchica è proprio il successore di Pietro, cui viene affidata la cura ed il governo del gregge dallo stesso Cristo⁹⁷, e che viene definito come *fundamentum Ecclesiae*⁹⁸.

Nel titolo di Vicario⁹⁹ è racchiusa la ragione profonda della pienezza dei poteri papali, di quella *plenitudo potestatis* che Torquemada delinea con chiarezza e precisioni inequivoche, accompagnando le dotte giustificazioni dottrinali delle proprie tesi anche con considerazioni di ordine pratico, maturate nel confronto della vita sociale della Chiesa con quella della comunità politica: «(...) *considerata bene principatus amplitudine ad quem Romanus Pontifex assumptus est, et moltitudine ac varietate rerum in quibus per eum universitati fidelium providere occurrit, necesse habemus confiteri quod Romanus Pontifex cui universalis ecclesiae cura commissa est in plenitudine potestatis a Cristo vocatus est. In omni enim communitate bene recta oportet apud supremum recidere plenam potestatem se extendentem ad omnia necessaria et evidenter expedientia bono reipublicae illius communitatis. Cum ergo papa sit supremus in communitate totius Christianitatis, utpote caput et rector omnium fidelium, sequitur quod apud illum plenitudo resideat potestatis extendens se ad omnia necessaria et expedientia saluti reipublicae Christianae*»¹⁰⁰.

⁹⁶ IOANNIS DE TURRECREMATA, *Summa de Ecclesia, cit.*, Lib. II, cap. II, pp. 117-118: «*Ordo autem qui in ecclesia est et esse debuit, ita accipiendus est, ut unus in tota universitate reipublicae Christianae summus princeps rector ac gubernator esse credatur (...) Ecclesia est regnum, sive ecclesiae principatus est Monarchicus sive regalis*».

⁹⁷ IOANNIS DE TURRECREMATA, *Summa de Ecclesia, cit.*, Lib. II, cap. VI, p. 123: «*(...) curae et regimini beati Petri totus grex dominicus comissus est a Cristo (...)*».

⁹⁸ IOANNIS DE TURRECREMATA, *Summa de Ecclesia, cit.*, Lib. II, cap. XVII, p. 131.

⁹⁹ IOANNIS DE TURRECREMATA, *Summa de Ecclesia cit.*, Lib. II, cap. XXXVII, p. 151.

¹⁰⁰ IOANNIS DE TURRECREMATA, *Summa de Ecclesia, cit.*, Lib. II, cap. LII, p. 166.

Nel definire la dottrina della potestà primaziale, e le sue relazioni con le altre forme di potere, il teologo spagnolo traccia, quindi, con matura compiutezza le linee essenziali della costituzione gerarchica della Chiesa, che verranno ulteriormente sottolineate a Trento, ed utilizzate come paradigma di ortodossa dottrina dagli autori di *jus publicum ecclesiasticum*.

Nella imponente costruzione dogmatica di Torquemada trova posto anche la delicata questione dell'eventuale potere *in temporalibus* del pontefice, affrontata dall'Autore in modo, per certi aspetti, originale, che prefigura quanto definirà Bellarmino nella sua teorica della *potestas indirecta in temporalibus*.

Anche questa posizione avrà, con molta probabilità, contribuito ad influenzare le idee dei giuspubblicisti settecenteschi in merito ai rapporti tra le due *Respublicae*, Chiesa e Stato.

Presupposto l'influsso di Torquemada e, come si dimostrerà più avanti, di Bellarmino nelle teorie del *jus publicum ecclesiasticum* non si può trascurare di considerare l'importanza fondamentale che, di certo, ha avuto anche il Concilio di Trento¹⁰¹ per l'impostazione delle teoriche giuspubblicistiche.

Il risultato del lavoro dei Padri Conciliari, a Trento, può, a buon titolo, esser definito come la più imponente manifestazione del magistero della Chiesa prima del Concilio Vaticano I e, soprattutto, del Concilio Vaticano II, testimonianza del livello più alto di consapevolezza raggiunto dalla cattolicità nell'epoca moderna.

Una cosa può senza altro affermarsi, e cioè che Trento non si possa semplicemente ridurre ad una mera reazione della cattolicità alla tempesta protestante, poiché appare in tutta la sua grandezza lo sforzo della Chiesa, attraverso il concilio, di presentare in forma positiva la dottrina ortodossa, sublimando il rigido schematismo degli anatemi.

Chi si accostasse allo studio della tradizione del *jus publicum ecclesiasticum* non potrebbe non adottare come punto di riferimento la grandiosa opera realizzatasi in tale direzione nel contesto del tridentino, dalla quale la Chiesa di Roma verrà alla luce nei suoi tratti costitutivi più ortodossi.

I canonisti di Würzburg, difatti, anche se con un ritardo, «fisiologico», di due secoli, non faranno altro che edificare le loro innovative costruzioni giuridiche intorno all'idea di Chiesa che Trento dogmaticamente ridisegna, opponendola sì ai contestuali *errores* protestanti, ma consegnandola ai secoli

¹⁰¹ Sul tema si veda in particolare: JOSEPH LORTZ, *Storia della Chiesa*, vol. I, Ed. Paoline, Alba, 1966, vol. II, Ed. Paoline, Alba, 1973 – AUGUST FRANZEN, *Breve storia della Chiesa*, cit. – HUBERT JEDIN, *Storia del Concilio di Trento*, Morcelliana, Brescia, 1974; HUBERT JEDIN, *Ciò che la storia del Concilio di Trento si attende dalla storia ecclesiastica italiana*, in HUBERT JEDIN, *Chiesa della fede Chiesa della storia. Saggi scelti*, Morcelliana, Brescia, 1972.

futuri come patrimonio indelebile, seppur aperto ai continui perfezionamenti che la sua esistenza storica impone, perfezionamenti nella comprensione del mistero e nella successiva presentazione di questo.

Contro le persuasioni protestanti numerosi giuspubblicisti adoperano l'idea bellarminiana di *Ecclesia*¹⁰²: «*Nostra autem sententia est, ecclesiam unam tantum esse, non duas, et illam unam et veram esse coetum hominum ejusdem christianae fidei professione, et eorundem sacramentorum communionem colligatum, sub regimine legitimorum pastorum, ac praecipue unius Christi in terris vicarii romani pontificis*»¹⁰³.

Contro coloro i quali, protestanti, sostengono che per l'appartenenza alla Chiesa sia richiesto il possesso di «*internas virtutes*», secondo l'idea di Chiesa invisibile, Bellarmino sostiene la necessità di coniugare la comunione dei sacramenti all'esterna professione della fede, al fine di sottolineare la natura visibile dell'unica vera Chiesa «*ut est coetus populi romani, vel regnum Galliae, aut respublica venetorum*»¹⁰⁴.

Indubbiamente tale definizione avrà assunto una posizione centrale nel processo di elaborazione delle teoriche giuspubblicistiche; ma non va trascurato di considerare che Bellarmino rimane ancora fortemente ancorato all'ideale ierocratico della *Respublica Christiana*¹⁰⁵, sintetizzato nella formula

¹⁰² JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum iuris naturalis*, cit., L. V, cap. I, par. CCCXVI «*Ecclesiae notio*», pp. 627 - 628; JOHANN CASPAR BARTHEL, *Opuscula iuridica varii argumenti*, T. I, op. II, art. I, par. V, p. 113; JOHANN ADAM ICKSTATT, *De studio iuris ordine*, cit., cap. II, par. XXVII, pp. 65-66; GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., *Introductio*, par. V; PHILIP ANTON SCHMIDT, *Institutiones Juris Ecclesiastici Germaniae accomodatae*, cit., pars. II, cap. II, sect. I, par. VII, p. 137.

¹⁰³ ROBERTO BELLARMINO, *Quarta controversia generalis, de natura et causis concilii, liber III, caput II, de definitione ecclesiae, Opera omnia, tomus II*, ed. J. Fèvre, Paris, 1870, rist. Frankfurt a. M., 1965, p. 317.

¹⁰⁴ ROBERTO BELLARMINO, *Quarta controversia generalis, cit.*, p. 318; caput XII, *Ecclesiam esse visibilem*, p. 346.

Sempre in tema di natura della Chiesa è opportuno ricordare un'altra asserzione di Bellarmino in quanto verrà abbondantemente richiamata dalla giuspubblicistica ecclesiastica del XIX secolo ed utilizzata, dai suoi autori più importanti, nell'elaborazione della, cosiddetta, «Tesi fondamentale» del *jus publicum ecclesiasticum*: «*Ecclesia, societas perfecta*». ROBERTO BELLARMINO, *Tertia controversia generalis, de summo pontifice, liber V, de potestate pontificis temporalis, caput VII, rationibus probatur theologorum sententia, Opera omnia, cit.*, p. 157: «*Respublica ecclesiastica debet esse perfecta, et sibi sufficiens in ordine ad suum finem: tales enim sunt omnes respublicae bene institutae: ergo debet habere omnem potestatem necessariam ad suum finem consequendum (...)*».

¹⁰⁵ Per una approfondita riflessione storico-giuridica «sui modi di presenza della Chiesa nella vita della comunità civile», con particolare attenzione al tema della *Potestas Sacra* nell'esperienza giuridico-politica dell'Europa dell'*Età Media*, PIERO BELLINI, *Respublica Sub Deo*, cit., p. XIV-XIX; ed ancora PIERO BELLINI, *Sui caratteri essenziali della potestas Ecclesiae circa temporalia*, in *Jus canonicum*, X, 1970, p. 219.

della *reductio ad unitatem* concepita in modo organico da Bonifacio VIII¹⁰⁶. L'idea di Bellarmino è racchiusa nel dovere imposto ai *Principes* di governare senza nuocere al bene spirituale dei sudditi a pena di legittimare, in caso contrario, l'intervento della *spiritualis potestas* in vicende temporali, *ratione peccati et salutis animarum*: «*Reges et Pontifices, clerici et laici non faciunt duas respublicas, sed unam, id est, unam ecclesiam: sumus enim omnes unum corpus, (...) et in omni corpore membra sunt connexa et dependentia unum ab alio: non autem recte asseritur, spiritualia pendere a temporalibus: ergo temporalia a spiritualibus pendent, illisque subiciuntur*»¹⁰⁷.

I giuspubblicisti oramai considerano superato tale principio, in favore di una visione «paritaria» di *Ecclesia* e *Respublica*, che consente una giustificazione del riconoscimento di certe pretese da parte della Chiesa di Roma.

Sebbene non possa negarsi l'influenza che il clima tipicamente controriformistico ha assunto nella impostazione, dottrinale e metodologica, della nuova disciplina, tale visione potrebbe, tuttavia, nuocere alla piena comprensione del fenomeno del *jus publicum ecclesiasticum*, riducendone la complessità, delle sue ragioni costitutive di carattere più scientifico, al suo aspetto di mera contestazione apologetica degli *errores* protestanti e delle teorie regaliste.

È, peraltro, del tutto evidente come la nuova scienza canonistica affondi

Possiamo ben dire che nella *Respublica Christiana*, che a buon diritto, l'Autore chiama *Respublica sub Deo*, Dio è fonte, fine e limite di ogni aspetto della vita, anche, dunque, del potere temporale. Per il retto governo, conforme ai principi di diritto divino e garanzia del bene supremo degli *homines viatores*, al Principe spetta la ricompensa soprannaturale. Vedi anche: GIUSEPPE LEZIROLI, *Relazioni fra Chiesa e potere politico: cenni storici sulla religione come limite del potere*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 20-22; CARLO CARDIA, *Manuale di Diritto Ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 55.

¹⁰⁶ Bonifacio VIII nella bolla *Unam Sanctam* del 1302 così si pronuncia offrendo alla tradizione il paradigma della dottrina sulla *potestas directa*: «*Igitur ecclesiae unius et unicae unum corpus, unum caput, non duo capita, quasi monstrum, Christus videlicet et Christi vicarius, Petrus, Petrique successor, dicente Domino ipsi Petro "pasce oves meas". Meas inquit, et generaliter non singulariter has vel illas: per quod sive commisse intelligitur universas (...) In hac ejusque potestate duos esse gladios, spiritua-lem videlicet et temporalem (...) Uterque ergo est in potestate ecclesiae, spiritualis scilicet gladius et materialis (...) Oportet autem gladium esse sub gladio, et temporalem auctoritatem spirituali subijcitur potestati (...) Ergo si deviat terrena potestas, judicabitur a potestate spirituali; sed si deviat spiritualis minor, a suo superiori, si vero suprema, a solo Deo, non ab homine poterit judicari, testante Apostolo "Spiritualis homo iudicat omnia, ipse autem a nemine iudicatur (...)».* *Extravag. Commun. I. I, tit. VIII, De maiortate et obedientia, c. 1.*

¹⁰⁷ ROBERTO BELLARMINO, *op. cit.*, caput XII, *Ecclesiam esse visibilem*, p. 346. In dottrina vi è, però, chi fornisce una lettura della *potestas indirecta* elaborata da Bellarmino come «riproposizione controriformistica del sistema curialistico pre-bonifaciano o bonifaciano», quindi come fosse una forma larvata di *Potestas temporalis (directa)*: così PIERO BELLINI, *La coscienza del principe*, II, *cit.*, e ss. in particolare p. 739. ROBERTO BELLARMINO, *Tertia controversia generalis, liber V, caput VII, tomus II, Opera omnia, cit.*, p. 157.

le sue radici dottrinali nella prodromica costruzione bellarminiana, ma il *jus publicum ecclesiasticum* è, piuttosto, il frutto di un articolato processo evolutivo, che si snoda lungo il corso di due secoli, raggiungendo il suo culmine solo con la Scuola Romana dell'Ottocento; basti pensare che la locuzione completa *jus publicum ecclesiasticum* non è ancora presente nel linguaggio dei primi giuspubblicisti settecenteschi, o almeno non in tutti¹⁰⁸, meno che mai in Bellarmino un secolo prima.

* * *

Alle soglie del Concilio Vaticano II il modello di Chiesa che si propone alla fede dei credenti, ed all'analisi degli studiosi, è ancora quello che si sviluppa nel periodo post-tridentino e che trova tra le sue fonti più autorevoli il pensiero di Bellarmino.

L'ecclesiologia, dalla Riforma cattolica fino al periodo preconciliare, impostata sulla visione bellarminiana, pone l'accento con forza sugli aspetti visibili della *Ecclesia Christi*, specialmente sulla sua struttura gerarchica e di governo, evidenziando la sua natura sociale ed impostando una sistematica difesa dei suoi diritti di *societas iuridice perfecta*.

L'attenzione rivolta esclusivamente agli aspetti istituzionali impoverisce l'immagine di Chiesa che viene offerta, ed impedisce la penetrazione dei suoi aspetti interiori a favore di un'impostazione «apologetica ed extrinsecista»¹⁰⁹. Perfettamente adatta al confronto con gli Stati nazionali ed indispensabile al fine di evidenziare le pretese della Chiesa nei loro riguardi, tale immagine troverà la sua consacrazione ultima nella dichiarazione di infallibilità pontificia col Concilio Vaticano I¹¹⁰.

Il sistema ecclesiologico ereditato dalla Riforma cattolica, che esprime una Chiesa organizzata come uno Stato, fondata sui pilastri dell'autorità e del magistero e non come la *congregatio fidelium* animata dal soffio dello Spirito Santo e proiettata in una dimensione escatologica¹¹¹, è, dunque, quello che si trova alla base del *jus publicum ecclesiasticum*; è lo stesso principio che ne ispira ogni singola affermazione e che, però, costringe questa

¹⁰⁸ Non tutte le prime opere che contengono la dottrina del *jus publicum ecclesiasticum* vengono, infatti, così intitolate. Si veda sul punto quanto detto *retro* nota n. 3.

¹⁰⁹ Si veda ANGEL ANTÓN, *Lo sviluppo della dottrina sulla Chiesa, cit.*, p. 40.

¹¹⁰ Per una sintetica panoramica sull'evoluzione della riflessione ecclesiologica vedi: *Dalla «società perfetta» alla «Chiesa mistero»*, in *La Civiltà Cattolica*, quaderno 3230, 19 gennaio 1985, pp. 106-108.

¹¹¹ Sulle note caratteristiche della visione della Chiesa della «Controriforma» si veda YVES CONGAR, *L'Eglise de Saint Augustin, cit.*, pp. 380-385.

singolare porzione della scienza canonistica ad una sopravvivenza limitata temporalmente.

Vero è che questa impostazione concettuale è quella dominante nella Chiesa per quasi due millenni, ed in fondo il *jus publicum ecclesiasticum*, soprattutto quello elaborato dalla Scuola Romana nell'Ottocento, ne rappresenta solo una espressione dai toni marcati, che si scontrerà, quindi, con la nuova ecclesio-logia conciliare e le sue esigenze di esser tradotta in termini giuridici meglio corrispondenti al nuovo spirito del Vaticano II.

Le categorie giuridico-concettuali identificanti la scienza del *jus publicum ecclesiasticum* si rivelano inadeguate ed insufficienti ad interpretare le acquisizioni conciliari, e dunque, inevitabilmente destinate a trasformarsi in patrimonio della storia del diritto canonico, materiale scientifico ad uso didattico ma non più diritto vigente.

6. Il rapporto con la teologia nella prospettiva metodologica dei giuspubblicisti di Würzburg

Frutto di un'elaborazione che si spiega lungo quasi due secoli, la reazione della Chiesa cattolica alla radicalità delle contestazioni protestanti si presenta in duplice forma, teologica e giuridica al tempo stesso: da una parte con l'elaborazione di un trattato di teologia fondamentale, il *De Ecclesia*, e dall'altra con una nuova disciplina *a-posteriori* denominata *jus publicum ecclesiasticum*, che trova nel primo uno dei suoi più saldi presupposti dottrinali.

Nell'affrontare un'analisi del metodo adoperato dai giuspubblicisti nell'elaborazione scientifica del *jus publicum ecclesiasticum*, non può trascurarsi di considerare l'inevitabile confronto con la vicina Teologia Fondamentale, che, come già sottolineato, ne rappresenta il tessuto dogmatico di riferimento. Ma cresce, nei giuspubblicisti, la preoccupazione didattico-sistemica che nutre la convinzione di dovere garantire al *jus publicum ecclesiasticum* una dignità formale, che lo differenzi dalla Teologia, identificandolo come disciplina scientifica autonoma.

È, comunque, evidente la specularità esistente tra le due discipline, che condividono la medesima esigenza apologetica: da una parte l'esigenza di ristabilire l'ortodossia, vulnerata dagli attacchi protestanti e regalisti, in campo teologico, dall'altra quella di fare altrettanto in campo giuridico. Ma, mentre le argomentazione teologiche si concentrano *ad intra*, relegando ad una marginale posizione i rapporti tra la Chiesa e la *Respublica*, la dottrina del *jus publicum ecclesiasticum* è orientata anche e soprattutto *ad extra*, avendo tra i suoi principali obiettivi scientifici il confronto tra *Ecclesia* e *Respublica*

sul terreno della parità giuridica in quanto *societates perfectae*¹¹².

È opportuno evidenziare la differenza tra le due discipline «sorelle» in modo chiaro ed indiscutibile. Si osservi, a tal proposito, la precisazione di Zallinger: «*Theologia dogmatica explicat characteres seu notas Ecclesiae, ut ea a falsis sectis discernatur. Iurisprudencia ecclesiastica easdem considerat tanquam proprietates, quae rationes fundamentales imperii et regiminis sacris continent; quia et potestas cuiusvis societatis et potestatis usus non modo generali fini, sed internae naturae illius accomodatus esse debet*»¹¹³.

È, quindi, nient' affatto sorprendente che gli autori di opere di *jus publicum ecclesiasticum* si siano serviti del materiale fornito dalla Teologia Fondamentale per nutrire le loro argomentazioni di carattere giuridico¹¹⁴. Oltretutto si ricorda che la maggioranza dei maestri di Würzburg, negli anni della formazione, ha approfondito gli studi teologici parallelamente a quelli giuridici.

Prima tra tutte le argomentazioni utilizzate, secondo un ordine puramente logico, è quella riguardante l'unicità e la verità della Chiesa Cattolica, in un contesto che la vede affiancata da numerose altre chiese, che le contestano le prerogative dogmatiche e costituzionali.

Si rivela indispensabile il ricorso alla Teologia, come fonte di legittimazione delle argomentazioni da opporre alle contestazioni dei protestanti. Dalla Teologia si assume il dato fondamentale secondo cui la Chiesa Cattolica è l'unica e vera Chiesa fondata da Cristo, per cui il termine *ecclesiasticum*, che si affianca a *jus publicum* nella ormai celebre espressione, viene ad indicare, in modo esclusivo ed inconfutabile, il vero *jus quod spectat ad Ecclesiam Catholicam*¹¹⁵. Esso si colloca, in un quadro di complessa convivenza, accanto al *jus ecclesiasticum* che i giuristi protestanti elaborano per le chiese riformate, la cui base è principalmente costituita dei numerosi *jura* riconosciuti ai Principi *in sacra*: la cui base, cioè è costituita dal diritto di produzione statale.

Nella trattazione degli argomenti di *jus publicum ecclesiasticum* il tributo di riconoscenza nei confronti delle fonti teologiche non viene posto in discussione¹¹⁶. Quello che può essere importante sottolineare è come sia presente, però, nei giuspubblicisti cattolici, l'esigenza di evidenziare le differenze esistenti tra teologia e *jus publicum ecclesiasticum*, al fine di tracciare, in modo

¹¹² EMILIO FOGLIASSO, *Efficienza formativa del diritto pubblico ecclesiastico*, cit., pp. 225-226.

¹¹³ JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum iuris naturalis et ecclesiastici publici*, cit., L. V, cap. I, par. CCCXIX, p. 633.

¹¹⁴ Sul punto vedi le considerazioni di EMILIO FOGLIASSO, *Il compito apologetico*, cit., pp. 65-66.

¹¹⁵ Dello stesso Autore si veda: *Per la sistematicità e la funzionalità*, in *Salesianum*, XXV, 1963, pp. 421-422.

¹¹⁶ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. IV, *Praefatio*, p. 3.

nitido, i profili, non solo dogmatici, ma anche e, soprattutto, metodologici della nuova disciplina.

Atteggiamento critico e di matura consapevolezza scientifica è quello mostrato da Ickstatt, ad esempio, che ritiene di dover prendere una ferma posizione di distanza nei riguardi della teologia, alla quale, però, pur sempre riserva la discussione sui principi che stanno alla base del *jus ecclesiae universale*¹¹⁷.

In un punto della prefazione alla propria opera il Neller, delineando i tratti identificativi del metodo utilizzato ad imitazione di quello del Mascovius¹¹⁸, evidenzia criticamente come molte delle questioni riguardanti il *jus publicum ecclesiasticum* vengano, contemporaneamente, trattate anche nelle cattedre di Teologia, lasciando intendere quanto sia sottile la linea confine tra le due discipline, e quanto, di conseguenza, sia stretto il vincolo tra queste esistente¹¹⁹.

7. Alcune riflessioni conclusive

Gli esordi del *Jus publicum ecclesiasticum* nel secolo dei Lumi si mostrano ambivalenti sotto il profilo della ortodossia dottrinale. Molto forti sono, infatti, le influenze regalistiche ed episcopalistiche perché non lambiscano anche le convinzioni dottrinali di alcuni promotori della nuova disciplina, i quali si adoperano proprio per disinnescare gli effetti sfavorevoli di tali teorie per la Chiesa Cattolica¹²⁰.

¹¹⁷ JOHANN ADAM ICKSTATT, *De studio juris ordine, cit.*, T. I, cap. II, par. XXIX, p. 67: «*Leges adeo, in regimine ecclesiae observandae, ex ipsa ecclesia et religionis indole derivandae sunt: ut proinde definiiri possit jus ecclesiae universale per complexum legum naturalium, atque divinarum, juxta quorum normam ecclesia constituenda, conservanda atque restauranda est. Sed has Theologis relinquimus incutiendas; ne in alienam messem falces nostram immittamus*».

¹¹⁸ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici, cit.*, *Introductio*, par. IV, *Methodus*: «*Methodus mea imitari conatur illam, quam clariss. D. Mascovius in Princip. Jur. Publ. tenuit: Brevis est, ac (ni fallor) ordinata, pauca praeterit, eruditioni explicantis multum sermonem aperit, insuperque ad Statum Ecclesiae Germaniae ubique respicit*».

¹¹⁹ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici, cit.*, *Introductio*, par. IV, *Methodus*: «*Juris publici Ecclesiastici doctrinam invenio passim dispersam; vix est, qui illustre hoc studium methodo recenti universum sic uno clausurit libello, ut is facile Antecessoris Catholici lectionibus Academicis queat inservire: Hoc num e voto deinceps praestiturus sim, prodromus iste meus periclitabitur. Multa praesertim quae ad jus publicum credendorum pertinent, prostant in cathedris Theologorum. Canonistae jus Ecclesiasticum publicum tradunt (ed. tradunt) promiscue cum jure privato juxta titulos decretalium, Publicistae et Politici juris hujus capita pertractant in decursu juris publici profani, aliqui selectas de singulari argumento dissertationes ediderunt*».

¹²⁰ Certamente ambigua appare l'espressione di uno tra i più noti autori di *jus publicum ecclesiasticum*: «*Doctrinam Doctoris Protest. quam ex integro nec approbamus nec reprobamus*». GREGOR

Non sorprende, quindi, l'interesse dimostrato dai giuspubblicisti cattolici per la posizione dell'episcopato nell'ambito della costituzione della Chiesa. Va, difatti, ricordato come l'esame dell'origine dei poteri del Collegio episcopale, ed il suo ruolo nel governo della Chiesa, siano argomenti che, da sempre, costituiscono un aspetto costante della riflessione canonistica. In modo particolare contraddistinguono molta parte dell'analisi di impronta costituzionalistica sviluppatasi nei secoli XVIII e XIX, ricevendo, però, un più vigoroso impulso solo dalle conclusioni maturate nel contesto del Concilio Vaticano II.

Una delle più interessanti caratteristiche dell'esordiente scienza del *jus publicum ecclesiasticum* è quella di presentarsi, nel panorama delle tradizionali discipline canonistiche, in una forma che si potrebbe definire ibrida, sia da un punto di vista dei contenuti dottrinali – oggetto materiale – sia da un punto di vista più squisitamente metodologico – oggetto formale – nonostante l'apprezzabile sforzo compiuto al fine di superare schemi già collaudati, ma rivelatisi obsoleti, sull'onda di una tendenza emulativa dell'esperienza giuridica protestante.

Alla luce di quanto si desume dalla lettura delle fonti qui esaminate, il prologo della nuova disciplina si mostrerebbe, invero, come un disorganico insieme di elementi mutuati contemporaneamente dalla teologia, dal diritto canonico e dal diritto secolare e naturale di matrice razionalistica, tanto che il *jus publicum ecclesiasticum* verrà qualificato come disciplina di frontiera¹²¹.

Gli autori di *jus publicum ecclesiasticum*, difatti, non disdegnano di inserire nel contesto delle loro trattazioni un costante richiamo alle leggi costitutive dell'Impero Germanico¹²², impiegate come termine di comparazione con le

ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici publici*, cit., T. IV, Q. I, cap. III, par. VI, p. 64. Dello stesso tenore mi sembra anche una precisazione di Neller riguardante il conferimento della *potestas sacra* effettuato da Cristo agli Apostoli, precisazione che rivela la fondamentale omissione di ogni riferimento ai poteri primaziali di Pietro nella descrizione accurata dell'organizzazione gerarchica della Chiesa. GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici*, cit., *Introductio*, par. XI: «*Authoritatem istam transfundit in Apostolos, qui post acceptum Spiritum S. regebant Ecclesiam, disponendo disponebant, fidei capita ponebant; conscientiae dubia resolvebant; quae dogmata amplectenda, quae declinando sint, decidebant; Presbyteros et Diaconos constituebant, qui ministrarent, attenderent, regerent*».

¹²¹ ALBERTO DE LA HERA, *Derecho Publico Ecclesiástico y Derecho Canónico*, in *Archivo Giuridico "Filippo Serafini"*, 1989, p. 37.

¹²² Uno sguardo agli indici delle principali opere di *jus publicum ecclesiasticum* rivela la presenza, costante, di numerosi paragrafi, o, addirittura, capitoli dedicati alle leggi nazionali in materia ecclesiastica, o ai Concordati stipulati dai singoli Stati con la Chiesa Cattolica. Ciò dimostra da una parte l'attenzione rivolta alle legislazioni secolari da parte dei giuspubblicisti cattolici, che per certi profili, probabilmente, a queste si ispirano nelle riflessioni condotte sul diritto pubblico della Chiesa; dall'altra la compromettente commistione tra principi di *jus publicum ecclesiasticum* e norme di *jus ecclesiasticum statale*, che rende, spesso, ibridi i trattati di *jus publicum ecclesiasticum*, proprio per la difficoltà di qualificarli genuinamente come tali.

leggi ecclesiastiche, e utilizzano un metodo «astratto» permeato da ispirazioni giusnaturalistiche¹²³.

È condivisibile il rilievo critico, mosso ai rappresentanti della Scuola di Würzburg, di non riuscire a penetrare la natura profonda e peculiare della realtà ecclesiale, essendosi essi soffermati su aspetti puramente naturali e politici¹²⁴, posseduti dalla Chiesa in comune con lo Stato, ma senza giungere a giustificare una totale e limitativa parificazione tra le due *societates*. L'errore di prospettiva commesso dai maestri di Würzburg può essere stato quello di muovere con apodittica persuasione dalla prospettazione dei poteri della Chiesa, senza aver cura di interrogarsi sulla natura intima della Chiesa dalla quale far discendere come corollari le determinazioni sulla sua struttura costituzionale.

Questa considerazione è, però, plausibile se si considera il *jus publicum ecclesiasticum* come la traduzione, in forma giuridica, del livello di conoscenza ecclesiológica raggiunto in un determinato momento del percorso terreno della Chiesa. A tale livello di approfondimento ecclesiológico non si può chiedere di superare i dati di positivazione del *mysteryum Ecclesiae* all'epoca acquisiti.

Le contingenze storiche, oltretutto, impongono di affrontare l'emergenza dogmatica post-riforma attraverso un sistematico lavoro di riaffermazione dei principi dottrinali basilari, posti in discussione ed oggetto di critiche demolitrici.

L'ultimo momento di vero approfondimento ecclesiológico risale, ormai, all'Assise Tridentina, e permane immutata, fino al Vaticano II, l'immagine, maturata in quel contesto, di Chiesa imperniata sull'aspetto gerarchico e verticistico della sua struttura giuridica. Ritengo, quindi, inevitabile che un approccio, più strettamente giuridico, a tale temi possa prescindere da queste indicazioni di fondo.

Si può, oltretutto, rilevare che numerosi canonisti del secolo XVIII, stimolati molto verosimilmente dai progressi raggiunti dalla scienza pubblicistica secolare, coltivano l'interesse per gli aspetti più marcatamente pubblicistici della propria disciplina. Non si dimentichi, inoltre, che i maestri di Würzburg sono anche esperti di *jus civile* e legati da rapporti professionali agli ambienti della politica locale.

¹²³ ALBERTO DE LA HERA - C. MUNIER, *Le droit public ecclésiastique, cit.*, p. 42. Si ricorda a tal proposito quanto affermato da Zallwein: «*Ex Doctoribus Protestantibus, quorum libros mihi usum praebuisse praestantissimum libere fateor, praeter plures alios selegi Bobemerum, Mosbemerum et Pfaffium (...)*»: GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici, cit.*, par. XII. Una riflessione più completa sull'influenza del diritto naturale nella scienza del *jus publicum ecclesiasticum* è oggetto di un altro mio studio in via di pubblicazione.

¹²⁴ ALBERTO DE LA HERA - CHARLES MUNIER, *Le droit public ecclésiastique, cit.*, p. 58.

Rilevare, criticamente, insufficienze metodologiche o dottrinali, incongruenze e, perfino, pericolose deviazioni dall'ortodossia, è compito legittimo, ma non impedisce di riconoscere ai giuspubblicisti tedeschi il merito di aver saputo coniugare, all'interno della nuova scienza del *jus publicum ecclesiasticum*, il fine apologetico e il proposito scientifico di esaminare i punti basilari del diritto canonico riguardanti la struttura giuridica fondamentale della Chiesa. Sulla base di tali considerazioni è, a mio parere condivisibile, asserire che i giuspubblicisti tedeschi del secolo XVIII abbiano dato vita ad un primordiale diritto costituzionale canonico.

In sintesi si può concludere affermando che duplice è il contributo che il *jus publicum ecclesiasticum* offre alla scienza canonistica.

Uno è certamente quello di aver inaugurato un metodo innovativo, non del tutto qualificabile come esclusivamente giuridico per via delle forti influenze teologico-filosofiche che caratterizzano la formazione scientifica dei maestri di Würzburg. L'altro merito è quello di aver fornito un'immagine della costituzione della Chiesa, tutto sommato, fedele a quella offerta dai Padri tridentini e consegnata alla tradizione¹²⁵ fino alla riflessione conciliare del secolo scorso.

¹²⁵ L'immagine bellarminiana di *coetus* è talmente potente da influenzare anche alcuni giuristi protestanti, che utilizzeranno nei loro trattati di *jus ecclesiasticum* ad uso delle Chiese riformate, seppur adattandola con disinvoltura alla diversa visione ecclesiologicala di *collegium aequale*. Tra tutti si veda, ad esempio, JOANNIS BRUNNEMANNI, *De Jure Ecclesiastico, tractatus posthumus, cit.*, Lib. I, *De jure Personarum Ecclesiasticarum*, cap. I, *De Ecclesia ipsa ejusque definitione*, p. 1: «Ecclesia est coetus hominum per praedicationem verbi et administrationem Sacramentorum, ex mundo ad Regnum Dei vocatorum, et agnoscentium et coequentium Deum Creatorem Coeli et Terrae, Unum (...)».