

L'IMPEDIMENTO DI AFFINITÀ NEL MATRIMONIO CANONICO (CAN. 1092 C.I.C. E CAN. 809 § 1, § 2 C.C.E.O.)

PIERO PELLEGRINO

SUMARIO

I • L'AFFINITÀ È UN VINCOLO PERSONALE CHE NASCE DAL MATRIMONIO, ANCHE NON CONSUMATO, FRA L'UOMO E I CONSANGUINEI DELLA DONNA, E VICEVERSA. **II** • IL CODEX IURIS CANONICI DEL 1917 REGOLA L'IMPEDIMENTO AL CAN. 1077. **III** • L'IMPEDIMENTO È DI DIRITTO ECCLESIASTICO PER CUI VINCOLA SOLTANTO I BATTEZZATI. **IV** • IL CAN. 1092 DEL NUOVO CODICE DEL 1983, PER IL QUALE L'AFFINITÀ DERIVA DA QUALSIASI MATRIMONIO VALIDO TRA BATTEZZATI. **V** • LA CESSAZIONE DELLA MOLTIPLICAZIONE DELL'IMPEDIMENTO. LE RAGIONI CHE HANNO INDOTTO IL LEGISLATORE A RICONFERMARE L'IMPEDIMENTO DI AFFINITÀ.

I. L'AFFINITÀ È UN VINCOLO PERSONALE CHE NASCE DAL MATRIMONIO, ANCHE NON CONSUMATO, FRA L'UOMO E I CONSANGUINEI DELLA DONNA, E VICEVERSA

L'affinità è il vincolo nascente da valido matrimonio, che lega un coniuge ai consanguinei dell'altro (can. 97 C.I.C. 1917) a prescindere dal fatto che il matrimonio sia stato consumato¹; è insomma un vincolo personale che sorge dal matrimonio valido sia soltanto rato, o sia rato e consumato, fra il marito e i consanguinei della moglie, e viceversa, tra la moglie e i consanguinei del marito². L'affinità esiste soltanto tra il coniuge e i consanguinei dell'altro, non tra i consanguinei di una parte o delle due parti fra loro: essa non cessa né per la morte di un coniuge, né

1. D. SCHIAPPOLI, *Il matrimonio secondo il diritto canonico e la legislazione italiana*, Napoli 1932, p.184.

2. A. BOGGIANO PICO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Torino 1936, p. 261.

per un successivo matrimonio, né per scioglimento del matrimonio né tanto meno per separazione o per divorzio³.

Secondo la legge mosaica, non si ammetteva matrimonio con la figliastra, con la figlia di lei, con la matrigna, con la suocera, con la nuora, con la vedova del fratello morto, con la vedova dello zio paterno, con la figlia del figliastro, con la sorella della moglie ancora vivente⁴, essendo una eccezione il matrimonio leviratico, cioè il matrimonio tra il fratello del coniuge defunto e la cognata rimasta senza prole⁵.

Si afferma che nel diritto romano più antico l'affinità tra ascendenti e discendenti, cioè tra la suocera e il genero, tra il suocero e la nuora, tra il patrigno e la figliastra, tra la matrigna e il figliastro era forse causa di impedimento e che sul finire della repubblica tali matrimoni vennero considerati leciti per quanto costituissero un grave *scelus*⁶. Si continua osservando che nel diritto romano classico tali matrimoni tornano ad essere proibiti⁷ e che anzi i giureconsulti fanno divieto di nozze fra il coniuge divorziato e i figli dell'altro coniuge dopo il divorzio⁸. Nel diritto romano classico il matrimonio per ragioni di affinità era vietato in tutti i gradi della linea retta, mentre nessun divieto esisteva per la linea collaterale, anche se era vietato con la vedova del figliastro e con il vedovo della figliastra⁹.

Si rileva che nei primi secoli della Chiesa non si avevano disposizioni speciali che sancissero l'impedimento nascente dall'affinità, nel

3. M. FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, vol. I, Padova 1935, p. 247; cfr. anche A. BERTOLA, *Il matrimonio religioso*, Torino 1953, p. 115: «Non viene meno per la morte del coniuge, né per lo scioglimento del matrimonio, né per un matrimonio successivo».

4. *Deuteronomio*, 25,5; *Levitico*, 18,8.

5. *Levitico* 18,16; 20-21; *Deut.* 25, 5

6. SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p.184.

7. D. 12, 7, 5, 1; D. 23, 2, 14, 4; D. 38, 10, 4, 7; Inst. I, 10, 9.

8. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 262, il quale soggiunge che il matrimonio con la vedova del figliastro o con il vedovo della figliastra era vietato.

9. D. 23, 2, 12. Conferma che nel diritto romano classico costituiva l'ostacolo al matrimonio l'affinità in linea retta F. R. AZNAR GIL, *El nuevo derecho matrimonial canonico*, Salamanca 1985, p. 275. Sostiene L. CHIAPPETTA che : «Nella legislazione romana, l'impedimento, limitato all'affinità della linea retta, vietava il matrimonio tra il patrigno e la figliastra, la matrigna e il figliastro, il suocero e la nuora, la suocera e il genero» (*Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma 1990, p. 181).

senso che erano applicate in proposito le norme stabilite dalla legge mosaica e dal diritto romano¹⁰.

Al principio del sec. IV il Concilio Illiberitano (a. 300), il Concilio di Elvira (a. 300) e il II Concilio di Neocesarea (a. 314) nelle loro disposizioni contengono elementi che fanno ritenere come anche anteriormente ad essi l'impedimento di affinità era stato esteso oltre i limiti stabiliti dal diritto romano, cioè era stato esteso anche al primo grado della linea collaterale¹¹. Si sostiene che nella Chiesa occidentale, nel Sinodo Romano (a. 402), Innocenzo I vietò il matrimonio tra l'uomo e la sorella della moglie defunta e con la moglie dello zio materno¹². Effettivamente, nei Concili della Gallia del VI e VII secolo sono spesso sottolineati i divieti di sposare la vedova del fratello, la sorella della moglie, la figliastra, la matrigna, la vedova dello zio paterno o materno¹³.

Nel sec. VIII avvenne una notevole trasformazione, poiché mentre progressivamente si era ampliata la portata di questo impedimento, tanto che già intorno al V sec. si trovano testi che considerano affini anche coloro che hanno avuto rapporti carnali con una persona dell'altro sesso e i parenti di questa¹⁴, nel secolo suddetto si venne a trasformare il fondamento stesso dell'affinità, nel senso che, se fino a quel momento si considerava quale fondamento dell'affinità solamente il matrimonio valido, partendo dall'idea che la copula tra il marito e la moglie producevano *l'una caro*, il fondamento dell'impedimento di affinità, lungi dall'essere il matrimonio valido, fu costituito dalla copula lecita o illecita¹⁵.

10. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 262.

11. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 262. Si introdusse così il divieto del matrimonio in ragione dell'affinità in linea collaterale, cioè tra cognati, per cui era proibito il matrimonio con la vedova del fratello defunto o con la sorella della moglie (SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 184).

12. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 262: « Queste prescrizioni, con l'estensione delle leggi longobarde, furono confermate in Italia e l'allargamento dell'*impedimentum affinitatis* oltre i termini del Diritto Romano e mosaico fu in vigore in tutta l'Italia»; d'altra parte l'impedimento di affinità non ebbe l'estensione dell'impedimento di consanguineità «ed è da ritenere che in quel tempo non lo si facesse dipendere dalla esistenza di un'unione qualsiasi, anche fornicaria, ma soltanto dalla unione maritale»; ed è da ritenersi che «via, via però furono allargati i gradi nei quali si ritenevano nulli i matrimoni fra i propri consanguinei, e di pari passo fu esteso l'impedimento a tutta la parentela dell'altra parte» (*op. cit.*, p. 263).

13. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 262.

14. P. CIPROTTI, voce *Parentela e affinità (Diritto canonico)*, in Nuoviss. Digesto Italiano, vol. XII, Torino 1965, p. 394.

15. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 275.

Sicchè, a partire dal sec. VIII venne modificato radicalmente il concetto di affinità, poiché si pose a suo fondamento non più il matrimonio legittimamente contratto, cioè il matrimonio valido consumato o non consumato, ma la copula lecita o illecita (coniugale o extraconiugale), avvenuta tra l'uomo e la donna, mediante la quale essi attuavano l'espressione biblica¹⁶. Il Concilio di Roma (a. 721) stabilì la regola generale che nessun uomo poteva sposare una sua parente o la donna che l'uno dei suoi parenti ebbe per moglie. Di qui due conseguenze: una prima che l'affinità, la quale, in sostanza non era l'altro che la parentela di uno degli sposi comunicata all'altro, doveva estendersi altrettanto quanto la parentela, e costituire, negli analoghi gradi, impedimento al matrimonio; una seconda, per cui, poiché in realtà l'affinità derivava non tanto dal matrimonio quanto dalla copula carnale, si estese anche l'impedimento fra colui che aveva avuto rapporti pure illeciti con una donna e i parenti di questa, e della donna coi parenti dell'uomo¹⁷. Cosicchè, a partire dall'VIII sec. il diritto canonico abbandonò la nozione romana di affinità ritenendo che questa era il vincolo tra l'uomo e i consanguinei della moglie, e viceversa, che procedeva dalla copula carnale intervenuta tra di loro; con la conseguenza che la pubblica onestà sarebbe il vincolo tra l'uomo e i consanguinei della donna, e viceversa, che sorgeva dai validi sponsali o dal matrimonio non consumato e veniva indicata con l'espressione *quasi-affinitas*¹⁸. Dal sec. IX si consolidò il concetto che l'affinità non derivasse propriamente dal matrimonio, ma dall'unione carnale, sia matrimoniale (*affinitas ex copula licita*) sia fornicaria (*affinitas ex copula illicita*), e quindi che in caso di matrimonio non sorgesse l'affinità se non con la consumazione, e che dal matrimonio non consumato, come dagli sponsali, derivasse tra l'uomo e i parenti della donna, e viceversa, un altro vincolo denominato pubblica onestà¹⁹. Al fine di far nascere l'affinità era necessaria una copula perfetta, sia lecita sia illecita, per cui non faceva sorgere l'affinità la copula onanistica, sodomitica o incompleta²⁰. Nel

16. CHIAPPETTA *op. cit.*, p. 181.

17. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 263. In precedenza P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. I, Typis polyglottis Vaticanis 1932, p. 437.

18. M. LÓPEZ DE ALARCÓN-R. NAVARRO VALLS, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid 1994, p. 125.

19. CIPROTTI, *op. cit.*, loc. cit., p. 394.

20. A. VERMEERSCH-I. CREUSEN, *Épitome iuris canonici*, t. II, Parisiis-Bruxellis 1954, p. 257. Afferma il BERTOLA che nel diritto anteriore al Codice l'affinità che sorgeva non dal

sec. XI il diritto canonico conobbe accanto a questa affinità anche un'affinità di secondo genere che si aveva tra un uomo e gli affini di primo genere della donna con cui quello si fosse unito carnalmente, e tra una donna e gli affini di primo genere dell'uomo con cui quella avesse avuto rapporti, nonché un'affinità di terzo genere che sorgeva tra una persona e il secondo coniuge (con consumazione del matrimonio) di chi fosse affine di quella nel secondo genere (e analogamente in caso di copula illecita)²¹. Si precisa in proposito che nella Chiesa latina l'affinità di secondo genere era l'impedimento dirimente al matrimonio fino al terzo grado e impediente nel quarto grado, laddove l'affinità di terzo genere costituiva l'impedimento solo nel primo e nel secondo grado: questi due generi di affinità non avevano rilevanza giuridica all'infuori della materia degli impedimenti matrimoniali²². Il terzo genere di affinità si verificava nel caso di seconde nozze tra i parenti del coniuge defunto entro il quarto grado e i figli nati da un secondo matrimonio contratto dal coniuge superstite²³.

Date le complicazioni e difficoltà che si verificavano nella pratica da tale estensione del rapporto di affinità e del conseguente impedimento, il Concilio lateranense IV (1215) sopresse radicalmente il secondo e il terzo genere di affinità e restrinse l'impedimento di *affinitas ex copula licita o illicita* al quarto grado, vale a dire tenne in considerazione solo l'affinità di primo genere, limitandola fino al quarto grado²⁴. Fu il Concilio

matrimonio, ma da qualsiasi copula carnale, lecita o illecita, era compresa nel concetto di parentela naturale, indipendentemente dall'esistenza o meno del matrimonio e che il diritto del codice del 1917 ha ricondotto l'istituto alla nozione romanistica che fa derivare l'affinità *ex iustis nuptiis*, e pertanto il vincolo che sorge è puramente giuridico e non naturale, mentre il vincolo che in determinate circostanze può nascere dall'unione illecita viene tenuto in considerazione nell'impedimento di pubblica onestà (*op. cit.*, p. 116).

21. CIPROTTI, *op. cit.*, loc. cit., p. 394.

22. CIPROTTI, *op. cit.*, loc. cit., pp. 394-395, il quale continua osservando che anche in talune comunità di rito bizantino era in vigore l'impedimento derivante da affinità di secondo e di terzo genere.

23. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 264. Afferma il CIPROTTI che vi era poi con l'impedimento dirimente fino al quarto grado della linea retta, un altro caso di affinità, che sorgeva tra i parenti del primo marito e quelli del secondo marito di una donna o tra quelli della prima moglie e quelli della seconda moglie di un uomo, sempre che il matrimonio fosse consumato (*op. cit.*, loc. cit., p. 395) cfr. anche P. CIPROTTI *De affinitate ex trigeneia in iure canonico orientale*, in *Studi in onore V. Del Giudice*, vol. I, Milano 1953, pp. 171 ss.

24. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 264. Vedi E. GRAZIANI, voce *Affinità* in *Enc. del Dir.*, vol. I, Milano 1958, p. 698; CIPROTTI, *op. cit.*, loc. cit., p. 395.

di Trento a limitare ancora al secondo grado della linea collaterale l'impedimento di affinità *ex copula illicita*²⁵.

II. IL CODICE DEL 1917 DISCIPLINA L'IMPEDIMENTO DI AFFINITÀ AL CAN. 1077

Il quale così dispone:

«§1. *Affinitas in linea recta dirimit matrimonium in quolibet gradu; in linea collateralibus usque ad secundum gradum inclusive.*

§2. *Affinitas impedimentum multiplicatur: 1° Quoties multiplicatur impedimentum consanguinitatis a quo procedit; 2° Iterato successive matrimonio cum consanguineo coniugis defuncti».*

Dal disposto legislativo si deduce che, a differenza del diritto canonico anteriore, il Codice del 1917 pone a base dell'affinità il consenso matrimoniale e non più la copula carnale²⁶. E' stato chiaramente ribadito che una differenza sostanziale tra il diritto anteriore al Codice e la disposizione di questo sta nel fatto che, prima del Codice la ragione dell'impedimento era posta nell'esservi stata una copula perfetta, fosse essa lecita od illecita, laddove per il Codice il suo fondamento si riscontra in un matrimonio valido, sia consumato o sia soltanto rato, con la conseguenza che nessun impedimento di affinità deriva da *copula illicita*²⁷.

Si è giustamente ritenuto che l'affinità, diversamente dalla consanguineità, si pone, non già sulla base della comune discendenza, sebbene sulla base del coniugio, il quale costituisce appunto il *principium affinitatis*²⁸. Si afferma acutamente che, per ottenere una nozione unitaria dell'istituto considerato, la quale ne comprenda tutte le figure anche se variamente denominate, ci si deve riferire tanto al fatto, posto come principio o causa dell'affinità, che consiste in vari rapporti, cioè della co-

25. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 264; GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 698. Vedi anche AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 266; A. MOLINA MELIÁ-M. E. OLMOS ORTEGA, *Derecho matrimonial canónico y procesal*, Madrid 1992, p. 162.

26. GASPARRI, *op. cit.*, pp. 437-438; SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 185; cfr. A. C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna 1993 (ristampa), p. 223: «nel diritto anteriore al Codex, l'impedimento dell'affinità nasceva dalla copula perfetta, lecita od illecita...». Vedi anche BERTOLA, *op. cit.*, p. 115.

27. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 264.

28. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 695.

pula carnale (lecita o illecita) oppure, prescindendo da essa, nel matrimonio, nell'apparenza di una relazione matrimoniale e perfino negli sponsali, quanto alle persone sulla cui situazione giuridica quel fatto opera, con la conseguenza che la qualificazione di affine può attribuirsi o ai soli consanguinei di uno dei due soggetti degli anzidetti rapporti rispetto all'altro soggetto, e viceversa; oppure può estendersi ai consanguinei dell'uno rispetto ai consanguinei dell'altro²⁹.

L'affinità di per sé non ha gradi, ma li prende e misura da quelli della consanguineità: l'affinità nella linea retta rende nullo il matrimonio in qualunque grado, mentre nella linea collaterale lo rende nullo fino al secondo grado inclusivo³⁰. Si sottolinea che il can. 1077 stabilisce che l'affinità in linea retta è impedimento dirimente in qualsiasi grado; in linea collaterale fino al secondo grado (sempre di computazione canonica) incluso, con la conseguenza che il vedovo non può sposare le sorelle, né le zie, né le nipoti, né le prime cugine della moglie defunta, tenuto presente peraltro, il dato che, giusta il can. 1042, § 2 nel secondo grado della linea collaterale l'affinità è impedimento di grado minore³¹. Si afferma che l'affinità non tocca i congiunti dell'uno e quelli dell'altro coniuge, cioè che essa non vige se non tra il marito e i consanguinei della moglie e viceversa, giusta il can. 97, § 3 che esprime il principio o regola fondamentale secondo cui *affinitas non parit affinitatem*³². Il che è chiaramente spiegato da chi afferma come l'espressione anzi detta non altro vuol significare se non che «*neuter coniugum contrahit affinitatem cum affinibus suae compartis*»³³; regola in forza della qua-

29. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 696: «Né va dimenticato, sotto il profilo storico, l'istituto della *affinitas superveniens*, che tale qualificazione imprime agli stessi coniugi reciprocamente, a causa della copula, avvenuta successivamente al matrimonio, tra l'uno di essi e un consanguineo dell'altro». Si afferma nello stesso senso: «E' da notare che, potendo l'affinità derivare anche da copula extramatrimoniale, l'impedimento che sopravveniva al matrimonio già contratto, si poteva avere la *copula superveniens*, impedimento che sopravveniva al matrimonio già contratto: se infatti uno dei coniugi commettesse l'adulterio con un parente dell'altro, diveniva affine di questo. L'*affinitas superveniens* quando fosse entro il limite di gradi proibiti, importava divieto per il colpevole di chiedere all'altro coniuge l'atto coniugale, salvo dispensa» (CIPROTTI, *op. cit.*, loc. cit., p. 395).

30. SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 186; FALCO, *op. cit.*, p. 247.

31. JEMOLO, *op. cit.*, p. 224; BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 266.

32. GASPARRI, *op. cit.*, pp. 438-439; SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 185; JEMOLO, *op. cit.*, p. 223; GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 696; CIPROTTI, *op. cit.*, loc. cit., p. 395; BERTOLA, *op. cit.*, p. 115. Vedi anche V. DEL GIUDICE, *Sommario di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1970, p. 59.

33. VERMEERSCH-CREUSEN, *op. cit.*, p. 256.

le è precluso porre i due soggetti del rapporto intersessuale, su cui si fonda l'affinità, in una situazione precisamente identica³⁴. A titolo di esempio si afferma: «*Antonius maritus contrahit affinitatem cum Petro, fratre uxoris suae, non vero cum Agnete uxore Petri; hinc si uxor Antonii et Petrus moriantur, Antonius ed Agnes possunt valide et licite matrimonium inter se inire*»³⁵.

Ma un'altra regola fondamentale si pone in siffatta materia, al fine di evitare l'estensione del concetto di affinità. Se da un lato il coniuge considerato diviene affine dei consanguinei e non già anche degli affini della comparte, dall'altro si vieta di estendere la modificazione giuridica che deriva dal rapporto intersessuale a persona non direttamente collegata con ambedue i soggetti del rapporto, con la conseguenza che i consanguinei di una delle due parti non diventano in nessun caso affini dei consanguinei dell'altra, perché *affinitas non egreditur copulatos*³⁶. Come si è accennato, la computazione dell'affinità (*arbor affinitatis*) viene fatta in base alla computazione della consanguineità, cosicché coloro che sono consanguinei di un coniuge sono della medesima linea e grado affini all'altro coniuge in base al can. 97³⁷. Essendo, infatti, priva d'un fondamento naturale l'affinità non ha ovviamente generazioni, linee e gradi per cui, per determinarne l'ambito, si assumono le linee e i gradi di consanguineità intercorrente tra l'uno dei coniugi e la persona considerata affine dell'altro coniuge partendo dagli stessi coniugi, i quali, essendo legati dal vincolo del coniugio, vengono a costituire lo stipite³⁸.

34. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 696.

35. GASPARRI, *op. cit.*, p. 439, il quale continua spiegando: «*ex dictis sequitur non esse affines ideoque posse duos fratres ducere duas sorores, patrem et filium ducere matrem et filiam, item vitriculum et viduam sui privigni, privignum et viduam, sui vitrici... posse invicem nubere*».

36. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 696. Già il Gasparri aveva osservato che nel can. 97, § 2: «*indicantur personae, quae ex matrimonio valido evadunt affines. Scilicet, inito valido matrimonio, coniuges non sunt, iuridico sensu, affines inter se, sed sunt veluti causa et principium affinitatis; consanguinei autem viri evadunt affines mulieri, non autem eius consanguineis, et viceversa consanguinei mulieri evadunt affines viro, non autem eius consanguineis quia affines, non egreditur affinitatem. Ita, e.g., si Titius viduus, filios ex priori matrimonio habens matrimonium contrahit cum Caia vidua, filias similiter habens ex prioribus nuptiis, oritur affinitas inter Titium, et filias Caiae, inter Caiam et filios Titii, non autem inter filios Titii et filias Caiae, ita ut ii inter se nuptias et licite et valide inire valeant, licet fortasse ab inito matrimonio inter Titium et Caiam, fratrum et sororum nomine invicem appellentur*» (*op. cit.*, p. 438). Sulla massima vedi G. J. PELLEGRINI, *De affinitate in iure canonico*, Roma 1960, p. 145; cfr. anche DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 59.

37. BERTOLA, *op. cit.*, p. 115; FALCO, *op. cit.*, p. 247.

38. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 697.

Se è indiscutibile che nel diritto vigente tanto nella Chiesa latina quanto in quella orientale, l'affinità non derivava dalla copula ma dal matrimonio valido (can. 97, § 1 C.I.C. e can. 68 M.p. *Crebrae allatae* del 22 febbraio 1949)³⁹, in passato si discuteva tra i canonisti se l'impedimento di affinità fosse di diritto naturale nella linea retta e di diritto ecclesiastico nella linea collaterale⁴⁰. Si discuteva cioè se fosse di diritto naturale *l'affinitas in primo gradu lineae sive ascendentis sive descendentalis*, cioè tra il marito e la madre o la figlia della moglie defunta, tra la moglie e il padre o il figlio del marito defunto⁴¹. Non mancava chi riteneva che tale impedimento fosse di diritto naturale poiché la figliastro (*privigna*) rispetto al marito della madre (*vitricus*), il figliastro (*privignus*) rispetto alla matrigna (*noverca*), la nuora (*nurus*) rispetto al suocero (*socer*) sono una sola carne come il marito e la moglie⁴². Ma la dottrina di gran lunga più numerosa affermava che l'impedimento in linea retta fosse da considerarsi di diritto ecclesiastico e già la S. C. del S. Officio il 4 settembre 1743 aveva dichiarato solennemente che non è da dubitarsi circa la potestà del Pontefice di concedere la dispensa nel primo grado dell'affinità in linea retta anche «*ex copula licita inter vitricum et privignam*»⁴³. Tesi, questa, della natura ecclesiastica dell'impedimento di affinità che si riscontra ribadita anche dai vecchi autori i quali affermano che l'affinità nelle due linee ed in tutti i gradi è ritenuta di diritto umano; anche l'affinità in primo grado nella linea retta è impedimento dirimente di diritto ecclesiastico⁴⁴. Si precisa, in proposito, che in passato fu controverso fra i canonisti se l'impedimento di affinità fosse soltanto di diritto ecclesiastico, ma che oggi la controversia è definitivamente superata e tutti i canonisti cattolici concordano nel ritenere che anche l'affinità in primo grado della linea collaterale costituisce e rappresenta impedimento di mero diritto ecclesiastico⁴⁵, tant'è ve-

39. CIPROTTI, *op. cit.*, loc. cit., p. 395.

40. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, pp. 264-265

41. GASPARRI, *op. cit.*, p. 441

42. S. AGOSTINO riportato dal Decreto di Graziano c. 15, C.XXXV, q. 2 e 3: «*Si vir et uxor non duo, sed una caro sunt, non aliter est nurus deputanda, quam filia*».

43. Vedi diffusamente sul punto GASPARRI, *op. cit.*, pp. 442-443.

44. SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 186; FALCO, *op. cit.*, p. 247. Afferma lo JEMOLO: «mentre canonisti e teologi sono concordi in ciò che l'affinità non irrita il matrimonio per diritto naturale, si chiedono se questo impedimento sia una creazione della legge positiva o sussista invece per diritto naturale, pur essendo il diritto ecclesiastico ad invalidare le nozze fra affini» (*op. cit.*, p. 224).

45. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, pp. 264-265.

ro che, sia pure con concorso di circostanze straordinarie, sono state concesse alcune dispense in questo grado⁴⁶.

Giova qui precisare che il can. 97, § 3, al fine di stabilire i gradi dell'affinità, richiama il precedente can. 96, il quale prescrive in che modo debba computarsi la consanguineità in linee e gradi, stabilendo i principii fondamentali secondo cui deve distinguersi una linea retta ascendente o discendente, e una linea collaterale, la quale può avere tratto uguale o tratto ineguale (linea collaterale obliqua); sicché per il computo del grado in linea retta tanti sono i gradi quante le generazioni, *stipite dempto*, laddove in linea collaterale tanti sono i gradi quante le generazioni in un solo tratto di linea, e, se il tratto non è uguale —il fenomeno di grado misto—, tanti sono i gradi quante le generazioni nel tratto più lungo⁴⁷. Ne segue che, per quanto riguarda l'affinità nella linea retta un soggetto è affine di primo grado dei genitori del coniuge (*socer, socra*), nonché del proprio figliastro o figliastra (*privignus o privigna*) e del marito della figlia (*genero*) o della moglie del figlio (*vitricus*) o della propria matrigna (*noverca*); mentre in secondo grado è affine dei prosuoceri, del progenero o della pronuora del figlio, del figliastro e via di seguito⁴⁸. Se poi si considera l'affinità in linea collaterale, intercorre l'affinità di primo grado col marito della propria sorella (*sororius*) o con la moglie del proprio fratello (*fratria*), con il fratello (*levir*) o con la sorella (*gloss*) del coniuge, mentre intercorre l'affinità di secondo grado con gli zii paterni (*patrus, amita*) e materni (*avunculus, matertera*) del coniuge, con i cugini di questo (*patrueles, amitini, consobrini*) e coi nipoti e così via⁴⁹.

E' da rilevare che oltre all'affinità considerata, che è l'unica specie di affinità in vigore nella Chiesa latina, in alcuni riti orientali vi erano due altre specie di affinità. In alcuni riti infatti, era preso anche in

46. S. CHIELODI, *Ius matrimoniale iuxta codicem iuris canonici*, Trento 1921, p. 102. Si avverte, peraltro, che, se è vero che l'impedimento è da ritenersi in ogni caso di diritto ecclesiastico nella linea retta la Chiesa non suole concedere dispensa (BERTOLA, *op. cit.*, p. 116). Così anche VERMEERSCH-CREUSEN, il quali dopo aver affermato sostanzialmente che in tutte due le linee e gradi l'impedimento è di diritto ecclesiastico, nel primo grado nella linea retta, una volta consumato il matrimonio, la dispensa praticamente viene concessa difficilmente (*op. cit.*, p. 256). Cfr. anche quanto afferma sul tema il GRAZIANI, secondo cui l'impedimento di affinità è dispensabile in qualunque grado, essendo di diritto ecclesiastico (*op. cit.*, loc. cit., p. 699); così anche CIPROTTI, *op. cit.*, loc. cit., p. 395.

47. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 697.

48. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 697.

49. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., pp. 697-698.

considerazione come affinità il vincolo esistente tra i parenti di un coniuge e i parenti dell'altro e anche quest'affinità del diritto allora vigente costituiva impedimento matrimoniale fino al quarto grado compreso, calcolando i gradi con il sistema di sommare i rispettivi gradi di parentela di ciascuno dei due affini con il coniuge suo parente⁵⁰. Nella legislazione orientale questa specie di affinità era detta «affinità da digenia», in quanto in essa intervenivano due stirpi, quella dei parenti del marito e quella dei parenti della moglie⁵¹.

Vi era, in alcune comunità di rito greco un'altra specie di affinità denominata «affinità da trigenia», la quale sussisteva in due casi: a) quando una persona contraeva successivamente più matrimoni; b) quando due o più persone coniugate erano parenti tra loro (M. P. *Crebrae allatae*, can. 68, § 3, n.1). Si afferma a questo proposito che, nel primo caso si aveva trigenia tra coloro che avevano contratto matrimonio con la stessa persona, mentre nel secondo caso si aveva trigenia tra ciascun coniuge e coloro che, a causa di un altro matrimonio avevano affinità da digenia con l'altro coniuge: nella disciplina in cui vigeva, era impedimento nel solo primo grado⁵².

III. L'IMPEDIMENTO È DI DIRITTO ECCLESIASTICO PER CUI VINCOLA SOLTANTO I BATTEZZATI

Il tema che abbiamo sfiorato e che attiene alla necessità di determinare se l'impedimento d'affinità abbia o meno un fondamento naturalistico intacca il quesito pratico se si dia affinità fra gli infedeli. Poiché tale impedimento si risolve in una vera e propria creazione del diritto positivo e non ha nulla a che vedere con il diritto naturale, è evidente che

50. M. P. *Crebrae allatae*, can. 67, § 1, n. 2 e can. 68, § 2; M. P. *Cleri Sanctitati* del 2 giugno 1957, can. 25, § 2.

51. CIPROTTI, *op. cit.*, loc. cit., p. 395.

52. CIPROTTI, *op. cit.*, p. 395. Afferma l'autore che il computo dei gradi della trigenia si faceva, nei casi ordinari, computando come grado di trigenia di ciascuno verso l'altro coniuge lo stesso grado in cui egli era affine per digenia verso l'altro coniuge a causa di un altro matrimonio: nei casi di trigenia estesa ai parenti del coniuge, si sommarono i rispettivi gradi di affinità da digenia e di parentela per avere il grado di affinità da trigenia; e che la denominazione di affinità da trigenia deriva dal fatto che in ogni caso di trigenia intervenivano tre stirpi o famiglie cioè quelle di ciascuno dei contraenti dei due matrimoni che davano l'origine alla trigenia (*op. cit.*, loc. cit., pp. 395-396).

esso vincola soltanto i battezzati, per cui l'affinità contratta nella infedeltà, quando cioè i due nubenti non erano battezzati, non costituisce l'impedimento matrimoniale. E infatti, fra due infedeli anche in primo grado della linea retta di affinità il matrimonio vale⁵³. Conseguentemente, è evidente che non possa sorgere questo impedimento di affinità dal matrimonio contratto tra persone non battezzate, fino a quando queste rimangano tali, ed uno dei coniugi alla morte dell'altro volesse contrarre matrimonio con la consanguinea non battezzata del coniuge defunto⁵⁴. Peraltro, se due infedeli affini ricevano il battesimo e vogliano contrarre matrimonio canonico, non possono contrarlo *obstante impedimento affinitatis*⁵⁵, come risulta da una risposta del S. Ufficio del 26 agosto 1891, secondo cui l'affinità contratta nell'infedeltà non è un impedimento per i matrimoni celebrati nello stato di infedeli, ma lo diviene per quelli celebrati dopo il battesimo⁵⁶. Si ripete, infatti, che, se entrambi i coniugi infedeli, durante il matrimonio ricevano il battesimo, sorge l'impedimento, perché, col ricevere il battesimo, il matrimonio diviene rato e, come si è detto, l'affinità sorge dal matrimonio rato⁵⁷. Si insiste da un acuto scrittore sull'argomento: se da un matrimonio validamente contratto tra infedeli (matrimonio legittimo) o tra un battezzato e un non battezzato, previa dispensa dall'impedimento di disparità di culto, sorga o non sorga quella relazione tra l'uno dei coniugi e i consanguinei dell'altro, denominata affinità; e si afferma che è risaputo come un siffatto matrimonio non può chiamarsi rato (can. 1015), con la conseguenza che sembra fortemente improbabile che il legislatore del *Codex* non abbia di proposito usato, nel testo del can. 97 quel termine, appunto per circoscrivere la causa dell'affinità al solo matrimonio tra battezzati: il che poteva ammettersi, in conformità con l'interpretazione letterale della norma positiva, una volta abbandonato il fondamento naturalistico dell'istituto⁵⁸.

53. GASPARRI, *op. cit.*, p. 444.

54. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 265.

55. GASPARRI, *op. cit.*, p. 444.

56. Decreto della S.C.S. Officii del 26 agosto 1891: «*Affinitatem, quae in infidelitate contrahitur... non esse impedimentum pro matrimoniis quae in infidelitate ineuntur; evadere tamen impedimentum pro matrimoniis quae ineuntur post baptismum: quo suscepto, infideles fiunt subditi Ecclesiae eiusque proinde legibus subiecti*» (S. C.S. Off. Ad Archiep. Quebecen. 3 mart. 1895).

57. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 265. Affermano VERMEERSCH-CREUSEN: «*impedimentum oriebatur e solo iure ecclesiastico. Cum tamen affinitas, sic intellecta, vinculo naturali, niteretur, ante baptismum contracta, post conversionem fiebat impedimentum matrimonii*» (*op. cit.*, p. 257).

58. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 697.

Ma, tale questione è stata ormai risolta con un decreto della S. Congregazione del S. Ufficio del 31 gennaio 1957, il quale espressamente dichiara che l'affinità *in infidelitate contracta* diviene impedimento per i matrimoni che si contraggono dopo il battesimo anche di una sola delle due parti⁵⁹.

Sotto la vigenza del Codice pio-benedettino si poneva la questione riprodotta nel can. 1077, § 2 relativa alla moltiplicazione dell'impedimento di affinità, il quale si moltiplicava quante volte si moltiplicava l'impedimento della consanguineità da cui procede o si contrae successivamente matrimonio con un consanguineo del coniuge defunto⁶⁰. Per cui «*si Petrus post primum matrimonium cum Maria et post alterum matrimonium cum Anna, sorore Mariae (cum dispensatione ab impedimento affinitatis in primo gradu lineae collateralis) vult ducere uxorem Corneliam utriusque defunctae uxoris sororem; indiget dispensatione super duplici affinitate in primo gradu lineae collateralis*»⁶¹. In dottrina non si esita a ripetere che anche l'affinità può essere molteplice; il che accade quando è molteplice la consanguineità da cui proviene e quando si contrae successivamente matrimonio con un consanguineo del coniuge⁶². Più chiaramente si spiega da un'autorevole dottrina che l'impedimento d'affinità si moltiplica se il vedovo sposi una sorella della moglie e resti vedovo una seconda volta, per cui rimarrà moltiplicato il suo impedimento di affinità con le sorelle e le parenti in genere delle due mogli defunte⁶³; si ribadisce sostanzialmente che l'affinità, che non viene meno per la morte del coniuge giusta il principio secondo cui *affinitas in coniuge superstite non deletur*, si moltiplica quante volte è multipla la consanguineità da cui procede, e nel caso che si contragga successivamente iterato matrimonio con consanguinei del coniuge defunto (can. 1077, § 2)⁶⁴. Acutamente si osserva che l'impedimento di affinità può essere molteplice, in primo

59. A.A.S., vol. 49, p. 77.

60. SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 186. Così anche FALCO: «anche l'affinità può essere molteplice; ciò accade quando è molteplice la consanguineità da cui proviene, e quando si contrae successivamente matrimonio con un consanguineo del coniuge» (*op. cit.*, p. 247).

61. GASPARRI, *op. cit.*, p. 440, il quale pone anche un altro esempio: «*Si Petrus nuptias inire cupiat cum Agnete consobrina utriusque sororis defunctae, erit duplex affinitas in secundo gradu lineae collateralis...*».

62. FALCO, *op. cit.*, p. 247.

63. JEMOLO, *op. cit.*, p. 224

64. BERTOLA, *op. cit.*, p. 116. Cfr. VERMEERSCH-CREUSEN, *op. cit.*, p. 257; CIPROTTI, *op. cit.*, loc. cit., p. 395; DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 59.

luogo, se molteplice, per molteplicità dello stipite e il rapporto di consanguineità da cui procede, in secondo luogo, se, sciolto il matrimonio, se ne contrae, previa dispensa un altro col consanguineo del primo coniuge e ci si ponga così rispetto ai consanguinei di questo, in una ulteriore relazione di affinità⁶⁵; e si aggiunge che le due ipotesi di affinità molteplice, contemplate non soltanto nel can. 1077, § 2 C.I.C. del 1917, ma anche nel can. 67, § 2 del M. P. *Crebrae allatae*, dato che nessuna differenza esiste tra le due legislazioni in merito al detto problema, sono peraltro rilevanti ai fini dell'eventuale dispensa dall'impedimento dovendosi nel provvedimento di dispensa fare menzione del duplice ostacolo che si rimuove⁶⁶.

È, infatti, indubbio che l'impedimento di affinità è dispensabile in qualunque grado. Si afferma in tal senso che «*ex dictis apparet Ecclesiam posse dispensare etiam in linea recta, haud excepto primo gradu, et de facto dispensationem concedere facilius vel difficilius iuxta gradum*»; che «*super gradibus vero lineae collateralis dispensationes dantur facilius quam antea et mitioribus de causis*»; che anzi «*secundus gradus etiam sine causa et tantummodo uti legitur in rescriptis S. C. de Sacramentis, ob rationabiles causas a Santa Sede probatas; est enim impedimentum minoris gradus ac proinde pro ipso valet praescriptum can. 1054*»⁶⁷. È dunque di diritto ecclesiastico e quindi non di diritto divino anche l'impedimento di primo grado della linea retta come voleva affermare Enrico VIII d'Inghilterra (1509-1547) per poter sposare la cortigiana Anna Bolena, mentre era legato con la cognata Caterina d'Aragona, zia di Carlo V, vedova del fratello Arturo, con la quale aveva contratto matrimonio previa dispensa pontificia, che secondo lui non poteva essere concessa da Giulio II, essendo l'impedimento tra Enrico e Caterina di diritto naturale⁶⁸. Si ribadisce per ciò in dottrina che l'affinità nelle due linee e in tutti i gradi è ritenuta di diritto umano e tale che possa essere tolta per dispensa pontificia; che anche l'affinità in primo grado della linea retta è impedimento dirimente di diritto ecclesiastico e quindi dispensabile; che l'interpretazione del can.

65. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 699.

66. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 699.

67. GASPARRI, *op. cit.*, pp. 444-445, il quale continua: «*Primus gradus mixtus cum secundo quamvis a nonnullis retineatur gradus minoris, ex stylo tamen S. C. de Sacramentis habetur uti maior atque conceditur dispensatio cum causa canonica*».

68. GASPARRI, *op. cit.*, p. 445. Vedi anche GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 669.

1043 non può essere che la seguente: se il matrimonio precedente che diede origine all'affinità sia soltanto rato e non consumato, nel caso speciale, in urgente pericolo di morte, la dispensa può essere concessa dal vescovo o dal sacerdote che assiste al matrimonio; se sia stato rato e consumato, nel caso speciale del can. 1043 deve dispensare la Santa Sede⁶⁹.

Si afferma, peraltro, in dottrina che, essendo l'impedimento di diritto ecclesiastico, non vi è caso in cui la Chiesa non possa dispensare quantunque nella pratica, tolto il caso del primo grado in linea retta in cui, pur essendo possibile, è difficile la concessione della dispensa, negli altri gradi essa viene concessa ricorrendo una giusta causa sia pubblica che privata, per es. il motivo di togliere uno scandalo o di legittimare la prole⁷⁰. Si è più decisamente ribadito che, però essendo impedimento di diritto umano si è sempre ritenuto e insegnato che secondo la prassi della curia non veniva mai concessa dispensa dall'affinità nel primo grado della linea retta, se il matrimonio che aveva dato luogo all'affinità era stato consumato; che si indicava come solo caso di dispensa quello della Penitenzieria del 2 dicembre 1911, riguardante il matrimonio del patrigno con la figliastra, nata però *ex copula inhonesta* della madre, cosicché non poteva considerarsi legalmente come figliastra; che sebbene in base al can. 1043, urgendo pericolo di morte, neanche il vescovo o il sacerdote possono dispensare dall'affinità in linea retta, sorta dal matrimonio consumato, l'autorità ecclesiastica nel maggio 1931 ha concesso la dispensa al matrimonio di un patrigno con la figlia legittima della moglie, con la quale egli aveva avuto rapporti incestuosi dai quali era nata prole⁷¹. Si conclude sul punto, rilevando che l'impedimento è dispensabile in qualunque grado, sebbene in linea retta e in linea collaterale di primo grado sia di grado maggiore (can. 1042), e sebbene, ove sia stato consumato, la dispensa non suole darsi⁷². Nei casi ordinari la dispensa dall'impedimento di affinità può essere concessa oltre che dalla Santa Sede, anche nella Chiesa latina dal vescovo locale nel secondo grado collaterale (M. P. *Pastorale Munus* del 30 novembre 1963, parte I, numero 19 e 21);

69. SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 186.

70. BOGGIANO PICO, *op. cit.*, pp. 265-266.

71. FALCO, *op. cit.*, p. 248; BERTOLA, *op. cit.*, p. 116: «Ad ogni modo l'impedimento è da ritenersi in ogni caso di diritto ecclesiastico (can. 1043), ma nella linea retta la Chiesa non suole dispensare». Vedi anche VERMEERSCH-CREUSEN, *op. cit.*, p. 256.

72. GRAZIANI, *op. cit.*, loc. cit., p. 699.

nella Chiesa orientale dal vescovo locale, se si tratta di affinità in quarto grado collaterale, dal Patriarca in caso di affinità in secondo e ulteriore grado collaterale (M. P. *Crebrae allatae*, can. 32)⁷³.

Quanto alle ragioni che supportano la presenza di tale impedimento è stato rilevato che, in genere, esse coincidono con quelle addotte in ordine all'impedimento di consanguineità; innanzitutto, si fa leva sulla *reverentia* che l'uomo deve tenere nei confronti dei consanguinei della moglie e viceversa, reverenza che fa sì che le nozze tra di loro non possono decentemente conciliarsi nei gradi proibiti dalla legge, per cui nelle nazioni civili tali nozze, almeno nei gradi prossimi, non sono approvate. In secondo luogo, per una ragione morale, una volta contratto il matrimonio tra due persone nasce una *conversatio familiaris* tra un coniuge e i consanguinei dell'altro «*unde periculum peccandi quod, ablata spe matrimonii, remotum reddit*»⁷⁴. Si chiarisce ogni cosa affermando che le ragioni addotte per giustificare l'impedimento dell'affinità sono: la reverenza cui ciascuno dei coniugi è tenuto verso i consanguinei dell'altro; il pericolo di peccato che sarebbe nella necessaria familiarità di ciascuno dei coniugi con i parenti dell'altro se non fosse tolta ogni possibilità di futuro matrimonio⁷⁵.

IV. IL CAN. 1092 DEL NUOVO CODICE DEL 1983, PER IL QUALE L'AFFINITÀ DERIVA DA QUALSIASI MATRIMONIO VALIDO TRA BATTEZZATI

Se si considera la nuova legislazione che attiene all'impedimento di affinità, colpisce subito la sobrietà e la chiarezza del can. 1092 C.I.C., il quale dispone espressamente: «*Affinitas in linea recta dirimit matrimonium in quolibet gradu*».

Se prima del Codice del 1917 l'affinità era un istituto molto complesso perché veniva a sorgere fra le persone in forza anche del solo atto sessuale, per cui l'impedimento veniva modo spesso ad essere moltiplicato, e se nello stesso Codice l'impedimento di affinità fu fortemente ridotto, dato che si stabilì che tale impedimento sorgeva solo da un matrimonio valido ed era suscettibile, in vari casi, di moltiplicazio-

73. CIPROTTI, *op. cit.*, loc. cit., p. 395.

74. GASPARRI, *op. cit.*, p. 438.

75. JEMOLO, *op. cit.*, p. 224.

ne, in forza della nuova legislazione giovanneo-paolina, i canonisti debbono porre l'attenzione e interessarsi solo dell'ambito del grado di parentela⁷⁶.

Non si può non ammettere che l'impedimento dell'affinità è strettamente connesso con quello della consanguineità e anche nella disciplina dell'impedimento dell'affinità si sono avute alcune modifiche legislative rispetto al contenuto normativo del Codice del 1917, data la tendenza ad apportare una maggiore semplificazione in tutta la materia matrimoniale⁷⁷.

Il can. 1092 CIC stabilisce il principio secondo cui dal matrimonio valido, consumato o no sorge tra l'uomo e i consanguinei della donna, e viceversa, una relazione, una vicinanza che li pone nei confini della stessa famiglia detta affinità⁷⁸ e d'altra parte il can. 1092 dispone che questa relazione, nei matrimoni regolati dalla legislazione canonica, come effetto giuridico, costituisce il così detto impedimento di affinità⁷⁹. In quanto impedimento si risolve nella proibizione legale di contrarre matrimonio tra un soggetto e i consanguinei del suo coniuge nell'ambito dei gradi stabiliti dalla legge⁸⁰. Deve precisarsi che l'affinità sorge tra le persone indicate, cioè tra il coniuge e i consanguinei dell'altro ma non vige tra i consanguinei dei due coniugi (*affinitas non parit affinitatem*)⁸¹, dal momento che si denomina rapporto di affinità quello che proviene dal matrimonio valido «*etsi non consummato*» e che intercorre tra il marito e

76. K. E. BOCCAFOLA, *Gli impedimenti relativi ai vincoli etico-giuridici tra le persone: affinitas, consanguinitas, publica honestas, cognatio legalis*, Lev., Città del Vaticano 1989, p. 208.

77. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 274.

78. A. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Brescia 1985, p. 126; J. FERNÉS, *El sacramento del matrimonio (Derecho matrimonial)*, in AA.VV., *Manual de derecho canónico*, Pamplona, 1988, p. 580.

79. ABATE, *op. cit.*, p. 126; AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 266; F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna 1989, p. 48. Si afferma chiaramente da J. VERNAY: «L'affinité ou parenté par alliance, celle qui unit l'époux à tous les consanguins de l'épouse et inversement, dirime le mariage à tous les degrés en ligne directe (can. 1092) et en ligne directe seulement» (*Le droit canonique du mariage*, in AA.VV., *Droit canonique*, Paris 1989, p. 406). MOLINA MELIÁ-OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 161; FERNÉS, *op. cit.*, p. 581.

80. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 276.

81. FERNÉS, *op. cit.*, loc. cit., p. 581; CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 182, il quale spiega: «Tizio e Caia sono marito e moglie, Caia ha una sorella e un fratello sposato con Antonia. Tra Tizio e la sorella di Caia ossia della sorella della moglie, sussiste il vincolo di affinità, ma non tra Tizio e Antonia, cognata di Caia». Vedi anche A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Pamplona 1994, p. 100.

i consanguinei della moglie e, allo stesso modo, tra la moglie e i parenti del marito⁸².

Si afferma che, etimologicamente, il termine affine viene dal latino *ad fines* e significa confinante, vicino⁸³, tanto che Modestino indicava con tale espressione l'accostamento di due famiglie che si legano attraverso il matrimonio di due loro componenti, avvicinandosi in tal modo *ad fines alterius* reciprocamente⁸⁴.

Si è ricordato che nel Codice pio-benedettino si precisava che l'affinità sorgeva dal matrimonio «*sive rato tantum sive rato et consummato*» (can. 97, § 1), espressione soppressa nel Codice del 1983 dal momento che poteva sorgere il dubbio circa l'affinità derivante dal matrimonio dei non battezzati; sicché sulla base della nuova formulazione legislativa è ora chiaro che l'affinità sorge da qualsiasi matrimonio valido tra battezzati⁸⁵. D'altro canto il Codice del 1983 conferma il concetto di affinità così come era definito in precedenza, affermando che essa è il vincolo esistente tra il marito e i consanguinei della moglie e tra la moglie e i consanguinei del marito; vincolo che è giuridico, più che naturale in senso proprio come la consanguineità, poiché il suo fondamento non è la generazione, ma il matrimonio valido, anche non consumato⁸⁶. In effetti se il matrimonio fosse invalido o putativo, sorgerebbe ovviamente l'impedimento di pubblica onestà (can. 1093), mentre, se il matrimonio fosse dichiarato nullo, si avrebbe la nullità dell'affinità, salvo gli effetti scaturenti dal detto canone che disciplina la pubblica onestà⁸⁷. Deve inoltre ricordarsi che l'affinità sussiste soltanto tra il marito e i consanguinei della moglie e ugualmente tra la moglie e i consanguinei del marito, con la conseguenza che non sussiste tra i consanguinei di uno dei coniugi e i consanguinei dell'altro (*affinitas non egreditur copulatos*), come nel caso di Tizio o Caia, vedovi ambedue, che si uniscono in matrimonio avendo ciascuno dei figli: orbene, se tra Tizio

82. J. I. BAÑARES, *Comento al can. 1092*, in *Comentario exegético al código de derecho canónico*, vol. III, Pamplona 1996, p. 1200.

83. CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 181.

84. D., 38, 10, 4.

85. Vedi la risposta del S. Ufficio del 31 gennaio 1857, in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, II, n. 2626, col. 3584.

86. CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 181.

87. CHIAPPETTA, *op. cit.*, pp. 181-182.

e i figli di Caia e tra Caia e i figli di Tizio sorge senz'altro il vincolo di affinità, tra i figli dell'uno e i figli dell'altra (i figliastri) non esiste alcun vincolo di affinità⁸⁸.

Come avveniva nella legislazione precedente secondo la quale vigeva il principio che *affinitas in coniuge superstite non deletur*, l'uomo non può sposare nell'attuale legislazione la sorella della moglie defunta, come pure la donna rimasta vedova, non può contrarre nozze con il fratello del marito⁸⁹. Il che però molto spesso è un'ottima soluzione per educare la prole nata dal precedente matrimonio specie se non è ancora adulta. Nel primo *Schema De matrimonio* del 1975 si stabiliva che l'affinità dirime il matrimonio nella linea collaterale fino al secondo grado⁹⁰.

E la principale l'innovazione del nuovo Codice in tema di impedimento di affinità è la soppressione dell'impedimento proveniente dalla linea collaterale; decisione presa poiché spesso il matrimonio tra affini è un ottimo aiuto per la prole, che «*forte habetur ex priori matrimonio*»⁹¹. Si conclude, rilevando che una drastica riduzione ha subito l'impedimento di affinità, attualmente limitato alla sola linea retta ossia tra il coniuge e i parenti in linea retta dell'altro coniuge (genitori, figli, nipoti), poiché il legislatore canonico ha preferito tenere presente il fatto che in certe popolazioni il matrimonio tra affini in linea collaterale, lungi dall'essere

88. CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 182; J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Pamplona 1994, p. 87.

89. ABATE, *op. cit.*, p. 126; FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 48.

90. *Schema* 1975, can. 292. Sul punto cfr. AZNAR GIL, *op. cit.*, pp. 274-275.

91. *Communicationes*, 9 (1977), p. 368. Si afferma, in proposito, che il can. 292 dello *Schema* esaminato nel *coetus de matrimonio* prevedeva, come il can. 1077 c.i.c. del 1917, l'impedimento anche per affini in secondo grado della linea collaterale; impedimento che il *coetus* ha suggerito di sopprimere nell'adunanza del 17 maggio 1977, in vista del fatto che spesso il matrimonio fra affini nel detto grado è un'ottima soluzione per i figli del primo matrimonio (FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 48, nota 20). Vedi BOCCAFOLA, *op. cit.*, loc. cit., p. 209; VERNAY, *op. cit.*, loc. cit., p. 407; Th. DOYLE, Voce *marriage* in AA.VV., *The Code of Canon Law*, New York-Mahwah 1985, p. 773. Cfr. J. F. CASTAÑO, *Gli impedimenti matrimoniali. Codice del Vaticano II*, Bologna 1991, pp. 153-154: « Dunque nella nuova legislazione è sparito tutto ciò che nel can. 1077 del vecchio codice veniva prescritto a proposito dell'affinità in linea collaterale». Vedi dello stesso autore *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1994, p. 313: «Di conseguenza attualmente solo viene considerato l'impedimento di affinità in linea retta». Cfr. MOLINA MELIÁ-OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 162; FORNÉS, *Derecho matrimonial canonico*, cit., p. 87; LÓPEZ ALARCÓN-NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 125; BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, p. 101; E. VITALI-S. BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Milano 1994, p. 63; BAÑARES, *op. cit.*, loc. cit., p. 1201; L. MUSSELLI, *Manuale di diritto canonico e matrimoniale*, Bologna 1997, p. 167.

riprovato è talora visto con favore se non addirittura in certi casi imposto dal costume sociale⁹².

Peraltro, il can. 809 del C.C.E.O. dispone:

«§1 *Affinitas matrimonium dirimit in quolibet gradu lineae rectae et in secundo gradu lineae collateralis.*

§2 *Impedimentum affinitatis non multiplicatur*».

Anche per gli orientali l'affinità, in base al can. 919, § 1 C.C.E.O. sorge da un matrimonio valido e sussiste tra l'uno e l'altro dei coniugi ed i consanguinei dell'altro⁹³. Tale definizione, contenuta nel can. 919 costituiva, in effetti il § 1 del canone che disciplinava l'impedimento di affinità nello Schema del 1980 del Codice orientale, ma fu in seguito messa in un canone a parte del tit. XIX sulle persone e sugli atti giuridici⁹⁴.

Si sottolinea il fatto che in coerenza con le loro tradizioni, le Chiese orientali hanno mantenuto l'impedimento in linea collaterale ridotto dal quarto al secondo grado, discostandosi dal Codice del 1983, che l'ha soppresso, mantenendo unicamente l'affinità in linea retta⁹⁵. E' da notare che con la introduzione di questo canone sono stati soppressi gli impedimenti dell'affinità *ex digenia ed ex trigenia*⁹⁶. Si afferma poi che, a differenza della consanguineità, l'affinità non sorge dal rapporto carnale e dalla partecipazione del sangue di qualche persona, ma da un rapporto giuridico matrimoniale validamente posto in essere, anche se non sia avvenuta la consumazione⁹⁷. Sembra poi che, come nel Codice latino, il coniuge rimasto vedovo non può contrarre matrimonio con la sorella della moglie defunta, e viceversa, lo stesso impedimento nel C.C.E.O. non cessa con lo scioglimento del matrimonio valido, mentre viene meno con la dichiarazione di nullità del matrimonio⁹⁸. Infatti si

92. P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 1998, p. 94.

93. H. HALWAN, *Gli impedimenti*, in *Il matrimonio nel codice dei canoni delle chiese orientali*, Lev., Città del Vaticano 1994, p. 179.

94. *Nuntia*, 15 (1982), p. 72, can. 809.

95. HALWAN, *op. cit.*, p. 180.

96. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 278, il quale si sofferma ad esaminare l'affinità *ex digeneia* nelle sue due classi e l'affinità *ex trigeneia*.

97. HALWAN, *op. cit.*, p. 179. Vedi J. PRADER, *Il matrimonio in Oriente e Occidente*, Roma 1992, p. 113.

98. HALWAN, *op. cit.*, p. 179.

precisa opportunamente che, dopo la morte di un coniuge, l'altro rimane legato all'impedimento di affinità con i consanguinei del coniuge defunto, perché appunto l'impedimento non cessa con il venir meno del legame già validamente esistito⁹⁹.

La verità è che, secondo il can. 809, § 1 del C.C.E.O. l'impedimento di affinità si estende anche al secondo grado della linea collaterale¹⁰⁰, completando la prima notevole innovazione che attiene all'impedimento riguardato sia dal Codice latino, dal quale è stato soppresso ogni riferimento alla linea collaterale, sia dal Codice orientale, nel quale la linea collaterale, quantunque sia riproposta, rimane fortemente ridimensionata.

V. LA CESSAZIONE DELLA MOLTIPLICAZIONE DELL'IMPEDIMENTO. LE RAGIONI CHE HANNO INDOTTO IL LEGISLATORE A RICONFERMARE L'IMPEDIMENTO DI AFFINITÀ

La seconda innovazione della normativa riguardante l'impedimento considerato è costituita dal fatto che, come è avvenuto per l'impedimento di consanguineità, anche per l'impedimento dell'affinità cessa ogni possibilità di moltiplicazione. Se prima del Codice del 1917 l'impedimento di affinità rifletteva situazioni molto complesse, con la conseguenza che fra i soggetti si verificava l'impedimento anche in forza del solo atto sessuale, per cui si verificavano molti modi per la sua moltiplicazione, con il Codice del 1917 l'impedimento di affinità fu fortemente ridotto, dato che si stabiliva che sarebbe sorto da un matrimonio valido e si considerava moltiplicato solo quando era multiplo l'impedimento di consanguineità da cui derivava; che anzi con il Codice del 1983 e con il C.C.E.O. anche questa moltiplicazione è stata eliminata¹⁰¹. Si osserva, infatti, che da un punto di vista pratico, il concetto di moltiplicazione degli impedimenti è semplicemente servito a rendere conscia l'autorità ecclesiastica della necessità dell'esistenza di più seri previ motivi per concedere la dispensa: ora in forza della nuo-

99. HALWAN, *op. cit.*, p. 179; PRADER, *op. cit.*, p. 114.

100. LÓPEZ ALARCÓN-NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 126; BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, p. 101; BAÑARES, *op. cit.*, p. 1201.

101. BOCCAFOLA, *op. cit.*, loc. cit., p. 209; PRADER, *op. cit.*, p. 113.

va legge i canonisti dovranno interessarsi solo della ristrettezza del grado di parentela e non della molteplicità delle linee di consanguineità e affinità¹⁰². E se la soppressione della moltiplicazione dell'impedimento di affinità nel Codice del 1983 è una logica conseguenza del fatto che nella linea collaterale non esiste più alcun impedimento¹⁰³; la stessa soppressione risulta esplicitamente prevista nel can. 809, § 2 del C.C.E.O.

Com'è noto l'affinità non ha linee né gradi propri e per ciò si applicano le linee e i gradi della consanguineità, con la conseguenza che coloro i quali sono consanguinei del marito sono affini della moglie nella stessa linea e nello stesso grado, e viceversa: ad esempio, tra suocero e nuora o tra genero e suocera, tra patrigno e figliastra, o tra figliastro e matrigna c'è un'affinità di primo grado nella linea retta, mentre tra cognati esiste un'affinità di secondo grado nella linea collaterale¹⁰⁴.

Si rileva giustamente che, se l'affinità presuppone l'esistenza di un matrimonio valido, anche non consumato, è indifferente che i consanguinei del coniuge deceduto siano legittimi o illegittimi, in quanto l'impedimento sorge indipendentemente dal fatto che la relazione di consanguineità sia legittima o illegittima¹⁰⁵.

L'impedimento di affinità in tutto il suo ambito è di diritto ecclesiastico, ragion per cui l'affinità che ha avuto l'origine nell'infedeltà, cioè da un matrimonio legittimo tra due non battezzati, non costituisce impedimento alle nuove nozze che uno dei due coniugi contrae con un'altra persona non battezzata, consanguinea all'altro coniuge, mentre diviene impedimento nei confronti dei matrimoni che vengono contratti dopo il battesimo, sia pure di uno di essi¹⁰⁶.

102. BOCCAFOLA, *op. cit.*, loc. cit. p. 209.

103. CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 183. Cfr. R. SEBOTT-C. MARUCCI, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa*, Napoli 1985, p. 125; AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 277; BOCCAFOLA, *op. cit.*, loc. cit., pp. 208-209.

104. CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 182. Vedi un accenno in SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, p. 123: «L'affinità non ha linee né gradi propri, ma viene computata in parallelo alla consanguineità con cui ha relazione (can. 109, § 2)». Cfr. anche AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 266; LÓPEZ ALARCÓN-NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 126; BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, p. 100.

105. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 276.

106. ABATE, *op. cit.* pp. 126-127.

Si afferma, in proposito, che questo impedimento è di diritto ecclesiastico, per cui gli infedeli o non cattolici non vengono ad essere toccati da esso, a meno che non intendano sposare un cattolico del quale sono affini: nel qual caso sarebbero toccati direttamente dall'impedimento¹⁰⁷. Si precisa che, se in passato non mancavano autori per i quali l'impedimento di affinità nel primo grado della linea retta era di diritto naturale, attualmente nessuno dubita più che l'impedimento sia di diritto ecclesiastico in qualsiasi grado della linea retta; conseguentemente, tale impedimento tocca il matrimonio dei cattolici o quello tra un cattolico e un non cattolico¹⁰⁸.

L'impedimento di affinità è perpetuo e non cessa né per la morte del coniuge, né per un'eventuale dispensa «*super rato*» concessa dal Romano Pontefice; esso insomma ha il carattere della perpetuità e non cessa per nessuna ragione che possa verificarsi nel tempo¹⁰⁹.

Ma, essendo di diritto ecclesiastico, e quindi posto da legislatore canonico, esso è suscettibile di dispensa¹¹⁰. Si afferma in tal modo che è possibile ottenere la dispensa da questo impedimento anche se nel passato, a causa dello scandalo che potevano suscitare tali unioni tra affini, solo difficilmente sono state concesse dispense da questo impedimento: i casi più frequenti sono quelli di matrimoni tra patrigno e figliastra e tra suocero e nuora¹¹¹. Si precisa come l'impedimento sia dispensabile anche nei gradi più prossimi e se durante la vigenza del Codice pio-benedettino era molto difficile la dispensa nei gradi della linea retta, che, del resto, era riservata alla Santa Sede, la quale più facilmente dispensava dal secondo grado della linea collaterale, che era di grado minore, nella nuova codificazione, la dispensa da questo impedimento di affinità non è riservata alla Sede Apostolica e pertanto può essere concessa dall'Ordinario del luogo¹¹².

107. SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, pp. 124-125.

108. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 277.

109. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 278; CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 183; MOLINA MELIÁ-OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 162; BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, p. 101; BAÑARES, *op. cit.*, p. 1202.

110. J. FORNÉS, *Comento al can. 1092*, in AA.VV., *Codigo de derecho canónico*, Pamplona 1983, p. 653.

111. SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, p. 125, il quale continua, dicendo che anche per il futuro sembra consigliabile concedere la dispensa solo in quei casi in cui si tratta di convalidare relazioni illecite già esistenti.

112. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 278. DOYLE, *op. cit.*, loc. cit., p. 773: «Under the 1917 Code dispensations from the first degree of the direct line... were reserved to the Holy See and

Non manca chi si dilunga sul tema della dispensa dall'impedimento considerato e osserva che di fatto la Chiesa, in linea di principio, pur potendo dispensare dall'impedimento che è di diritto ecclesiastico, di fatto dispensa in casi del tutto eccezionali, al fine di evitare scandali; che la dispensa non è riservata alla Santa Sede, ma rientra nella competenza dell'Ordinario del luogo; che ovviamente all'impedimento di affinità non sono soggette le persona non battezzate, fino a quando restano tali, perché una volta battezzate l'impedimento viene a toccare anche le parti affini non battezzate *ipso facto*¹¹³. Si conclude, rilevando che l'impedimento è dispensabile dall'Ordinario del luogo, nonostante riguardi unioni matrimoniali che possono apparire assai poco convenienti, tanto da non essere in alcun modo ammesse negli stessi ordinamenti civili perché non ne derivi pubblico scandalo¹¹⁴.

Deve, inoltre rilevarsi che le Chiese orientali cattoliche hanno mantenuto, come già visto, l'impedimento in linea collaterale ridotto al secondo grado, ma essendo anche questo impedimento ovviamente di diritto ecclesiastico è suscettibile di dispensa, che viene concessa dai Gerarchi del luogo¹¹⁵. Esplicite sono le ragioni che hanno spinto il legislatore canonico a riproporre l'impedimento di affinità nel sistema del diritto matrimoniale. Si afferma che l'impedimento dell'affinità costituisce per ogni coniuge una barriera contro legami sessuali con i parenti di

granted only very rarely. Under the present, law a dispensation from, the impediment may normally be granted by the local ordinary or by others in urgent situations specified in canons 1079-1080». Cfr. FORNÉS, *El sacramento del matrimonio*, cit., loc. cit., p. 581; VERNAY, *op. cit.*, loc. cit., p. 407.

113. CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 183, il quale offre un esempio concreto osservando che, se due persone di fede non cristiana sono sposate civilmente secondo la legge del loro paese, il loro matrimonio è legittimo, e come tale, determina oggettivamente il vincolo di affinità tra l'uomo e i consanguinei della donna, tra la donna e consanguinei dell'uomo; che, se successivamente essi si convertono alla fede cristiana e si battezzano nella Chiesa cattolica, sorge *eo ipso* l'impedimento canonico di affinità per cui l'uomo, rimasto vedovo per la morte della moglie, non può sposare validamente la suocera, pur non battezzata, anche se nel suo paese l'impedimento di affinità non sia previsto (*op. cit.*, p. 183). Che l'impedimento di affinità sia di diritto ecclesiastico e quindi dispensabile è confermato da tutti gli autori: si cfr. CASTAÑO, *Gli impedimenti matrimoniali*, cit., loc. cit., p. 154; IDEM, *Il sacramento del matrimonio*, cit., loc. cit., p. 313; MOLINA MELIÀ-OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 162; FORNÉS, *Derecho matrimonial canonico*, cit., p. 87; LÓPEZ ALARCÓN-NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 127; BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, p. 101; VITALI-BERLINGÒ, *op. cit.*, p. 63; BAÑARES, *op. cit.*, loc. cit., p. 1202.

114. MONETA, *op. cit.*, p. 94.

115. HALWAN, *op. cit.*, loc. cit., p. 180; PRADER, *op. cit.*, p. 114.

sangue del proprio coniuge e quindi intende mantenere integra la vita familiare¹¹⁶. Si sostiene che le ragioni che consigliano l'introduzione, e anzi la conferma, di tale impedimento, sono le stesse che spingono a confermare l'impedimento di consanguineità, anche se più moderate; l'idea fondamentale è che i coniugi contraggono una speciale relazione di parentela con i consanguinei dei rispettivi nubenti: motivo fortemente radicato in tutte le culture, ragion per cui si suole allegare come motivo per mantenere questo impedimento la venerazione e la riverenza dovute ai consanguinei prossimi del proprio partner, la salvaguardia della morale familiare, la opportunità che si estendano le relazioni familiari più in là di quelle esistenti¹¹⁷. Si afferma che dalla natura di questi impedimenti di ordine etico-giuridico si può capire quasi immediatamente come e perché essi hanno un posto in quasi tutti i sistemi legali; che la legge della Chiesa si è sviluppata lentamente come risposta ai problemi della vita dei cristiani, subendo varie influenze, e la innata naturale repulsione della società verso i matrimoni tra parenti stretti fu certamente una delle cause principali che portarono a stabilire gli impedimenti di consanguineità e di affinità; che le leggi della Chiesa hanno fatto molto al fine di proteggere la vita familiare, nonché le virtù di moralità e castità tra quelli che vivono a stretto contratto come membri della stessa famiglia; che la stessa constatazione che fosse impedita qualsiasi speranza di matrimonio fra parenti stretti, che di solito dividono le stesse convenzioni di vita, contribuì a migliorare le relazioni fra i membri della famiglia nel complesso, ad evitare tentazioni contro la castità¹¹⁸. Che anzi si aggiunge che tali leggi hanno contribuito a creare vincoli di carità e di amore fra un più ampio gruppo di persone per il fatto che uno deve guardare al di fuori della cerchia dei propri parenti per cercare un coniuge; che in questo modo si formerebbero più ampie relazioni sociali, che creano vincoli di parentela e di amicizia fra le genti¹¹⁹. Non manca peraltro, chi ripete che, a parte tutte le altre ragioni, la fondamentale resta sempre quella secondo cui marito e moglie sono una sola carne e l'affinità presenta una cer-

116. SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, p. 124.

117. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 277.

118. BOCCAFOLA, *op. cit.*, loc. cit., p. 205.

119. BOCCAFOLA, *op. cit.*, loc. cit., p. 205, il quale aggiunge ancora che tali leggi hanno poi contribuito a neutralizzare una fin troppo evidente tendenza a mantenere la ricchezza nelle stesse mani attraverso l'eredità; impedendo il matrimonio tra consanguinei, il patrimonio veniva redistribuito nella società, fuori dall'ambito della parentela e della casata.

ta somiglianza con la consanguineità¹²⁰. Non ci si stanca di ripetere che l'idea che i coniugi contraggono una speciale relazione di parentela con i consanguinei dell'altro nubente si incontra fortemente sentita nella stima sociale; che si fatta idea è corroborata in forza della concezione cristiana del matrimonio che si concreta nell'*una caro* biblica, con la conseguenza che i coniugi vengono a partecipare analogicamente dei vincoli di parentela che toccano il consorte; che le ragioni dell'impedimento di affinità coincidono sostanzialmente con quelle che giustificano l'impedimento di consanguineità¹²¹. Ma si afferma anche unanimemente che, se tutte le ragioni addotte possono riguardare i due impedimenti considerati, non possono addursi, a proposito della affinità, ragioni eugeniche, dal momento che non entra in giuoco la possibilità di malformazioni e di tare familiari per i figli¹²². Se, infatti da un punto di vista biologico e fisiologico, l'unione tra i consanguinei ha spesso conseguenze genetiche sulla prole e sulla salute fisica di essa, nata da consanguinei legati da stretti vincoli di parentela, per quanto attiene all'impedimento di affinità «no cabe, por el contrario, aplicar a este caso la prevención del riesgo de afecciones en la salud de hijos»¹²³.

120. MOLINA MELIÁ-OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 162.

121. BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, p. 100.

122. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 277.

123. BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, p. 100. Sulle ragioni dell'impedimento cfr. anche BAÑARES, *op. cit.*, loc. cit. p. 1200. Per maggiori approfondimenti sull'impedimento si cfr. F. WAHL, *The Matrimonial Impediments of Consanguinity and Affinity*, Washington 1934, pp. 77-79; D. DIB, *Affinité*, in *Dict. de droit canonique*, 1935, pp. 1264-1285; C. FURNO, *De fundamento affinitatis in C.I.C.*, in *Apollinaris*, 23 (1950), pp. 312-330; T. GARCÍA BARBERENA, *La afinidad de los infieles, impedimento matrimonial*, in *Rev. Esp. Der. Can.*, 12 (1957), pp. 125-134; V. MOCNIC, *Quasi affinitas et infideles*, in *Apollinaris*, 32 (1960), pp. 347-359.

TEOLOGIA DEL DIRITTO: IL NOME DI UNA CRISI?

PAOLO GHERRI

SUMARIO

I • PREMESSA. II • LA QUESTIONE. III • UN NUOVO DIRITTO CANONICO. IV • IL NUOVO STUDIO DEL DIRITTO CANONICO. V • LA NUOVA CANONISTICA E LE DISCIPLINE SACRE CONNESSE. VI • IL PROBLEMA DEL «METODO». VII • I TRATTI DELLA CRISI. VIII • LA «VIA» TECNICA. IX • LA «VIA» TEOLOGICA. X • L'EPOCA CONCILIARE. XI • LA «TEOLOGIA DEL DIRITTO». XII • PROFILI METODOLOGICI. XIII • VERIFICHE E CONCLUSIONI.

I. PREMESSA

Si sente esprimere ancor oggi, in varie circostanze di rilievo «canonistico»¹, un certo rincredimento circa il perdurare dell'inconsistenza dottrinale della fondazione teologica del diritto canonico o, per usare un termine più noto, della c.d. «teologia del diritto» che di fatto ne costituisce il nocciolo². E' palese il rammarico, tanto di canonisti³ che di teologi⁴, per la frammentarietà di questa materia e la «conflittualità» delle dottrine in merito —nonostante la visione irenica che qualcuno cerca di

1. Colloquio internazionale di Salamanca, 8-14 aprile 1996 (Cfr. AA.VV., *Recezione e comunione tra le Chiese. Atti del colloquio internazionale di Salamanca 8-14 aprile 1996*, Bologna 1998); Settimana di studio del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico a Borca di Cadore, luglio 2000. (Cfr. M. VISIOLI, *Quale fondazione per il diritto della Chiesa? in: Fondazione del diritto. Tipologia e interpretazione della norma canonica*, Coll. *Quaderni della Mendola*, Milano 2001, pp. 45-61).

2. Si tratta in effetti di un ambito variamente sfumato e individuabile «in genere con un richiamo alla qualificazione teologica (teologia del diritto canonico, problematica teologica del diritto canonico, il diritto nella realtà ecclesiale, ecc.), avente lo scopo dichiarato di affrontare le tematiche fondamentali del diritto della Chiesa: anzitutto la sua fondazione e giustificazione teologica». C. M. REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al Codice di diritto canonico del 1917 e a quello del 1983*, in: *Periodica*, 86 (1997), pp. 82-83.

3. Cfr. M. VISIOLI, *Quale fondazione*, p. 47.

4. Cfr. T. CITRINI, *Questioni di metodo dell'ecclesiologia post-conciliare*, in: AA.VV., *L'ecclesiologia contemporanea*, Padova 1994, pp. 21-22.

offerne⁵— ma più ancora per il grande disinteresse che in special modo la teologia le riserva; ben difficilmente infatti si incontrano —e si sono incontrati— teologi interessati a questo «ramo» della riflessione disposti a confrontarsi con una disciplina punto differente da quella loro abituale...⁶ Sono stati invece canonisti volenterosi ad avventurarsi, più spesso, nel ben più ampio spazio teologico per individuare —ed estrapolare— elementi e «logiche» favorevoli ad una «collocazione» della presenza e pregnanza del fattore giuridico nella vita della Chiesa.

L'impressione che ne ricava chi voglia addentrarsi nel complesso mondo della Canonistica a quasi un ventennio dalla promulgazione del secondo C.I.C. latino é quella di un problema sostanzialmente teorico, di scarsa rilevanza giuridica concreta, anche se di grande «effetto» e richiamo teoretico —ed editoriale—: una sorta di «cattedrale nel deserto» lontana dalle strade della giuridicità contemporanea ma ancora meta di

5. «Dovrebbe essere più facile arrivare a una visione della Canonistica, sia pure in termini generali, che sia tendenzialmente condivisibile. Si può cercare di esprimerla per tesi. 1. La Canonistica è una disciplina ecclesiale. 2. La Canonistica è una disciplina teologica. 3. La Canonistica è una disciplina teologica con un proprio metodo. 4. La Canonistica è una disciplina teologica che si avvale, con propri criteri, anche di strumentazioni elaborate in altre discipline, soprattutto quelle giuridiche. 5. La Canonistica è una disciplina teologica articolata. 6. L'articolazione della Canonistica non pregiudica la sua unitarietà né la sua qualificazione teologica. 7. L'unitarietà della Canonistica e la sua complessiva qualificazione teologica è fondamentale per evitare una lettura non ecclesiale della normativa positiva. 8. La Canonistica resta in dialogo con le altre discipline teologiche, ma non può demandare a esse la comprensione fondamentale della dimensione giuridica della Chiesa, né la propria fondazione». C. M. REDAELLI, *La canonistica nel contesto delle scienze teologiche*, in: *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 10 (1997), pp. 34-37.

Queste «tesi» accontentano oggi solo alcuni tra i canonisti; e, quand'anche venissero accolte dai più nella formulazione testuale proposta, si dovrebbe ipotizzare un tale margine di riserve mentali da rendere di fatto implausibile (ed improponibile) una piattaforma teoretica di questo tipo. Molto più equilibrata, anche se piuttosto «generica», appare la proposta di A. Montan: «Tra gli studiosi del diritto ecclesiale vi é convergenza sui seguenti punti: a) il diritto esiste nella Chiesa e ciò é conforme alla sua natura: si tratta di un dato storico inconfutabile; b) il diritto ecclesiale va compreso a partire dal mistero della Chiesa ... c) il giuridico ecclesiale non é riducibile ad una imposizione autoritativa sanzionate, fosse anche di origine trascendente, né si fonda esclusivamente nell'ambito umano-naturale ... d) tra diritto ecclesiale e diritto umano vi é una correlazione molto stretta da approfondire e precisare, evitando di assimilare l'uno nell'altro ... e) nel diritto ecclesiale un posto fondamentale occupa il cosiddetto "diritto divino": comprende norme sovraordinate alle altre norme, ispiratrici e regolatrici di tutta la normazione canonica». A. MONTAN, *Il diritto nella vita e missione della Chiesa, 1. Introduzione, norme generali, il popolo di Dio, Libri I e II del Codice*, Bologna 2001, p. 81.

6. C. M. REDAELLI, *L'adozione del principio della codificazione: significato ecclesiologico soprattutto in riferimento alla ricezione*, in: AA.VV., *Ricezione e comunione*, pp. 296-297.

«pellegrinaggio» da parte di molti canonisti, soprattutto ecclesiastici, ed a cui la (loro) manualistica continua a riservare ampie trattazioni.

Proprio il ruolo assegnato a questa trattazione da manuali e saggi di recente pubblicazione in ambito canonistico⁷ stimola sempre più —*sub contraria specie*— il dubbio circa la reale «consistenza» di quanto portato sotto il nome di «teologia del diritto» (canonico)⁸: di cosa si tratta in realtà? Come/dove collocarla?

Si aggiunga a questo l'evidente «giovinezza» della disciplina in questione che non mostra sufficiente consistenza se non dagli anni del Vaticano II⁹, come testimoniano bene gli stessi suoi più accesi cultori¹⁰. Di questa disciplina, infatti, è difficile trovare tracce significative nella dottrina, nella manualistica e nella letteratura di buona metà del XX sec.¹¹ e la sua fondamentazione viene fatta riposare ancor oggi per la maggior parte sui discorsi di Papa Paolo VI alla Pontifica Commissione per la revisione del C.I.C. ed alla Rota romana; è a questi discorsi, infatti, che si rifanno con dovizia di citazioni gli esponenti di questa impostazione canonistica per legittimare —di fatto, *ex auctoritate*— le proprie speculazioni.

II. LA QUESTIONE

La necessità di circostanziare e puntualizzare le tematiche inerenti la «fondazione» teologica del diritto in modo da farsi un'idea attendibile del problema ha portato chi scrive queste righe ad incontrare, oltre

7. A. MONTAN, *Il diritto*. M. VISIOLI, *Quale fondazione*. G. GHIRLANDA, *Introduzione al diritto ecclesiale*, Casale Monferrato (AL) 1993.

8. C'è chi vorrebbe una teologia non solo del diritto canonico, ma del diritto come tale, giungendo ad affermare che «ogni fenomeno giuridico trova la sua radice di senso nel mistero di rivelazione che si esprime attraverso la riflessione su Cristo, sull'uomo, e sulla Chiesa». M. VISIOLI, *Quale fondazione*, p. 57.

9. In effetti al Concilio Vaticano I non ci si è posti problemi di questo tipo; si è chiesta, anzi, da più parti la «codificazione», che rientrava pienamente nella dottrina, allora dominante, dello *Jus Publicum Ecclesiasticum*. Cfr. C. M. REDAELLI, *L'adozione*, p. 280.

10. Cfr. G. GHIRLANDA, *Teologia del diritto*, in: *Nuovo dizionario di diritto canonico*, Milano 1993, pp. 1054-1059.

11. Di fatto non solo il termine «teologia» non appare nel *Dictionnaire de droit canonique*, Paris 1965, ma anche il termine «diritto» non appare in: R. LATOURELLE-R. FISICHELLA, *Dizionario di teologia fondamentale*, Assisi 1990; il termine «teologia del diritto» non appare neppure tra le specifiche della voce «Diritto» in: *Enciclopedia Cattolica*, Città del Vaticano 1952.

alle convinte esposizioni dei «capi-scuola» dei diversi partiti dottrinali e le trattazioni «comparative»¹² dei relativi punti di vista, alcuni apporti di carattere metodologico che hanno suscitato una domanda tanto «impudica» quanto radicale: esiste davvero una «teologia del diritto»?¹³.

Non si tratta della classica sortita dell'ultimo arrivato convinto di saperla più lunga di chi lo ha preceduto, ma di un percorso «alternativo», attraverso sentieri completamente diversi da quelli di sempre, che ha portato a guardare la questione da un punto prospettico insolito, e per questo —forse— convincente o almeno probabile: la metodologia della Canonistica codiciale¹⁴.

L'ipotesi di lavoro può essere così formulata: *la necessità irrinunciabile di «fondare» teologicamente il diritto canonico non manifesta invero la volontà di riaffermarne la profonda radice teologico-dogmatica fortemente attenuatasi nella «crisi codificatorio-esegetica» —di chiara matrice razionalistica e positivistica— di cui fu espressione e, al contempo, causa il C.I.C. pio-benedettino?*¹⁵.

Il Prof. G. Dalla Torre in un recente contributo ha scritto:

«il Codice [pio-benedettino] segnerebbe il punto di massima separazione fra diritto e teologia, fra diritto e morale, esprimerebbe un singolare e inatteso processo di “secolarizzazione” del diritto della Chiesa che, contro ogni intenzione, lo avrebbe avvicinato alla pur sospetta cultura della “modernità”»¹⁶.

Di fatto, aveva già osservato V. Turchi,

«può sembrare un paradosso (e probabilmente di un paradosso si tratta), ma proprio il pontificato di Pio X, distintosi per le asprezze anti-

12. C. M. REDAELLI, *Il concetto di diritto della Chiesa: nella riflessione canonistica tra concilio e codice*, Milano 1991. S. BERLINGÒ, *Le «scuole» della canonistica e la missione della Chiesa (obiettivo su Pamplona)*, in: *Il diritto ecclesiastico*, LXXXIX (1978), pp. 267-289.

13. Il senso della domanda non é, evidentemente, di carattere fenomenico (viste le migliaia di titoli pubblicati sulla materia) ma epistemologico: dove si fonda e per quale motivo dovrebbe esistere una tale disciplina?

14. Un approccio metodologico al problema pare non solo giustificato ma, più ancora, necessario visto che «la novità della codificazione più che dai contenuti è costituita dalla nuova metodologia e dalla concezione a essa soggiacente» (C. M. REDAELLI, *L'adozione*, p. 276); ben poco tuttavia pare essere stato fatto a tutt'oggi in questa prospettiva.

15. Cfr. C. WACKENHEIM, *L'influence des modèles juridiques sur la théologie catholique*, in: *Revue de Droit Canonique*, XXXIX (1989), pp. 32-33.

16. G. DALLA TORRE, *Pio X e il Codice di Diritto Canonico*, in: *Archivio giuridico*, vol. CC-XXI (2001), 1, p. 64.

moderniste, ebbe a dare insieme l'avallo, l'avvio ed il sostegno, nel seno della Chiesa, ad uno dei prodotti tipici della modernità e dello Stato moderno: la codificazione del diritto»¹⁷.

D'altra parte proprio la codificazione «poteva ben corrispondere alla politica di "centralizzazione" che contraddistinse il governo di Papa Sarto»¹⁸ a baluardo, dopo della fede, anche della disciplina della Chiesa cattolica romana, secondo l'antica sensibilità ecclesiale che non ha mai accettato il presupposto di una vera separazione tra fede e disciplina, come ben dimostra la storia dei Concili ed i diversi *Liber canonum* da essi derivati¹⁹.

A corroborare e garantire la «stabilità» del nuovo quadro giuridico canonico instauratosi con la promulgazione del C.I.C. concorse ben presto il M. P. «*Cum juris canonici*» del 15 settembre 1917²⁰, documento che può a ragione essere visto come tipica espressione del «mito» della codificazione; con esso il Papa volle evitare che la *stabilitas* del Codice andasse *in discrimen* sia per l'interpretazione privata²¹ (da qui l'istituzione della «*Commissio pontificia ad Codicis canones authentice interpretandos*»), sia per un nuovo proliferare delle leggi²².

17. V. TURCHI, *Le disposizioni preliminari sul matrimonio nel processo di codificazione piano-benedettino*, Torino 2000, p. 32.

18. V. TURCHI, *Le disposizioni*, p. 32. E' significativo a questo proposito rilevare come le teorie «codificatorie» siano nate proprio con intento unificatorio all'interno degli Stati assolutistici già dal XVII sec.; fu proprio il consolidarsi di questi Stati a richiedere una unificazione delle miriadi di norme corporative, statutarie, regie, consuetudinarie e di *Jus commune* vigenti nelle differenti parti degli stessi domini o per determinate categorie di persone. Cfr. G. MORELLI, *Dal diritto comune ai codici. Appunti per un corso di storia del diritto*. Bologna 2001.

19. E' utile sottolineare già fin d'ora come il legame diritto-teologia sia sempre stato *ex æquo* in quelle particolarissime espressioni di vita della Chiesa che sono i Concili da cui sgorgavano «canoni» dottrinali e disciplinari, spesso intimamente connessi ma difficilmente «subordinati».

20. BENEDICTUS PP. XV, *Cum juris canonici*, in: AAS, 9 (1917), pp. 483-484.

21. «... *caveamus, ne aut incertis privatorum hominum de germano canonum sensu opinionibus et coniecturis*». BENEDICTUS PP. XV, *Cum juris*, p. 483.

22. Cfr. C. M. REDAELLI, *L'adozione*, pp. 281-282. Merita nota come il M. P. prevedesse anche la non rinumerabilità dei canoni del C.I.C. in caso di future integrazioni: «... *si in decreto res vertetur de qua Codex sileat, Consilium constituat quo loco novus canon vel novi canones sint in Codicem inserendi, numero canonis, qui proxime antecedit, bis, ter, etc. repetito, ne canon sede sua moveatur ullus aut numerorum series quoquo pacto perturbetur*». BENEDICTUS PP. XV, *Cum juris*, p. 484.

III. UN NUOVO DIRITTO CANONICO²³

L'ipotesi di studio proposta prende avvio proprio dalla nuova situazione sancita dal Codice pio-benedettino: la massima separazione fra diritto e teologia, facendo del Codice una sorta di «distillato puro» che, *quia iussum ab eo qui curam communitatis [spiritualis] habet*, acquistava valore nella società del tempo proprio in ossequio alle dottrine positivistiche imperanti²⁴: anche la Chiesa cattolica, *societas iuridice perfecta* al pari degli Stati moderni, possedeva finalmente la propria legge «scientifica» (razionale, assoluta e completa) secondo la volontà esplicita del supremo legislatore!²⁵ Né può apportare una sostanziale differenza, sotto questo profilo, la vasta consultazione dell'Episcopato che precedette il C.I.C. 17. In tutti gli Stati moderni, infatti, l'organo sostanziale di produzione delle norme è il Parlamento e non la persona fisica o l'autorità istituzionale del legislatore formale che promulga la legge; il volontarismo di cui una norma è espressione non dipende infatti dal numero più o meno esteso dei suoi elaboratori ma appare dalla «qualità» della norma stessa ed è spesso «funzione» —diretta— della metodologia applicata nella sua creazione²⁶.

23. E' consigliabile «introdurre» queste considerazioni prendendo in esame quanto espresso in tema di codificazione da C. M. REDAELLI, *L'adozione*.

24. «Il contesto in cui nasce l'idea di codice è quello dell'illuminismo e dell'affermarsi dello stato assoluto nel secolo XVIII. La sottolineatura della centralità della ragione umana che caratterizza l'illuminismo viene tradotta giuridicamente, da quella che viene chiamata *scuola del diritto naturale*, in una concezione che ritiene possibile arrivare, partendo dalla ragione e non più da un contesto di fede, a un diritto naturale universalmente e assolutamente valido. Tale diritto deve trovare una propria formulazione razionale, sistematica, globale, semplice e perspicua: ecco il codice». C. M. REDAELLI, *L'adozione*, p. 275. Pur non sostanzialmente concordi sui presupposti, tanto le correnti giusnaturalistiche del XVII sec. che quelle positivistiche del sec. XVIII, concordavano nella «soluzione» proposta: la codificazione. In ambito ecclesiastico (magisteriale) hanno certamente ricevuto maggior attenzione le prime rispetto alle altre, anche se, alle soglie del XX sec., si adottarono più spesso presupposti positivistici (come l'autorità e la formulazione positiva della legge) per concretizzare dottrine sostanzialmente giusnaturalistiche. E' possibile (necessario) individuare in questa «ambiguità» un sintomo dell'immaturità dottrinale di fondo del mondo giuridico ecclesiastico? Il non distinguere adeguatamente giusnaturalismo e giuspositivismo può aver comportato «conseguenze» nell'attività di codificazione canonica e nella sua conseguente «gestione»?

25. E' possibile riconoscere qui con certezza i postulati positivistici che, abbandonate le *rationes* tanto care al diritto delle Decretali, accoglie nella *lex codicialis* l'espressione autoritativa della volontà del legislatore: *jus quia iussum*.

26. Per questo la «questione metodologica» costituisce un approccio irrinunciabile alla norma giuridica tanto nella sua fase gestoria (*jus condendum*) che in quella vigente (*jus conditum*).

In questa prospettiva l'approccio metodologico allo studio del diritto diventa decisivo per distinguerne la «natura» ed origine dalla «funzione»²⁷.

Proprio lo stesso concetto di «codificazione» esprime e realizza un'istanza tipicamente metodologica (assolutamente diversa —antitetica— da quella giunta alle soglie della modernità): non più l'accorpamento delle norme giuridiche (*Corpus Juris Canonici*) ma la loro codifica (*Codex*); la *consonantia* (Ivo di Chartres)²⁸ e la *concordia* (Graziano)²⁹ *canonum*, veri metodi giuridici di sintesi cumulativa, lasciano il passo ad una nuova «scuola» metodologica di sintesi selettiva ed esclusiva: la *codificatio*.

Per poter superare gli inconvenienti dovuti ad una legislazione ormai amplissima, contraddittoria, farraginoso e lasciata troppo spesso all'abilità o, peggio, all'arbitrio dell'interprete —con conseguente incertezza del diritto, sua inefficacia e diffuso rifiuto di studiarlo³⁰— l'imperativo e criterio guida della codifica fu la raccolta e sistematizzazione della —sola— disciplina vigente³¹, distaccando gli «imperativi» (*quod jussum*) dalle loro «fonti» storiche, sociali e teologiche (*cur jussum*)³².

27. Di fatto ogni conoscenza non oggetto di specifica «rivelazione» (divina) o ha un'origine casuale, oppure risulta dall'applicazione del procedimento scientifico che raggiunge le proprie conclusioni attraverso specifici percorsi metodologici; l'esplicitazione dei presupposti metodologici ed il «controllo» della loro corretta applicazione *in itinere* costituiscono un punto di vista senz'altro fondamentale, per quanto sempre parziale, in vista di un'adeguata comprensione delle istanze sottoposte ad indagine.

28. Cfr. IVO CARNOTENSIS EP., *Decretum*, in: *Patrologiæ cursus completus. Accurante Jacques-Paul Migne, Series Latina*, Paris 1855, vol. 161, col. 47-60.

29. Cfr. Æ. FRIEDBERG (ed.), *Concordia discordantium canonum*, Lipsiæ 1879.

30. Cfr. C. M. REDAELLI, *L'adozione*, p. 279.

31. «*Ut Consultor, aliisque operis ordinator, Ecclesiæ leges de disciplina, omissis obsoletis aut abrogatis, diligenter exquireret ex Corpore iuris, ex Tridentino Concilio, ex Actis Romanorum Pontificum et ex decretis Sacrarum Congregationum Romanarum aut Tribunalium Ecclesiasticorum; eas autem in canones redigeret, qui solam legum partem dispositivam continerent quique possent, si expedire videretur, in paragraphos subdividi*». GASPARRI P., *Præfatio in C.I.C.* 17, in: P. GASPARRI (ed.), *Codex Iuris Canonici*, Città del Vaticano 1933, p. XXXV.

Tuttavia «non fu possibile conoscere né il contenuto dei postulati dei Vescovi né quello degli schemi preparatori. Inoltre non é avvenuta finora la pubblicazione degli atti della Commissione, che pur era stata promessa fin dall'inizio. Tutto il lavoro si svolse infatti nel più assoluto segreto, «*omnibus autem pontificio adstrictis secreto*»». L. DAL LAGO, *L'inamovibilità dei parroci: dal Concilio Vaticano I al Codice di Diritto Canonico del 1983*, Padova 1991, p. 47; Cfr. P. GASPARRI, *Præfatio*, p. XXXV.

32. «La legge vale per se stessa e non per la sua motivazione, che del resto non viene espressa. E' sufficiente, pertanto, la volontà del legislatore, affinché una legge sia tale; non è

Occorre pertanto riconoscere come la codificazione canonica, accentuando il principio che la legge vale per se stessa e non per la sua motivazione —normalmente non espressa nei canoni—³³, abbia concretamente favorito una sostanziale «riduzione prospettica» e «fondativa» della normatività canonica: dal *cur jussum* al *quia jussum*, impoverendo irreversibilmente il diritto canonico, facendo prevalere l'aspetto applicativo-procedurale (razionalista e «moderno») su quello decisamente più «sapienziale» dello «*jus vetus*». Il duro, ma accorato, giudizio di J. Gaudemet esprime bene la situazione creatasi col Codice del 1917:

«la teologia ne è quasi assente. ... E' il codice della Chiesa, vista come «una società perfetta». Dio ne è quasi assente. I sacramenti sono messi tra le «cose»! I benefici ecclesiastici occupano cento canoni»³⁴.

Anche il diritto canonico smetteva in tal modo di essere un «sapere» d'*elite*, appannaggio di pochi, diventando strumento «comodo» e versatile nelle mani di chi lo doveva applicare: una «conquista» come altre ce n'erano state, alla luce della ragione.

Il Codice nella sua —falsa— semplicità applicativa (*jus quia jussum*) finiva così per evitare la ricerca «prudenziale» dello *jus quia justum*, adatto per il caso specifico da risolvere³⁵.

IV. IL NUOVO STUDIO DEL DIRITTO CANONICO

Il Codice, però, pur essendo «la fonte unica ed esclusiva di tutta la disciplina generale»³⁶, non fu il «tutto» di questa svolta epocale della giuridicità della Chiesa: ad esso si affiancarono ben presto altri fattori, «complementari», quali le prime indicazioni per l'insegnamento del diritto canonico, proprio a partire dal *Codex*.

necessario ricorrere a principi esterni a essa per giustificarla (principi metagiuridici) ... Se il Codice è per definizione razionale (mentre la consuetudine deve dimostrarlo: cfr. can. 27, § 1), non ha bisogno di ricorrere a una *ratio* per giustificarsi: vale per se stesso». C. M. REDAELLI, *L'adozione*, p. 284.

33. Cfr. A. MONTAN, *Il diritto*, p. 74.

34. J. GAUDEMET, *Théologie et droit canonique*, in: *Revue de Droit Canonique*, XXXIX (1989), p. 13.

35. Facendo tacitamente conto sull'intrinseca elasticità dell'Ordinamento canonico ed i suoi strumenti «adattivi» quali *æquitas*, *misericordia*, *benignitas*, *temperantia*, *caritas*.

36. G. CAVIGIOLI, *Manuale di diritto canonico*, Torino 1939, p. 61.

Dopo secoli di raffinate argomentazioni per «estrarre» dal *mare magnum* del diritto canonico classico —divenuto ormai *vetus*— le norme da applicarsi nei diversi «casi» concreti, finalmente era disponibile uno strumento semplice e certo, organico e completo, cui tutti potevano facilmente accedere senza dover continuamente ricorrere alle *Summæ*, o alle più recenti *Institutiones*, che organizzavano il diritto vigente rendendolo fruibile ai più, al prezzo comunque di una certa «distanza» dalle fonti giuridiche di riferimento.

Il nuovo strumento codiciale stimolò anche un rinnovato impegno nell'insegnamento del diritto canonico, e proprio l'insegnamento fu ritenuto mezzo privilegiato per diffondere la conoscenza della nuova creazione giuridica della cattolicità; le modalità d'utilizzo di uno strumento tanto insolito per i canonisti, così come la nascita di una nuova mentalità giuridica tra gli ecclesiastici non potevano essere trascurate. In quest'ottica, a pochi mesi dalla promulgazione del *Codex* (17 maggio 1917), la *Sacra Congregatio de Seminariis et de Studiorum Universitatibus*, nella propria prescrizione del 7 agosto 1917 sull'insegnamento del diritto canonico nelle Università ecclesiastiche³⁷ impose il metodo dell'esegesi come unico approccio al testo codiciale, escludendo altre possibili metodologie non rispettose della struttura e dell'ordine del Codice³⁸:

«*ipso Codicis ordine ac titulorum capitumque serie religiosissime servata, singulos canones diligenti explanatione interpretari ... id sancte retinendum, ut non eius libri ordini ordo Codicis, sed huic ille aptetur et accommodetur*».

Il Codice, in quanto «*authenticum et unicum iuris canonici fontem*», veniva così dichiarato l'unico testo necessario —e sufficiente— allo studio del diritto canonico: «*nullo ceterum, præter Codicem, libro alumnos uti necesse erit*».

Le indicazioni impartite dalla S. Congregazione, in quel contesto teoretico di assoluta prevalenza data al Codice come legge unica, razionale e onnicomprensiva, imposero di fatto agli ecclesiastici una precisa metodologia canonistica: l'esegesi che, per quanto nuova, non pareva

37. Cfr. S. CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET DE STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, *De novo*, 7.VIII.1917, in AAS, 9 (1917), p. 439.

38. E' possibile non pensare in questo senso alle diffusissime *Institutiones Juris canonici* o ad opere come lo *Jus decretalium* del Padre Wernz?

contrastare, almeno inizialmente, con l'ormai secolare impostazione della giuridicità canonica secondo gli schemi dello *Jus Publicum Ecclesiasticum*, di per sé non messi direttamente in discussione dal nuovo strumento giuridico³⁹ che pareva, anzi, rafforzarne i presupposti, dotando finalmente la Chiesa cattolica di un *Codex juris publici ecclesiastici interni*⁴⁰.

La stessa prescrizione sulla docenza canonistica dava tuttavia spazio, accanto all'esegesi, anche all'insegnamento della storia del diritto canonico, divenuta ormai materia accademica «autonoma»⁴¹, soprattutto per quanto concerneva l'evoluzione delle istituzioni canoniche fissate nel Codice stesso, al fine di migliorarne la conoscenza: diritto e (sua) storia costituiscono istanze distinte... La *scientia juris* coincide con l'esegesi codiciale mentre l'*historia juris* le funge da ancella e tutore⁴², manifestando così —inconsapevolmente— che proprio sull'asse storico occorre ricercare le principali coordinate istituzionali della compagine ecclesiale⁴³.

Si trattò di una scelta illuminata e lungimirante poiché senza dichiararlo esplicitamente, ma in chiara tensione con l'impostazione gius-

39. Di fatto il Direttorio del 1920 per i Seminari italiani continuava a proporre l'insegnamento del diritto canonico nella forma delle *Institutiones*. Cfr. S. CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET DE STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, *Istruzione ai Reverendissimi Ordinari d'Italia su l'ordinamento dei seminari*, in: *Leges Ecclesiae*, 1, coll. 308-309. In questa linea vari autori continuarono a pubblicare le proprie «*Institutiones*» fino agli anni '60 (vedi p.es. A. OTTAVIANI, *Institutiones Iuris Publici Ecclesiastici*, 2 voll., Città del Vaticano 1958-1960).

40. Cfr. A. VERMEERSCH-J. CREUSEN, *Epitome iuris canonici cum commentariis ad scholas et ad usum privatum*, Mechliniae-Romae 1933, 5ª ed., vol. I, p. 20. Come questo presupposto potesse non confliggere con le indicazioni sopra citate a riguardo della struttura e dell'ordine da usarsi nell'insegnamento del diritto canonico non è questione di queste righe.

41. «All'inizio dell'ultimo secolo però sembra che si sia compiuto un cambiamento qualitativo: è nata la storiografia del diritto canonico come scienza autonoma ossia emancipata da quella del diritto canonico vigente. Già nel 1905, Ulrich Stutz ha pronunciato un discorso all'Università di Bonn proclamando solennemente l'autonomia scientifica della disciplina della storia del diritto canonico. Nel 1917 invece, indipendentemente ormai dalle opinioni dei singoli autori, la pubblicazione del Codice di diritto canonico ha imposto un cambiamento metodologico nella scienza canonica: la scienza del diritto canonico vigente doveva riferirsi al testo del codice recentemente promulgato, mentre tutto lo studio delle fonti e dell'antica scienza si trovava ormai in una situazione autonoma». P. ERDÖ, *La storiografia del diritto canonico medievale all'alba del terzo millennio*, in: *Ius Ecclesiae*, 13 (2001), p. 3.

42. «I professori dovevano trattare la storia soltanto a modo di introduzione prima della spiegazione del diritto vigente che riguardava i vari istituti giuridici. In questo modo la scienza del diritto canonico vigente e quella della sua storia sono state chiaramente distinte, anzi, in qualche misura, anche separate». P. ERDÖ, *La storiografia*, p. 4.

43. La formazione e la metodologia seguita dal «padrino» del C.I.C. 17, il Card. Gasparri, non potevano lasciare dubbi sotto questo profilo.

naturalista e positivista soggiacente alla codificazione stessa (ma con quanta consapevolezza?), la componente «storica» veniva di fatto posta, dalla stessa S. Congregazione, alla base dello *jus codicialis* quale (unico?) «fondamento» del *quod iussum*, evitandone tanto un'improbabile fondazione razionalista che teologico-dogmatica, improponibili, d'altra parte, a chi ben conosceva le «bizzarrie» del diritto canonico classico, ancora in gran parte riconducibile allo *jus decretalium*. In tal modo il *quia jussum* trovava la propria ragion sufficiente nella storia: *ex facto oritur jus* (o anche: *jus sequitur vitam*); né parevano necessari ulteriori elementi «fondativi», per altro mai ritenuti utili fino a quel momento.

Le successive indicazioni emanate dalla S. Sede circa gli esami in diritto canonico per conseguire i titoli accademici nelle Facoltà ecclesiastiche (31 ottobre 1918)⁴⁴ confermarono la complementarità tra esegesi e storia, non contentandosi che i futuri canonisti avessero avuto un'illustrazione dei fondamenti storici degli istituti giuridici, ma chiedendo loro di ritenerli e saperli esporre correttamente in sede d'esame.

Lo stesso enunciato codiciale, inoltre, prevedeva un forte rimando alla radice storica quale propria autorevole fonte interpretativa; il Can. 6⁴⁵, infatti, contemplava ben tre rimandi alla «tradizione» pregresa: 1) nel caso in cui i canoni riportassero *ex integro* lo *jus vetus*, 2) nel caso in cui i canoni riportassero in parte tale diritto, 3) nel caso di dubbio sulle discrepanze con lo *jus vetus*: tale *jus* non doveva essere abbandonato.

L'innegabile preponderanza assegnata (d'autorità) al metodo esegetico, in funzione dell'evidente prevalenza del riferimento al *textus* del Codice, non significava pertanto un'esclusività metodologica, non dovendosi rinunciare né alla storia né ad una buona cultura giuridica generale che rimanevano, seppur subordinatamente, elementi insostituibili anche della Canonistica codiciale⁴⁶.

44. Cfr. S. CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET DE STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, *Experimentis ad gradus in iure canonico assequendos*, in: AAS, 11 (1919), p. 19.

45. C.I.C. 17, Can. 6: «... 2.º *Canones qui ius vetus ex integro referunt, ex veteris iuris auctoritate, atque ideo ex receptis apud probatos auctores interpretationibus, sunt æstimandi*. 3.º *Canones qui ex parte tantum cum veteri iure congruunt, qua congruunt, ex iure antiquo æstimandi sunt; qua discrepant, sunt ex sua ipsorum sententia diiudicandi*; 4.º *In dubio num aliquod canonum præscriptum cum veteri iure discrepet, a veteri iure non est recedendum ...*».

46. Cfr. C. M. REDAELLI, *Il metodo esegetico*, pp. 69-70.

Ben presto, tuttavia, cominciarono a notarsi sensibili segni di «cedimento» in campo metodologico anche da parte della stessa S. Congregazione; nell'Istruzione, infatti, indirizzata nel 1920 agli Ordinari italiani a proposito delle riforme che il C.I.C. richiedeva circa il funzionamento dei Seminari, le indicazioni impartite per l'insegnamento del diritto canonico all'interno del c.d. «corso istituzionale» in vista dell'ordinazione presbiterale non mostravano affinità con quanto già prescritto solo qualche mese prima per lo studio «accademico» dello stesso diritto canonico.

«Il Diritto Canonico dovrà essere insegnato in forma d'istituzioni, facendo cioè un'esposizione succinta e ordinata delle prescrizioni contenute nel Codice, con le opportune nozioni e principi, ricevuti comunemente in questa scienza. ... Non si omettano all'occorrenza, i necessari confronti fra la legislazione canonica e la civile. —A questo studio si premetta un breve ma succoso trattato di Diritto Pubblico Ecclesiastico, dove si espongano nettamente i poteri della Chiesa e la posizione giuridica di essa di fronte allo Stato—»⁴⁷.

Un autentico passo indietro, anche se giustificabile per la grande differenza del «corso teologico istituzionale», tipico dei Seminari, rispetto alla specializzazione accademica da conseguirsi nelle Facoltà ecclesiastiche.

Nonostante questa piccola «retromarcia» —comunque non trascurabile sotto il profilo teoretico—, si giunse ben presto, sulla scia dell'indirizzo impartito con tanta forza all'indomani della promulgazione del C.I.C. ed imposto all'insegnamento nelle Facoltà ecclesiastiche (coi decreti del 1917 e 1918), ad un impoverimento della Canonistica, divenuta il più delle volte «codicistica», basata sulla sola esegesi, sostanzialmente dimentica della storia e sganciata dalla teologia, tanto che a poco più di un decennio si dovette intervenire, ai massimi livelli accademici, per un'autorevole correzione di rotta. Fu, infatti, nel piano degli studi approntato nel 1931 dalla stessa S. Congregazione nelle *Ordinationes ad Constitutionem apostolicam «Deus scientiarum Dominus»*⁴⁸ di Papa Pio XI⁴⁹

47. S. CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET DE STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, *Istruzione*, col. 308-309.

48. S. CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET DE STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, *Ordinationes ad Constitutionem apostolicam «Deus scientiarum Dominus»*, in: AAS, 23 (1931), pp. 263-284.

49. PIUS PP. XI, *Constitutio apostolica De universitatibus et facultatibus studiorum ecclesiasticorum, Deus scientiarum Dominus*, in: AAS, 23 (1931), pp. 241-262.

che vennero indicate, questa volta senza alcuna ulteriore specifica in merito alla metodologia esegetica⁵⁰, materie quali: introduzione alla scienza giuridica (diritto naturale e filosofia del diritto), i cinque Libri del C.I.C., *Jus publicum ecclesiasticum*, istituzioni di diritto romano, diritto concordatario, elementi di diritto civile vigente, storia del diritto canonico (fonti, istituti e scienza), riproponendo così lo schema di docenza canonistica ormai tradizionale⁵¹.

V. LA NUOVA CANONISTICA E LE DISCIPLINE SACRE CONNESSE

Il contesto delle discipline sacre di inizio secolo XX in cui si inserì la codificazione intrapresa da Papa Pio X accolse non senza contraccolpi un passo così decisivo ed irreversibile. L'area che maggiormente risentì della novità codiciale fu senza dubbio quella normativa: diritto, morale —ed anche liturgia— che, al tempo, avevano trattazione «comune» o, comunque, accomunata⁵². Significativamente (nel 1905) i Gesuiti dell'Università Gregoriana di Roma (guidati dal Padre Arthur Vermeersch) avevano fondato una nuova rivista intitolata *Periodica de re liturgica, morali et canonica*⁵³; un chiaro «programma» in grado di perseguire la

50. Pare significativo notare come la *Deus scientiarum Dominus* in fatto di metodo generale d'insegnamento indichi specificamente: «*In Facultate Iuris Canonici tam historia et textus legum ecclesiasticarum quam earundem ratio et nexus modo scientifico exponantur*» (AAS, 23 (1931), p. 253), trascurando di indicare altri elementi metodologici più specifici.

51. L'esame specifico delle discipline d'insegnamento indicate nel 1931 tanto dal romano Pontefice che dalla S. Congregazione evidenzia come l'elemento storico costituisca la «certezza» anche sotto il profilo metodologico ..., senza accenno di sorta ad una (qualsivogliam) «teologia del diritto», «non conosciuta» neppure dalla Circolare del 1975 sull'insegnamento del diritto canonico nei seminari, che si cura semplicemente di prescrivere che «nell'insegnamento vengano indicati i fondamenti teologici generali del diritto canonico e quelli particolari di ogni istituto giuridico». S. CONGREGATIO PRO INSTITUTIONE CATHOLICA, *De doctrina Iuris canonici candidatis ad sacerdotium apte tradenda atque deinde permanentemente colenda, Postremis hisce annis*, in: *Communicationes*, 7 (1975), p. 16.

52. «Il diritto canonico non è che il rivestimento sotto il quale la Chiesa si presenta nel piano dell'attività di governo, come le costruzioni teologiche sono il rivestimento sotto il quale il dogma si presenta sul piano della conoscenza razionale, come le cerimonie liturgiche la portano a manifestazioni sensibili sul piano del culto. Teologia, liturgia, diritto canonico: tre diritti frammentari, ma complementari e per conseguenza solidali, triplice manifestazione delle facoltà umane associate nel servizio della verità, triplice via d'accesso alla contemplazione del mistero, sotto il lume della fede!». G. RENARD, *Contributo allo studio dei rapporti tra diritto e teologia*, in: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XVI (1936), p. 484.

53. Solo alla fine del 1990 la Rivista ha cambiato il proprio «titolo» in: *Periodica de re canonica* —stranamente— senza nessuna esplicitazione formale della motivazione; né sui numeri del 1990, né su quelli del 1991 appare infatti nessuna spiegazione per una cambio così significativo.

profonda unità che per lunghi decenni si presupponeva esistesse tra queste aree disciplinari, accomunate dal (moralistico) «dover fare» —ben prima che dal «dover essere»—, all'interno della più generica «teologia pratica», in un'impostazione che rimase dominante fino agli anni del Vaticano II⁵⁴, e della cui «stabilità» dottrinale rendono ancora eloquente testimonianza pubblicazioni quali il *Dictionarium morale et canonicum*⁵⁵ del 1962, forse ultima espressione significativa di questa impostazione.

Non si dimentichi, in proposito, come fino alla metà del XX sec. la morale venisse ordinariamente insegnata (almeno nei «corsi teologici istituzionali») dai canonisti, come già dai tempi di S. Raimondo di Peñafort, celebre per le sue *Summæ* ad uso dei confessori.

In realtà proprio quest'orizzonte di riferimento cominciava già ad entrare in crisi per l'inevitabile confronto che andava sviluppandosi soprattutto nei Paesi di lingua tedesca e cultura protestante tra la teologia «tradizionalista» cattolica —romana— ed il pensiero filosofico moderno, come accadeva già dall'inizio del XIX sec. ad opera della c.d. «Scuola (cattolica) di Tubinga» nell'intento di raccogliere la sfida teoretica posta dall'illuminismo, dall'idealismo, dal romanticismo e dalle moderne filosofie dialettiche⁵⁶. In quel contesto di «aggiornamento metodologico» si tentò da più parti di riscoprire e «restaurare» l'*animus theologicus* soggiacente a vari aspetti della vita ecclesiale ed alle differenti discipline sacre, non escluse quelle «normative»; fu così per la morale tradizionale (a-teologica, razionalista e deduttivista) per la quale si cominciò a cer-

54. «*Theologia dogmatica, utpote scientia speculativa, de actione humana non est curiosa, sed, supra tempus, æternas veritates a Deo revelante accipit, revelatas esse demonstrat, easdemque exponit et vindicat. Ipsa quærit quid credendum sit. Theologia moralis et ius canonicum sunt ambæ scientiæ practicæ quæ homines eorumque actiones considerant, tempus præsens et futurum attingunt; sed prior de hominibus ut viatoribus, de actionibus in sua conexione cum interna iustitia est sollicita, ad Deum iubentem et sancientem attendit, nec præcepta humana curat nisi quatenus obligationem in foro Dei gignunt; dum in iure canonico homines sunt socii communitatis catholicæ, quorum actiones ab auctoritate sociali reguntur ad finem socialem obtinendum. Sicut theologia moralis, ius canonicum quærit quid faciendum sit; sed theologia moralis istud quærit ut homo placeat Deo, dum ius examinat quid præstandum sit ut civis christianus placeat Ecclesiæ*». A. VERMEERSCH-J. CREUSEN, *Epitome*, p. 19.

55. P. PALAZZINI (cur.), *Dictionarium morale et canonicum*, Roma 1962.

56. Cfr. E. KLINGER, *Tubinga, scuola di*, in: K. RAHNER, *Sacramentum Mundi. Enciclopedia teologica*, Brescia 1977, vol. 8, pp. 470-475.

care un fondamento scritturistico ed evangelico⁵⁷... fu così, seppur con molta più «cautela», per la stessa Canonistica⁵⁸.

Anche in quest'ottica la teologia, morale soprattutto, tese inizialmente ad appoggiarsi allo schema ed alle «solide» categorie codiciali appena formulate, secondo la consolidata attitudine a non-distinguere (confondere?) i diversi livelli, generi e gradi di normatività ecclesiastica, ancora inconsapevole delle profonde conseguenze che la codificazione aveva ormai irrimediabilmente «annidato» in quella stessa normatività⁵⁹; di fatto

«con la promulgazione del Codice di diritto canonico del 1917 ... si ebbe un rafforzamento, per taluni aspetti e in una certa misura, della tendenza giuridistica della trattazione morale e, significativamente, sui frontespizi di vari trattati e manuali di teologia morale comparvero riferimenti espliciti al Codice di diritto canonico. E, dopo la promulgazione del Codice di diritto canonico del 1917, a quanto risulta, la trattativa/manualistica teologico-morale caratterizzata da sensibilità giuridica godette di naturale successo ancora per parecchio tempo. Nei decenni precedenti il Concilio Vaticano II, teologia morale e diritto canonico, come scienze, tendevano, di fatto, in parte a coincidere e evidenti erano le analogie tra i trattati/manuali delle due discipline. Sebbene venisse affermato che il diritto canonico concerne direttamente il foro ester-

57. Cfr. J. M. SAILER, *Handbuch der christlichen Moral*, München 1817. J. B. HIRSCHER, *Die christliche Moral als Lehre von der Verwirklichung des göttlichen Reiches in der Menschheit*, Tübingen 1851. F. X. LINSENMANN, *Lehrbuch der Moraltheologie*, Freiburg 1878.

58. «La scuola di Tubinga avrebbe potuto offrire uno spunto teologico interessante per consolidare le basi teologiche del diritto canonico. Purtroppo però, se passiamo in rassegna la produzione canonistica successiva, fino alla metà del nostro secolo, dobbiamo constatare che l'influsso di Tubinga sulla canonistica è stato minimo. Il fatto che "Tubinga" abbia influenzato poco —o quasi niente— la Canonistica moderna non vuol dire che non abbia determinato in modo decisivo la direzione metodologica degli sforzi contemporanei per trovare basi veramente teologiche all'esistenza del diritto nella Chiesa. ... Qui ha risonanza la preoccupazione ecclesiologica dei maestri di Tubinga per trovare una forma teologica che possa salvaguardare organicamente l'intima unità del mistero della Chiesa nella molteplicità dei suoi aspetti mistici, carismatici, sociologici e storici. Lo stesso Magistero della Chiesa non vuole essere insensibile alle idee di Tubinga, riassumendo la sua dottrina del Corpo Mistico e connettendola con la teoria della "societas perfecta": già nello schema "De Ecclesia" che non giunge ad essere votato nel Concilio Vaticano I, ma, soprattutto nell'encicliche "Satis Cognitum" di Leone XIII e "Mystici Corporis" di Pio XII si presenta l'elemento socio-ecclesiale come l'aspetto di incarnazione della Chiesa, Corpo mistico di Cristo». A. ROUCO VARELA-E. CORECCO, *Sacramento e diritto: antinomia nella Chiesa? Riflessioni per una teologia del diritto canonico*, Milano 1971, pp. 39-40.

59. Cfr. G. DALLA TORRE, *Pio X*, p. 64.

no, mentre la teologia morale riguarda direttamente il foro interno, tuttavia, di fatto, quanto esposto nei trattati/manuali di teologia morale tendeva a coincidere o coincideva, in vari punti, con ciò che si trovava nei trattati/manuali di diritto canonico. Nella trattatistica/manualistica teologico-morale in uso nei decenni anteriori al Vaticano II, spesso l'attenzione era posta direttamente sulla legge umana, che veniva recepita e segnalata in base al principio della moralità dell'osservanza della norma canonica e in base alla considerazione che nella disposizione ecclesiastica si trova risolto il problema»⁶⁰.

Pare significativo in proposito —anche se a modo di semplice esempio, comunque non trascurabile— quanto potevasi tranquillamente pubblicare negli anni «30 su riviste internazionali, da docenti di Istituti «laici» come l'Università di Nancy (Francia):

«Il primo incontro tra il diritto canonico e la teologia avviene sul terreno della morale e, per riflesso, su quello della metafisica, con la quale la teologia morale è essenzialmente concorde... basta aprire qualunque manuale di diritto canonico o di teologia morale per rendersi conto che si tratta di una vera sovrapposizione»⁶¹... «Il diritto canonico è al servizio della teologia —“*juris prudentia ancilla theologiæ*”— e, attraverso la teologia, del dogma e della rivelazione; ed è questo che lo separa dal diritto civile e da tutti gli altri diritti civili, i quali, non dipendono che dalla morale e dalla metafisica razionale; esso occupa pure una situazione a parte di fronte al diritto naturale. La legge canonica è certo una legge umana —*jus* e non *fas*— ma essa fa parte del corteggio della scienza sacra»⁶².

«Il diritto canonico trova origine dall'ordinamento di una società che è giuridica solo per rimbalzo, nella quale l'organizzazione giuridica non è primaria, benché costitutiva. La Chiesa è essenzialmente una società di anime; è dunque nella parte più intima dei suoi sudditi che essa li tiene uniti. E' essa stessa una “anima comune” incorporata in una struttura giuridica come l'anima individuale nel corpo umano, e la simmetria non è affatto impeccabile. Vi è fra la Chiesa e la sua veste giu-

60. A. GORINI, *Dal giuridismo preconciliare alla pastoraltà post-conciliare: spunti di analisi*, in: P.C.L.T.I., *Ius in vita et in missione Ecclesiae. Acta Symposii internationalis iuris canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis iuris canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati*, Città del Vaticano 1994, pp. 111-113.

61. G. RENARD, *Contributo*, p. 477.

62. G. RENARD, *Contributo*, p. 479.

ridica un rapporto comparabile (ma la comparazione zoppica anche troppo) a quello che interviene fra la Nazione e lo Stato»⁶³.

«La Chiesa cattolica è una cosa ben diversa da un raggruppamento umano... Essa è il corpo mistico, dove si perpetua l'esistenza terrena di Cristo, e questa non è una teoria e neppure una edificante allegoria; è una realtà così obiettiva come l'Incarnazione della seconda persona della Trinità... Ovunque altrove, il legame sociale non è che una relazione, dunque un accidente, e la società una semplice "unité d'ordre"; nella Chiesa il legame sociale consiste nella partecipazione della personalità divina che, essendosi incarnata nel figlio di Maria, e fattasi nutrimento nel Giovedì santo, si è creata una terza esistenza terrestre nella società dei fedeli. Cioè l'alterità caratteristica dei rapporti giuridici vi è fortemente attenuata da una incorporazione comunicabile. Mistero di Gesù, mistero dell'Eucaristia, mistero della Chiesa e del Sacerdozio; mistero triplice ed unico del "Cristo totale", innanzi al quale si arenano tutte le interpretazioni sociologiche»⁶⁴.

VI. IL PROBLEMA DEL «METODO»

Quanto sin qui illustrato a riguardo dei «presupposti ideologici» (più o meno intenzionali) della codificazione pio-benedettina, delle indicazioni per la docenza emanate dalla S. Congregazione nel 1917, 1918 e 1920, del «contesto» dottrinale e «teologico» comunemente recepito in ambito ecclesiastico, merita un ulteriore approfondimento, necessario per comprendere il clima che andò creandosi nell'ambiente canonistico del XX sec.

Concretamente, presentandosi il nuovo Codice come legge unitaria, tendenzialmente globale, autoreferenziale (non bisognosa cioè di motivazione espressa), e proveniente da un'autorità per certi aspetti assoluta (che si riservava anche l'interpretazione autentica), si comprende anche l'autorevole proposizione del metodo esegetico; le motivazioni sono le stesse della *école de l'exégèse* sorta a fianco del Codice napoleonico

63. G. RENARD, *Contributo*, p. 481.

64. G. RENARD, *Contributo*, p. 483. Nonostante l'ingombro, è preferibile citare letteralmente testi di questa portata anziché riassumerli; quanto scritto mantiene così intatta la propria «forza», permettendo l'accesso diretto alle profonde convinzioni dell'autore e della mentalità che egli esprime.

ed operante da circa un secolo sui diversi Codici civili europei: se il Codice é il tutto e lo sarà anche in futuro allora non resta che sottoporlo a esegesi e a interpretazione⁶⁵.

Pur non competendo a queste note illustrare specificamente la stretta relazione intercorrente tra codificazione ed esegesi, va tuttavia evidenziato come cardine della *école de l'exégèse* fossero alcune convinzioni dottrinali, più che metodologiche, che avevano fortemente segnato tutto il XIX sec.⁶⁶ e che continuavano ad esercitare un notevole influsso anche in ambito ecclesiastico, probabilmente non sui maggiori «tecnici» del diritto ma, più genericamente, negli ambienti pontifici di studio e di Curia, nel culmine della crisi modernista⁶⁷.

Un esame rigoroso della dottrina «esegetica» —già condotto negli anni '20— evidenzia come l'elemento metodologico (l'esegesi) fosse in realtà solo strumentale al perseguimento di una vera e propria «ideologia codificatoria» che J. Bonnacase individuò in cinque tratti distintivi: 1) culto del testo della legge, 2) predominanza dell'intenzione del legislatore, 3) carattere profondamente statalista, 4) presenza di un «principio superiore» del Diritto, 5) dogmatismo autoritativo⁶⁸; elementi tutti non sostanzialmente «estranei» alla mentalità «pontificia» del tempo che non faticò a farli propri, nella via della nuova «*reductio ad unum*» programmatica del pontificato di Pio X: *instaurare omnia in Christum*.

A conferma della strumentalizzazione ideologica del metodo «esegetico», si osservi come proprio sotto il profilo strettamente metodologico neppure la stessa *école de l'exégèse* sia stata sempre «fedele» alle linee enunciate teoreticamente, tanto che tra i metodi utilizzati non appare solo quello «esegetico puro» ma anche quello c.d. «sintetico» (o dogmatico) e, più ancora, quello «misto» o «intermediario», visto che il solo «commento» al testo legislativo era ritenuto —evidentemente— insufficiente dai giuristi con maggior consapevolezza scientifica⁶⁹.

65. Cfr. C. M. REDAELLI, *Il metodo*, p. 63.

66. In chiara contrapposizione con la (nuova) «Scuola scientifica» che andava contemporaneamente formandosi tra Francia e Germania.

67. Questo «dubbio» sembra doveroso per giustificare l'atteggiamento che molti *probati auctores* assunsero proprio nei confronti sia del metodo specifico che dei suoi principi dottrinali.

68. Cfr. J. BONNACASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris 1924, pp. 128-173.

69. Cfr. J. BONNACASE, *L'école*, pp. 182-183.

Secondo la dottrina/ideologia «esegetica» la norma codificata «vale» in virtù della sua promulgazione autoritativa e dev'essere applicata «letteralmente»; di fatto *jussum*, *jus* e *justum* coincidono nel *Codex*⁷⁰ e al giurista non rimane che «leggere» il Codice ed applicarlo.

Quando il Codice (la *lex*) «è» lo *jus* —anziché contenerlo ed esprimerlo⁷¹—, la massima fedeltà al diritto sta nell'accostarsi al Codice in modo intensivo: leggerlo nella sua organicità, addentrarsi nel lessico e nella semantica, sminuzzarne la sintassi..., poiché nello *jussum* la ragione ha già dato il meglio di sé⁷².

Codificazione ed esegesi divengono in questo modo come le due rotaie dell'unico binario su cui il moderno *jus(sum)* corre senza esitazioni, completo, razionale, scientifico e proporzionato, fino ad assolvere il proprio fine: conseguire un risultato chiaro e definitivo, come solo il diritto può fare⁷³.

Al «nuovo» metodo esegetico cui, in base alle istruzioni della S. Sede, si dovevano attenere gli ecclesiastici sia nell'insegnamento che, di

70. Non che questo possa essere affermato *tout court* per il C.I.C. pio-benedettino, ma esprime l'opinione comune che andò formandosi ed attestandosi dall'opera napoleonica in poi sull'onda, anche filosofica, del movimento codificatorio che attraversò l'Europa continentale modificando anche la prassi e le convinzioni di Ordinamenti giuridici ben diversi, quali erano stati fino ad allora quelli germanici che dalla *consuetudo* passarono rapidamente alla *lex* con tutte le implicazioni del caso. Che su questo terreno, così rapidamente «bonificato» dall'opera della pandettistica tedesca, abbia potuto radicarsi e fruttificare la teoria kelseniana —ed i regimi «etici» del primo '900— è la semplice «verifica» dell'efficacia di queste convinzioni metodologiche, cui neppure il «paladino» dell'antimodernismo seppe sottrarsi.

71. Basti qui riportare poche righe di profonda consapevolezza e maturità giuridica per significare la parzialità di questo modo di concepire il diritto: «La legge é una realtà complessa, molteplice, un “*compositum*” formato di diversi elementi, vale a dire: a) Dalla materia, dal diritto, cioè dalla “*res sive actio iusta alteri ad æqualitatem debita*”. E' inconcepibile una legge senza la sua materia, senza il suo proprio specifico diritto. Il diritto é il midollo spinale della legge. b) Dalla forma, sarebbe a dire, dalle sue proposizioni grammaticali, dalla morfologia, dalla retorica. ... La legge é sempre dopo il diritto, ed é la casa vuota del diritto». P. B. GANGOITI, *Il ruolo del fine intrinseco della legge nell'interpretazione dottrinale*, in: PONTIFICIA UNIVERSITÀ S. TOMMASO D'AQUINO, *Attuali problemi di interpretazione del Codice di diritto canonico*, Roma 1997, p. 100.

72. L'evidente matrice razionalistica (prima) e positivistica (poi) di questa impostazione non sfugge a chi abbia anche solo qualche familiarità con le dottrine giuridico-filosofiche dei sec. XVIII e XIX. Cfr. G. MORELLI, *Dal diritto*, pp. 91-95.

73. Quale concretamente sia il «fine specifico» dei singoli Ordinamenti giuridici che applicano la codificazione non rileva in nulla sotto questo profilo assolutamente tecnico; rimane tuttavia evidente che i «fini» che informano i singoli Ordinamenti riguardano la dimensione assiologica (e quindi «politica») alla base dell'Ordinamento stesso. Cfr. O. GIACCHI, *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna*, in: *Il Foro italiano*, 64 (1939), col. 185.

conseguenza, nella prassi di Curia e dei Tribunali, si contrappose ben presto quella che fu poi chiamata la «scuola canonistica laica italiana»⁷⁴, operante negli anni '30-'50 nelle facoltà giuridiche statali, che ritenne di poter —e dover— applicare anche al C.I.C. quanto già efficacemente in uso per le codificazioni civili statuali: il metodo «dogmatico», caratterizzato da un fine lavoro di astrazione dalle norme positive dei concetti giuridici portanti coi quali costruire un intero «sistema» capace di coprire, quasi a priori, ogni fabbisogno di un Ordinamento giuridico⁷⁵. Fu in quest'ottica prettamente metodologica che O. Giacchi e P.A. D'Avack, sulla scorta dell'intuizione ermeneutica generale di E. Betti relativa all'utilizzabilità delle categorie della dogmatica moderna nella ricostruzione di altri diritti (es. quello romano)⁷⁶, sostennero che nella «ricostruzione» del diritto canonico potessero venir impiegate —con la dovuta prudenza— le categorie «dogmatiche»⁷⁷ e che compito del canonista fosse quello di giungere ad

«una costruzione completa e armonica di tale ordinamento che ne offra il sistema, mostrandone tutti i comandi particolari in organica connessione tra loro e con i principi generali ai quali l'intero sistema si informa e che appunto da questa opera scientifica debbono essere individuati»⁷⁸.

Anche se alla radice della dogmatica giuridica permane la diffusa concezione positivista che il diritto è solo quello positivo promulgato dal legislatore, mentre il c.d. «spirito» gli rimane esterno⁷⁹, ciò non toglie che il lavoro di analisi e «strutturazione» del giuridico ecclesiale secondo criteri di sistematicità ed organicità potesse offrire alla stessa

74. V. Del Giudice, P. A. D'Avack, P. Fedele, O. Giacchi, furono tra gli esponenti più attivi di questa impostazione.

75. Elemento anche questo innovativo, introdotto proprio per dare maggior consistenza all'idea che, in fondo, ogni organizzazione giuridica non è casuale ma risponde a precise linee sistematiche dando corpo a qualcosa di coerente, ordinato ed autosufficiente: l'Ordinamento giuridico. Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, s.l. 1916.

76. Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in: *Archivio giuridico*, XCIC (1928), pp. 129-150.

77. Cfr. G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno. Tomo primo*, Padova 1987, pp. 68-69. A tal proposito il Giacchi sostenne addirittura la «conformità» e la piena legittimità dell'approccio «dogmatico» al diritto canonico in quanto rispondente alle direttive impartite dalla S. Congregazione per i Seminari italiani nel 1920 [vedi sopra]. Cfr. O. GIACCHI, *Diritto*, col. 164.

78. O. GIACCHI, *Diritto*, col. 162.

79. Cfr. O. GIACCHI, *Diritto*, col. 185.

Chiesa una consapevolezza di sé mai raggiunta col diritto canonico classico, né desumibile dalla sola lettura, per quanto profonda, del dettato codiciale. Ciò pare valido anche se, a ben vedere, una prima forma di approccio «dogmatico» al diritto canonico vigente era già stata preconizzata attraverso la metodologia delle *Institutiones* che avevano operato un «filtraggio» delle norme canoniche ed una astrazione sintetica di principi ed istituti per un accesso più organico alla congerie disordinata di Decretali ed altri provvedimenti amministrativi stratificatisi dopo il Concilio Tridentino.

Alla base di questa impostazione metodologica «alternativa» dell'approccio al diritto canonico operata in ambito «laico» stava l'autonomia riscoperta⁸⁰, dopo il generale (e generico) rifiuto radical-laicista di fine '800, di tale diritto e della sua importanza all'interno della più generale civiltà giuridica europea, ormai già «soddisfatta» di quanto elaborato nel corso di un secolo attorno ai principali Codici Civili continentali. In quest'ottica di «completezza» di approccio teoretico e scientifico al panorama ordinamentale europeo —non pronto ad affrontare l'ancora troppo poco strutturato Ordinamento Internazionale— il diritto canonico codiciale pareva offrire nuovi orizzonti di proficuo impegno dottrinale:

«la funzione didattica che viene ad assumere l'insegnamento del diritto canonico in una università di Stato è duplice: da un lato quella di avviamento agli studi del nostro diritto nazionale storico e vigente, dall'altro quella di formazione culturale giuridica dei discenti. Da un lato cioè il compito di far conoscere ai nostri studenti questo mondo giuridico, tanto diverso di per sé e tanto lontano da quello statale italiano, ma tanto influente pure e tanto rilevante nei suoi confronti, e di permettere così ai medesimi, nello studio della storia del diritto italiano e del diritto ecclesiastico, d'intendere più facilmente ed esattamente la natura e l'entità dei suoi influssi e apporti nella nostra vita giuridica. Dall'altro il compito, in certo senso ancora più nobile ed elevato, di dare ai nostri studenti una nozione più generale ed esatta del fenomeno giuridico. Una visione cioè più vasta e completa del mondo del diritto, che non si presenti costruita sul solo ordinamento dello Stato e a questo soltanto circoscritta, ma venga ad abbracciare quegli altri diversi set-

80. Iniziata già dalla fine dell'800 ad opera di alcuni coraggiosi solitari maestri, per lo più italiani, tra cui spiccarono: Scaduto, Calisse, Ruffini ...

tori di vita giuridica che si riscontrano esistenti e operanti al di fuori di esso»⁸¹.

In Italia, poi, vigeva una rigida separazione tra l'insegnamento accademico ecclesiastico e quello statale, totalmente indipendente dall'autorità religiosa e tuttavia necessario per «gestire» la complessità dei rapporti Chiesa-Stato, tanto in pendenza della c.d. «Questione romana» (risoltasi nel 1929 coi Patti Lateranensi) che, a seguito di quel Concordato, per gestire il nuovo diritto ecclesiastico nelle c.d. «materie miste», considerato anche il convenuto perdurare dell'esclusione dalle università statali italiane delle discipline teologiche ed ecclesiastiche il cui insegnamento restava nell'unica disponibilità dell'Autorità ecclesiastica cattolica⁸².

VII. I TRATTI DELLA CRISI

Ciò che maggiormente risalta nel confronto tra i due «nuovi» metodi che si contendevano la Canonistica codiciale (esegetico per gli ecclesiastici e dogmatico per i «laici») è la comune estromissione dell'elemento «metagiuridico»⁸³; il comune positivismo sottostante tali teorie metodologiche non permetteva infatti a nessuna delle due di «risalire» oltre il dettato codiciale.

«Una volta —infatti— che il codice si è realizzato, lo si riconosce come l'assoluto e si dimentica ciò che sta alla sua base. Alla volontà del legislatore occorrerà allora rapportarsi anche in sede di interpretazione, senza possibilità di rinviare a principi che sono da considerarsi *metagiuridici*, e quindi fuori dal campo proprio del diritto»⁸⁴.

Non che questo atteggiamento fosse stato esplicitamente teorizzato né rispondesse a precisi principi teoretici promossi dal legislatore canonico tuttavia, ipostatizzando il Codice e riconducendo ad esso tutto il

81. P. A. D'AVACK, *Trattato di diritto canonico. Introduzione sistematica generale*, Milano 1980, pp. 9-10.

82. Cfr. *Inter Sanctam Sedem et Italiae Regnum sollemnis conventio*, in: AAS 21 (1929), p. 292 (Art. 39).

83. Nella sua «veste» teologica così fortemente significativa per il diritto canonico.

84. C. M. REDAELLI, *L'adozione*, p. 277.

diritto sia *in particularibus* (esegesi) che *in generalibus* (dogmatica), ciò che all'inizio era risultato semplicemente «extracodificiale» divenne ben presto «metacodificiale» scivolando impercettibilmente nel «metagiuridico», in un percorso che, non potendo ricondurre «qualcosa» al diritto per antonomasia (il Codice) lo relegava —quasi inevitabilmente— all'ambito del non (sufficientemente) giuridico.

La concezione razionalista e positivista di un diritto «forte» (autoritario), qual era quello codificiale affermatosi all'interno degli Stati assolutistici moderni⁸⁵ (non importa se «rivoluzionari» come la Francia o «restauratori» come la Prussia e l'Impero Austrungarico) emarginava di fatto ogni altra espressione del diritto negandone i presupposti di «vera» giuridicità. Caduto anche il «contraltare» del diritto canonico classico (fatto di un *Corpus* e di migliaia di Decretali) questa mentalità, privata ormai di un'alterità oggettiva cui rapportarsi dialetticamente, divenne dapprima maggioritaria e quindi esclusiva, fino a quando ciò che il legislatore non aveva «voluto» —codificandolo— non fu più riconosciuto neppure come giuridico.

Sulla scia di questi presupposti stava entrando in crisi, dopo una recente riscoperta e valorizzazione da parte della c.d. «Pandettistica» tedesca, anche la millenaria tradizione giuridica romanistica (sopravvissuta almeno tecnicamente al crollo dello *Jus Commune*) non facilmente piegabile alla nuova logica codificiale, incapace di dar spazio alle dimensioni giuridiche diverse dal *Codex*. In tal modo *Jura*, *Digesta* ed *Institutiones* non poterono più conservare la loro portata cardinale divenendo, loro malgrado, elementi non-giuridici⁸⁶.

85. Giova in proposito ricordare come le due anime dell'illuminismo giuridico affermatosi in Europa dal XVIII secolo, pur concordando sullo strumento concreto delle riforme «razionali» individuato nel «Codice», sottendessero tuttavia visioni giuridiche assolutamente differenti: un'attenzione più sostanziale ai principi libertari «secondo ragione» (per l'illuminismo francese), un'attenzione più rigorosa per gli elementi di ordine razionale formale per l'illuminismo tedesco. Cfr. G. MORELLI, *Dal diritto*, p. 93. Fu proprio quest'ultima concezione che finì per prevalere nelle attività di codificazione ed influenzò maggiormente le dottrine giuridiche dei decenni successivi —non senza l'apporto concorrente dell'hegelismo— fino all'autoritarismo volontaristico di Kelsen, ultima spiaggia di un positivismo giuridico ai limiti della «ragionevolezza». Un certo prevalere della scuola canonistica tedesca nei lavori della codificazione pio-benedettina non sfuggì, probabilmente, a questo influsso più «formalistico».

86. Quale possa essere in questo contesto il corretto significato del termine «*codex*» saldamente integrato da Giustiniano in un palinsesto che, per quanto «fisso», aveva saputo ris-

Davanti alla nuova situazione, «condensatasi» ormai senza possibilità di ritorno nell'assetto codiciale della giuridicità canonica —dopo la prima emozione, ed una volta smaltita l'euforia della novità (il C.I.C.)—, un certo numero di canonisti, comunque formati alla scuola «classica» dello *jus decretalium*⁸⁷ e delle *Institutiones iuris canonici*, iniziarono a provare un certo disagio per la «qualità» del *Codex*, e della scienza ad esso legata, rispetto a quella del *Corpus* cui erano abituati; non si poté pertanto non denunciare la formale rottura con la precedente tradizione (e metodologia) canonistica, nonostante il tentativo di evidenziare la continuità con le sue fonti e la continuità di sostanza che il Codice presentava con il diritto precedente⁸⁸. Proprio l'aggiornamento della monumentale opera di F.X. Wernz operato da P. Vidal⁸⁹ in seguito alla promulgazione del Codice pio-benedettino può essere una valida testimonianza della volontà di assecondare il nuovo corso della giuridicità canonica⁹⁰ senza tuttavia dismettere un metodo canonistico di grande efficacia «riducendosi» ad una semplice esegesi della Legge (codiciale); Petrus Vidal infatti, nell'integrare lo *Jus decretalium* trasformandolo in *Jus canonicum*, non solo ne conservò la struttura di base ma utilizzò complementariamente ben quattro metodi: esegetico, sistematico, storico e pratico, aggiungendo lo *Jus novum* al *vetus* in una nuova opera dalle salde origini tradizionali⁹¹. Lo stesso Padre Vermeersch (e Creusen con lui), senza curarsi particolarmente del perentorio indirizzo metodologico assegnato dalla S. Congregazione, insegnò già dagli anni '20 che:

«*Scientia iuris canonici constat principiis iuridicis tum generalibus tum legislationis Ecclesiae propriis, historia legum ecclesiasticarum, interpretatione*

pettare la pluralità sostanziale del fenomeno giuridico, rimane questione da porsi in modo non superficiale (se non si è nominalisti).

87. Basti riferirsi, per ogni altra considerazione sul tema, all'opera intramontabile del Padre Wernz: *Jus decretalium* edita proprio all'inizio del XX secolo prima della promulgazione del *Codex*.

88. Cfr. C. M. REDAELLI, *L'adozione*, p. 283.

89. F. X. WERNZ-P. VIDAL, *Jus canonicum ad Codicis normam exactum*, Romae 1923-1937.

90. Cui, per altro, entrambi avevano collaborato in qualità di Consultori.

91. Una certa «disobbedienza» dei *probati doctores* rispetto alle direttive rigidamente esegetiche e restrittive della S. Congregazione si manifestò in varie circostanze tipicamente dottrinali; a riguardo, p. es., dell'interpretazione della legge (il Codice) lo stimatissimo G. Michiels prese posizioni ben oltre i limiti perentori posti dal Legislatore: «*Concludendum esse censemus, quod in praxi omnes regulæ in canone 18 enunciatae sunt semper simul aplicandæ*». G. MICHIELS, *De interpretatione declarativa legis in iure canonico*, in: *Investigación y elaboración del derecho canónico*, Salamanca 1956, p. 421.

analytica et systematica vigentis disciplinæ. Quare iuris canonici studioso opus sunt scientiæ theologicæ, historicæ et iuridicæ»⁹².

Ulteriore conferma della difficile recezione della nuova mentalità esegetico-codificiale tra gli addetti ai lavori può esser trovata nell'esaminare la produzione letteraria del tempo:

«se dalla scuola si passa alla produzione propriamente dottrinale, ci si rende conto che pur essendo del tutto prevalente la pubblicazione di commentari dedicati alla spiegazione sostanzialmente esegetica del Codice o di alcune sue parti, accompagnati da studi di carattere monografico su determinate questioni, non mancano, soprattutto in ambito tedesco e francese, opere di carattere storico e anche, in misura minore e legate soprattutto al confronto con la teologia protestante nella sola sfera culturale tedesca, opere attente alle problematiche teologiche»⁹³.

Anche il chiaro indirizzo storico che la S. Congregazione aveva indicato fin dall'inizio come «complementare» all'approccio esegetico, pur impostando in modo corretto una linea dottrinale e «fondativa» del nuovo diritto canonico capace di sfuggire alla morsa volontaristica di una pura codicialità di stampo statutale, capace, altresì, di tutelare la specificità e peculiarità del giuridico ecclesiale senza stravolgerne la natura prettamente «giuridica» riconosciutagli per lunghi secoli senza dubbi sostanziali⁹⁴, ed ora confermata dall'adozione del Codice⁹⁵, non risultò sufficiente a controbilanciare le diverse «controindicazioni» che progressivamente andavano palesandosi nei confronti dell'impostazione esegetico-codificiale. L'atteggiamento antimodernista, infatti, cui la cattolicità andò conformandosi agli inizi del XX sec. non era in grado di gestire serenamente una corretta dialettica storica; il prevalere di timori verso l'approccio storico-fenomenologico e socio-culturale alla realtà, nella chiara contrapposizione alle diverse forme di storicismo e relativismo, indirizzò la ricerca canonistica verso terreni più «sicuri» rispetto alle svariate deviazioni storicistiche e fenomenologistiche, dominanti anche/proprio in ambito pro-

92. A. VERMEERSCH-J. CREUSEN, *Epitome*, p. 21.

93. C. M. REDAELLI, *Il metodo*, p. 65.

94. Non va dimenticato come buona parte del giuridico del secondo millennio si sia articolato all'insegna dell'*utrumque jus*, canonico e civile stretti nella comunanza della stessa natura sostanziale; questa visione unitaria del diritto è divenuta progressivamente marginale proprio a causa della codificazione (civile) e della sostanziale estromissione dall'ambito statutale della componente canonica del diritto, trasformato in diritto ecclesiastico (statutale).

95. Cfr. O. GIACCHI, *Diritto canonico*, col. 162.

testante⁹⁶. In realtà la radice «storica» apparteneva costitutivamente alla Canonistica fin dai suoi inizi, quando Graziano indicò la *ratio loci* e la *ratio temporis* quali criteri fondativi ed interpretativi della norma da applicarsi... Neppure questo però fu sufficiente a contrastare gli spettri della modernità che del relativismo culturale e religioso avevano fatto i propri baluardi; i «danni» che l'approccio critico-razionalista al testo della S. Scrittura aveva già arrecato alle scienze bibliche presso i protestanti dovevano esser tenuti lontani dal diritto canonico.

Senza poterlo dichiarare apertamente, si dovette prendere atto che la Canonistica era in piena crisi; e mentre si assisteva ad una nuova primavera delle scienze teologiche, ad un rinnovamento delle loro metodologie, ad una riscoperta delle «origini» —foriere della necessità del nuovo Concilio Vaticano sempre più imminente— la scienza sacra più «stabile» lungo i secoli doveva piangere il proprio smarrimento.

Giova sottolineare, in riferimento ai primi decenni del '900, come la crisi non fu tanto del diritto canonico in quanto tale, ma piuttosto della metodologia per accostarlo...

A quei tempi non era in crisi la giuridicità ecclesiale, giunta ormai al giro di boa che la riallineava alla percezione e consapevolezza giuridica generale del tempo, ma la scienza con cui gestire la nuova configurazione giuridica ed il nuovo strumento codiciale all'interno della Chiesa stessa.

Il problema rilevava dunque sotto il profilo metodologico e non sotto quello «oggettuale»: l'oggetto formale della Canonistica, infatti, appariva ora più definito e circoscritto che mai, il vero problema era la sua «gestione» scientifica ecclesiale.

Il crescere del disagio che caratterizzò progressivamente la Canonistica ecclesiastica nei tre decenni seguenti la promulgazione del C.I.C. pio-benedettino, in forte tensione anche con l'alternativa dogmatica lai-

96. Di fatto l'ambito più critico per il diritto canonico, da parte protestante, fu proprio quello «storico», con le opere di R. Sohm che, già dall'inizio del XX sec., pretendevano minarne la credibilità; proprio in «risposta» a R. Sohm si levarono K. Mörsdorf ed i suoi discepoli con le loro creazioni «teologico-giuridiche». Non vanno dimenticati neppure i forti contrasti con le dottrine «canonistiche» gallicano-febroniane che proprio dell'approccio storicistico avevano fatto uno dei loro capisaldi per contestare gli sviluppi medioevali dell'istituzionalizzazione ecclesiastica e del suo sviluppo giuridico. Cfr. G. CAVIGIOLI, *Manuale*, pp. 73, 75.

ca —che esercitava un'indubbia attrazione per la completezza ed il rigore metodologico—, sfociarono dopo la «pausa bellica» nella necessità di intraprendere all'interno della stessa Chiesa una riflessione giuridica di alto profilo dottrinale e metodologico, capace di superare l'*impasse* sin qui delineata.

Ormai i trent'anni di egemonia ideologica della c.d. «codificazione» avevano impercettibilmente —ma inevitabilmente— evidenziato il problema reale: il metodo della Canonistica!

L'identificazione diritto-Codice e la progressiva esclusione dall'ambito giuridico di tutto il «meta-codiale» causarono (finalmente) la scissione, all'interno della generica normatività ecclesiastica, tra «giuridico» e «teologico», diritto e morale⁹⁷, ponendo i canonisti nella necessità di scegliere la linea metodologica da seguire, ormai liberi di adottare un metodo non più *ex auctoritate* ma secondo coscienza (scientifica).

Di fatto le linee metodologiche individuate furono due, corrispondenti alle due aree e «sensibilità» culturali maggioritarie nel cattolicesimo preconciliare: un approccio «teologico» maturato in ambiente *mittle-europeo*⁹⁸ (K. Mörsdorf a Monaco di Baviera) ed uno «tecnico» di scuola latina (P. Lombardía a Pamplona); su queste due direttrici, in forte dialettica reciproca, si concentrarono dalla metà del XX secolo i maggiori sforzi per affrontare la crisi della Canonistica codiciale, preservandone e valorizzandone le caratteristiche peculiari.

VIII. LA VIA TECNICA⁹⁹

La direzione intrapresa da Pedro Lombardía, fondatore della «scuola di Navarra», andava decisamente —e precisamente— alla vera

97. Cfr. G. DALLA TORRE, *Pio X*, p. 64.

98. Non va dimenticato che proprio dalla Germania venivano in quei decenni le maggiori spinte teologiche verso il rinnovamento ecclesiale, sostenute anche dalla ricchezza del costante confronto teologico con le Chiese protestanti; ed in Germania si era posto (a loro avviso) il maggiore dei problemi per il diritto canonico: la sua legittimità nella vita della Chiesa (R. Sohm).

99. Non è, evidentemente, intenzione di queste righe tracciare un nuovo quadro sinottico della canonistica del XX sec.; i dati che vengono riportati hanno la sola funzione di «illustrare» motivatamente il percorso intrapreso nel tentativo di «verificare» l'ipotesi iniziale d'indagine.

radice della crisi della Canonistica: il metodo. Assumendo i principi della «scuola laica italiana», insieme col nuovo paradigma di «Ordinamento giuridico», ormai affermatosi incontrastato e più che mai proficuo per «collocare» il diritto canonico all'interno del più complesso fenomeno giuridico, egli si concentrò nella trasposizione all'ambito canonistico, *mutatis mutandis*, dei principi «dogmatici» già utilizzati, con soddisfazione per i risultati ottenuti, dai canonisti laici italiani. Secondo i canonisti di Pamplona,

«il diritto nella Chiesa non é o non era in crisi perché troppo giuridico, troppo tecnico, ma, al contrario, per non essere studiato ed elaborato a un livello paragonabile a quello del diritto secolare. In questo senso la soluzione non va cercata in una sua teologizzazione, con il rischio di perdere la sua giuridicità, ma in suo rigoroso approccio giuridico, scientificamente convincente»;

«il concetto di diritto proprio del diritto canonico é lo stesso di quello del diritto secolare: da qui la non differenza di metodo e la possibilità di applicare alla Chiesa le concettualizzazioni elaborate dalla scienza giuridica, salvo il riferimento alle sue peculiarità, che però sono di contenuto e non di formalità giuridica»¹⁰⁰.

Il lavoro, alla «Università di Navarra», si concentrò così nella ricerca delle linee strutturanti il giuridico ecclesiale in prospettiva «ordinamentale» con una spiccata sensibilità nei confronti dei valori-base dell'Ordinamento canonico stesso, in particolare il ruolo del «Popolo di Dio»¹⁰¹, primo passo verso una concezione «costituzionale» del diritto (anche) canonico. Quest'impostazione, opportunamente accresciuta e fondata, portò i primi risultati istituzionalmente fecondi già in Concilio nella visione ecclesiologica proposta da *Lumen Gentium* e trovò la propria «conferma» nell'accoglienza del progetto di una «Legge costituzionale» per la Chiesa: la famosa *Lex Ecclesiae Fundamentalis*, elaborata per circa vent'anni di pari passo con la revisione del C.I.C. e poi non promulgata per volontà di Giovanni Paolo II (nel 1981 a «revisione codiciale» quasi finita).

100. C. M. REDAELLI, *Il metodo*, pp. 85, 87.

101. L'interesse verso il «Popolo di Dio» inteso come istanza teologico-ecclesiale di base è una dominante dell'azione dell'*Opus Dei* che non ha risparmiato forze per sostenere e promuovere questo tipo di sensibilità ben prima del Vaticano II ed ha trovato in questo «assioma» ecclesiologico il fulcro della propria attività giuridica e dottrinale.

Non pare dubitabile che proprio questa linea dottrinale abbia rappresentato e costituito la più efficace e convincente «alternativa» (istituzionalmente utile) alla concezione della Chiesa come *societas juridice perfecta*¹⁰², ormai insufficiente e messa progressivamente in crisi dall'ascesa di una proposta culturalmente e sociologicamente più appropriata ai tempi conciliari di quanto non lo fossero le dottrine dei Soglia, Tarquini, Cavagnis, Ottaviani; «centro» dell'Ordinamento canonico non sarebbe più stata l'apologetica *libertas Ecclesiae* ma il riscoperto «Popolo di Dio», in una prospettiva che, pur valorizzando grandemente il laicato, continuava a «tutelare» efficacemente la natura gerarchico/istituzionale della Chiesa.

Il lavoro di P. Lombardía e discepoli si svolse all'interno della dominante concezione giuridica europea —continentale— che recepiva favorevolmente (intorno alla metà del XX sec.) il diritto quale «forma» sostanziale (o paradigmatica) del vivere sociale, senza problemi nei confronti del giuridico in quanto tale ed ancora «ben disposta» verso la realtà istituzionale, rafforzata dall'efficacia del concetto giuridico «ordinamentale» in grado di dar buona pace «teoretica» all'autonomia e convivenza tanto delle differenti realtà statuali che ai primi vagiti di organizzazione giuridica internazionale di quegli anni..., che all'esistenza autonoma, «dignitosa» ed indiscutibile di un vero «Ordinamento giuridico canonico».

L'iniziale opzione strettamente metodologica finì ben presto per articolare una vera scuola di pensiero ed una feconda produzione dottrinale, tecnica ed accademica che coinvolse altri canonisti, allargando la riflessione anche oltre gli elementi più strettamente «tecnici»; è il caso di Javier Hervada che si dedicò all'approfondimento delle logiche intrinseche allo sviluppo dell'ordinamento giuridico canonico delineando teoreticamente la necessaria e corretta relazione tra diritto divino, diritto naturale e diritto canonico¹⁰³ sulla linea della «positivizzazione» del diritto divino già tracciata da Vincenzo del Giudice¹⁰⁴. Espressione privi-

102. Propugnata —ancora per decenni— dalla scuola dello *Jus Publicum Ecclesiasticum*.

103. Cfr. P. LOMBARDÍA-J. HERVADA, *El derecho del pueblo de Dios*, vol. I, Pamplona 1970, pp. 45-57.

104. Secondo questa logica, la legge divina è già «misticamente» presente e «data» fin dalle origini ma non ancora definitivamente «disvelata» dall'opera del legislatore umano. In questo modo non è il diritto canonico che cambia in funzione della nuova consapevolezza

legiata del pensiero e dell'elaborazione dottrinale della «Scuola di Navarra» divenne dal 1961 la rivista *Jus Canonicum* fondata e diretta dallo stesso Lombardía attorno all'idea chiave secondo cui la Canonistica è scienza giuridica, con oggetto giuridico e metodo giuridico; alla testata periodica vennero progressivamente affiancandosi vari «Trattati» sulle diverse materie giuridiche canoniche secondo la sensibilità già propria degli ordinamenti civilistici: diritto costituzionale canonico, diritto amministrativo canonico, diritto dell'organizzazione ecclesiastica...¹⁰⁵.

IX. LA «VIA» TEOLOGICA

In tutt'altra direzione si orientò la dottrina *middle-europea* lungamente provata dal confronto con le posizioni anti-istituzionali, storicistiche e/o carismatico-spiritualiste protestanti¹⁰⁶ e perciò convinta che la crisi riguardasse proprio il diritto canonico in quanto tale, proponendo di superarla con una comprensione a partire dalla fede¹⁰⁷ e non, in prima

che la Chiesa assume di se stessa e della propria missione, ma cambia solo la forma di esplicitazione di quanto già era «scritto». Il «disvelamento» storico del diritto «già dato» richiede pertanto una capacità giuridica a tutta prova, una conoscenza della scienza giuridica al passo coi tempi e col progresso della scienza.

105. Cfr. E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano 1994. J. P. SCHOUPPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Milano 1994. J. I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1994.

106. E' risaputo come il cruccio di K. Mörsdorf fossero le tesi «storiche» di R. Sohm che vedeva la Chiesa come organismo esclusivamente carismatico privo del diritto; Mörsdorf poneva così le radici del proprio argomentare su istanze risalenti alla fine del secolo precedente, per altro già abbondantemente contestate e decadute all'interno degli stessi ambienti protestanti di inizio XX sec., come ben testimonia l'ormai nota affermazione di P. Erdö: «Anche se è legittimo affermare che Rudolph Sohm continua ad interrogarci, possiamo affermare altrettanto legittimamente: Adolf von Harnack continua a rispondere validamente ai problemi posti da Sohm». P. ERDÖ, *Teologia del diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale*, Torino 1996, p. 54. Cfr. A. HARNACK, *Entstehung und Entwicklung der Kirchenverfassung und des Kirchenrechts in den zwei ersten Jahrhunderten. Urchristentum und Katholizismus*, Leipzig 1910.

107. «Il diritto canonico è primariamente un diritto kerigmatico, sacramentale, conseguentemente un diritto che è primariamente al servizio della Parola e del Sacramento. Il diritto canonico è essenzialmente diverso e indipendente dal diritto statale e da ogni diritto secolare, ma ha la capacità e perciò la responsabilità, di essere di fronte a questi un diritto esemplare. Il diritto canonico può essere accolto solo nella fede. Si è perciò concordi sull'opinione metodologica che la scienza del diritto canonico è primariamente e fondamentalmente una scienza teologica». A. M. ROUCO VARELA, *Evangelische Rechtstheologie heute. Möglichkeiten und Grenzen eines Dialogs*, in: *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 140 (1971), pp. 132-133.

istanza, dalla «semplice» giuridicità umana, considerata teologicamente non probante perché inficiata di giusnaturalismo¹⁰⁸.

In quest'ottica la «scuola di Monaco» intraprese una duplice azione: a) costruire nell'ambito della canonistica una disciplina —nuova— che si occupasse, sempre da un punto di vista teologico, dell'aspetto fondazionale del diritto canonico: la «teologia del diritto canonico», b) considerare la Canonistica una disciplina teologica, con metodo giuridico, o meglio teologico¹⁰⁹.

Una buona sintesi delle idee chiave di questo grande sforzo pluridecennale che vide in E. Corecco uno dei suoi più accesi esponenti viene proposta con lucidità da F. Coccopalmerio:

Probabilmente sfugge oggi alla maggioranza degli autori come questo genere di affermazioni —solo cronologicamente post-conciliari— costituisca una sostanziale riproposizione delle dottrine «teologiche» degli anni '30: «Il diritto canonico non sarebbe forse il modo teologico della giuridicità, non potrebbe forse significare un innalzamento del diritto ad un piano superiore da quello dell'ordinaria giuridicità?... Il diritto canonico è il fanciullo nato dal connubio fra il diritto e la teologia. Vi è in esso qualcosa di giuridico e qualcosa di non giuridico; è diritto e non-diritto... Toccando la teologia, la crisi modernista ha fornito l'occasione di accentuare la proibizione della scienza sacra a chi non ha la fede, o, per lo stesso credente, l'impossibilità ed in ogni caso la illegittimità di qualunque speculazione razionale fuori del lume della fede: la teologia è inseparabile dalla fede. Il lume della fede, condizione rigorosamente indispensabile per ragionare nel campo dei teologi e condizione privilegiata per discutere giudizialmente nel terreno dei canonisti. Appare così da ogni parte che l'*imperium* della legge canonica è di una natura particolare; il diritto canonico non è un diritto come gli altri; il diritto secolare è sospeso alla ragione, il diritto canonico al dogma». G. RENARD, *Contributo*, pp. 477-481, 488.

Mörsdorf e discepoli rappresenterebbero quindi soltanto una fase trasformistica dell'idealismo «teologico» (di stampo platonico-agostiniano) che ha accompagnato il cammino ecclesiale nei secoli, opponendosi ciclicamente al sostanziale giusnaturalismo delle correnti aristotelico tomistiche?

108. La posizione sostanziale, in realtà, non si scosta da quella barthiana come riportata (ed accolta?) dallo stesso Corecco: «Barth, che si pone in diretta polemica con lo storicismo e il positivismo giuridico, ha come orizzonte quello della teologia dialettica dove il problema centrale è quello di stabilire la natura del rapporto Dio-uomo a partire non dalla *theologia naturalis*, ma dalla constatazione che Dio è Dio in quanto pone l'uomo di fronte ai propri limiti. Per cogliere questa alterità di Dio l'ontologia razionale e il diritto naturale non servono: solo la rivelazione può formulare affermazioni vincolanti. Nessuna metafisica umana —quella di Platone come quella di Aristotele o di Hegel— è capace di dire cosa sia lo Stato e il diritto. La realtà può essere conosciuta solo con la fede e non con la filosofia per cui l'*analogia entis* è sostituita con l'*analogia fidei*». E. CORECCO, *Diritto*, in: *Dizionario teologico interdisciplinare*, Casale Monferrato (AL) 1977, vol. I, p. 139.

109. Cfr. C. M. REDAELLI, *Il metodo*, pp. 80-81. Come si giustifichi il passaggio a *minori ad majus* (condensato nell'«o meglio») che trasforma il metodo canonistico da giuridico a teologico non è solitamente esplicitato da questi autori... né risulta comprensibile agli altri.

«il problema per la teologia cattolica non è quello di produrre una prova teologica dell'esistenza del diritto canonico..., quanto piuttosto di saper dare una giustificazione teologicamente corretta di una realtà che appartiene già al contenuto della fede. "Fondare" teologicamente il diritto ecclesiale è significato per la dottrina ricercare e fornire la prova teologica, e teologicamente corretta, del *dover esistere* del diritto nella Chiesa»¹¹⁰.

Si tratta cioè, in altri termini, di «stabilire se il diritto stesso è una realtà *così essenzialmente insita* nella struttura propria della Chiesa, che senza il diritto la Chiesa *non sarebbe quello che è, secondo l'istituzione di Cristo*»¹¹¹.

Alla base dell'intera costruzione¹¹² sta il pensiero di K. Mörsdorf incentrato e mosso da due realtà essenzialmente teologiche ma altamente vincolanti per la Chiesa¹¹³:

«Parola e Sacramento sono realtà di natura giuridica per il fatto che si pongono tra due soggetti (Dio e l'uomo) e creano una situazione di doverosità (la risposta dell'uomo a Dio) carica di conseguenze (l'ottenimento della salvezza)»¹¹⁴.

La conseguenza più appariscente di questa impostazione a livello di scienza canonistica e di insegnamento del diritto canonico, fu una sostanziale trascuratezza verso il testo legale —accostato, quando necessario, ancora in modo esegetico— nello sforzo di sostenere il nascere e l'affermarsi

110. F. COCCOPALMERIO, *Fondare teologicamente il diritto della Chiesa?* in: *La teologia italiana oggi. Ricerca dedicata a Carlo Colombo*, Brescia 1979, p. 395.

111. F. COCCOPALMERIO, *Fondare*, p. 402.

112. E' il caso di usare questo termine a causa dell'evidente artificiosità del procedere di questi Autori.

113. Oggettivamente pare che il *quid novi* introdotto da K. Mörsdorf stia soltanto nell'aver «indicato» —per il suo tempo— le due realtà-cardine (Parola e Sacramento) di un sistema deduttivo già esistente da decenni; il suo discepolo E. Corecco continuerà l'evoluzione trasformista della fondazione «teologica» del diritto ponendo l'enfasi sulla —conciliarissima— *communio*, perpetuando nel ventennio successivo il fascino di una giuridicità teologico-sacrale ancor oggi «irresistibile» per molti ambienti clericali.

114. F. COCCOPALMERIO, *Fondare*, p. 398. Chi volesse trarre da questa affermazione il concetto sottostante di diritto dovrebbe dedurre che, secondo Mörsdorf, «diritto è: una relazione tra due soggetti caratterizzata da doverosità e carica di conseguenze». Quanto questa concettualizzazione corrisponda a qualsiasi idea di diritto è evidente... Non esiste nessuna possibilità di differenziare, secondo queste categorie (anti-giusnaturalistiche) la normatività morale da quella giuridica. Sarà questa una delle difficoltà costanti ed un rimprovero piuttosto comune patiti da questa dottrina.

della «teologia del diritto» come materia autonoma nell'ambito della Canonistica, materia che, a detta però dei suoi stessi sostenitori,

«rischia di essere solo giustapposta alla rimanente trattazione del diritto della Chiesa senza determinarla a partire dalle opzioni fondamentali elaborate teologicamente. Manca di conseguenza l'elaborazione di un effettivo metodo di studio del diritto della Chiesa, che sia coerente con l'impostazione di fondo»¹¹⁵.

Oltre a confermare il presupposto erroneo di partenza (la presunta crisi del diritto canonico e non della sola metodologia canonistica) questa linea d'azione finì anche per non poter neppure raggiungere il proprio fine esplicito; infatti:

«anche gli studiosi più impegnati in questa linea, come Corecco, non riescono a contenutizzare in modo soddisfacente il metodo della Canonistica, che sia giuridico o teologico, e le stesse loro intuizioni fondamentali sulla natura e sulla giustificazione teologica del diritto della Chiesa non trovano poi una traduzione sufficiente nei diversi ambiti della Canonistica»¹¹⁶.

E fu proprio lo sforzo «metodologico», cui —almeno a parole— si sarebbe dedicata parecchia cura ed attenzione all'interno della Scuola bavarese, a non essere stato sufficientemente efficace a causa dell'avversione ideologica verso ogni forma di «razionalità» (naturale) del giuridico, accusata comunque di «giusnaturalismo» e «sociologismo» e, pertanto, da scartarsi senz'altro all'interno di una prospettiva che si voleva esclusivamente «teologica».

In realtà proprio la questione metodologica rappresenta la maggior debolezza di questa costruzione «teologico-giuridica» in quanto la «volontà» ostinata di evitare ogni ricorso ad elementi filosofici o sociologici —comunque inevitabili per la scienza giuridica— ha finito per generare un ripiegamento involutivo della ricerca stessa. Di fatto la proposta bavarese si basò non sulla ricerca di una risposta alla domanda fondamentale circa la natura, la funzione, i presupposti del giuridico nella

115. C. M. READELLI, *Il metodo*, p. 83. E' necessario notare, a questo proposito, l'estrema instabilità della situazione dottrinale degli anni post-conciliari: si pensava e scriveva in riferimento ad un «diritto canonico» che ancora non esisteva e si sarebbe dovuto approntare un nuovo metodo per studiare ed utilizzare un Codice ormai unanimemente esautorato della propria referenzialità.

116. C. M. READELLI, *Il metodo*, p. 83.

sua caratterizzazione «ecclesiale», ma su quale debba/possa essere la domanda giusta da porsi sul giuridico come tale per poi offrirle la risposta già precedentemente confezionata:

«sembra al riguardo ovvio che, se tale è il problema, ci si senta immediatamente e previamente interpellati da un altro quesito: *qual è il concetto di diritto ecclesiale?*¹¹⁷ La domanda appare fondamentale, per l'ovvio fatto che, solo stabilito l'oggetto se ne può fondare l'esistenza¹¹⁸. In particolare è necessario che ci chiediamo: si vuole aver a che fare con un generico diritto *nella* Chiesa o con lo specifico diritto *della* Chiesa? Se infatti non si parte da una giusta nozione di diritto ecclesiale per poi fondarne teologicamente l'esistenza, si finisce col cercare il fondamento dell'esistenza di una realtà ignota oppure di una realtà diversa da quella che si deve fondare»¹¹⁹.

In questa linea di sviluppo si giunge però inevitabilmente ad una ridefinizione «proprietaria» del diritto canonico che, per non volerne sapere di «sociologia» («giusnaturalistica»), nega ogni evidenza scientifica derivata dallo studio della relazionalità interpersonale:

«il nostro modo di ricercare e statuire il concetto di diritto presuppone soltanto che il diritto stesso sia una realtà che si colloca nell'ambito di una pluralità di persone e quindi così ne enuncia la definizione assolutamente formale: “diritto” sarebbe tutto ciò che *causa o permette il nascere, il permanere, lo svilupparsi di una data aggregazione interpersonale*. “Diritto” sarebbe pertanto una serie di elementi che, presupposta una pluralità di persone, *ne fanno un “unum”*, una aggregazione interpersonale, una comunità o socialità»¹²⁰.

«Il diritto canonico —secondo Corecco—, a differenza di quello secolare, non è generato dal “dinamismo spontaneo (biologico) della

117. Vale sicuramente la pena notare, a questo livello, il grado di deduttivismo soggiacente —dogmaticamente— ad un'impostazione di questo tipo. Che cosa sia il diritto della Chiesa e nella Chiesa non ha nessuna importanza; è invece decisivo il «concetto» di diritto che si vuol andare a «dimostare» come «necessario».

118. Quanto conta, a questo punto, che l'oggetto esista o meno? Se si «fonda l'esistenza» di ciò che si è —aprioristicamente— stabilito non si è davanti ad una pura e totale costruzione teoretica? Come ritenere epistemologicamente corretta una metodologia che definisca il proprio oggetto di studio in modo deduttivo a partire dall'unica risposta che si è disposti ad accettare come conclusione dell'indagine?

119. F. COCCOPALMERIO, *Fondare*, p. 399.

120. F. COCCOPALMERIO, *Fondare*, p. 404. In quest'ottica anche il legame «parentale» e quello familiare sarebbero già espressioni del «diritto»!

convivenza umana”, ma da quello specifico inerente alla natura stessa della comunione ecclesiale, la cui socialità è prodotta genericamente non dalla natura umana, ma dalla grazia che instaura rapporti intersoggettivi e strutturali diversi, propri alla costituzione della Chiesa e conoscibili solo attraverso la fede»¹²¹.

Come ben si vede, non ci si discosta dalla posizione preconciliare (già illustrata) di una generica normatività comportamentale (morale, giuridica, liturgica), incapace concretamente —e teoreticamente— di distinguere tra diritto (canonico) e (teologia) morale... riconducendo ogni cosa ad una indistinta «doverosità» in cui tutto quanto concerne la vita di fede finisce per essere diritto... o, forse, teologia morale..., in ogni modo: normatività ecclesiale¹²².

«infatti, Diritto e Morale, che non sono realtà adeguatamente distinte dato che l'ambito morale può avere risvolti giuridici e viceversa, hanno in comune il fatto di essere due realtà che toccano gli stessi ambiti: la coscienza e la *communio*, cioè la Chiesa»¹²³.

Nell'opera di questi autori la «crisi» metodologica viene superata ignorandola; radicalizzando, anzi, gli elementi aspecifici del problema. Ignorando il crollo di una secolare costruzione aprioristica si concentrano le proprie forze nel consolidarne le fondamenta e cementarne la coesione interna, senza discostarsi da un'impostazione moralistica stratifica-

121. E. CORECCO, *Ordinatio rationis o ordinatio fidei? Appunti sulla definizione della legge canonica*, in: *Communio*, 1977, n. 36, p. 51. Già Rouco Varela aveva affermato: «il Diritto canonico può essere accolto nella fede. Per poter arrivare scientificamente al nocciolo più profondo della sua essenza, la riflessione su ciò deve partire dalla fede e poggiare sulla fede». A. M. ROUCO VARELA, *Evangelische Rechtstheologie*, p. 133.

122. Una citazione dottrinale del 1936 può ancora essere illuminante: «Ordine imperativo: è per questa seconda parola che l'ordine giuridico si distingue dall'ordine fisico e si accosta all'ordine morale: la legge giuridica come quella morale comanda a degli esseri liberi». G. RENARD, *Contributo*, p. 484. Conseguenza collaterale di questa impostazione è l'indistinzione sostanziale tra «foro interno» e «foro esterno»..., coscienza individuale e relazione comunitaria: «si comprende a priori che in diritto canonico il limite del foro interno e del foro esterno sia portato al massimo della elasticità... i due fori si confondono nella loro sorgente essi derivano da un duplice getto dello stesso "potere delle chiavi"». G. RENARD, *Contributo*, p. 489. Giova ricordare, a parziale riprova della correttezza del procedimento attuato, come il Sinodo dei Vescovi del 1967 abbia posto proprio come 2° criterio per la revisione del C.I.C. una «maggior distinzione e coordinamento tra foro interno e foro esterno». Cfr. DOCUMENTA SYNODI EPISCOPORUM, *Relatio Principia quæ, die 7 octobris 1967*, in: *Communicationes*, I (1969), pp. 77-85.

123. E. CORECCO, *Valore dell'atto «contra legem»*, in: *Ius canonicum*, XV (1975), p. 255.

tasi lungo i secoli fin dalla Controriforma ed entrata in piena crisi nella modernità.

X. L'EPOCA CONCILIARE

Dopo il ribollire del periodo preconciare¹²⁴ il confronto a distanza tra le due «Scuole» conobbe una nuova fase, forse complementare alla precedente. Il forte risveglio teologico, trainato in gran parte da istanze di provenienza «continentale», e la crescente autocoscienza ecclesiologicala (non più di matrice giuridico-istituzionale sul modello della *societas iudice perfecta*) aprirono la crisi —questa volta— del diritto canonico *tout-court*; crisi che si amplificherà fino al collasso durante il Concilio e nel decennio successivo¹²⁵.

La crisi, questa volta, non investiva tanto un metodo di studio del diritto canonico, quanto piuttosto il senso stesso del suo esistere nella Chiesa¹²⁶.

«I motivi di questa situazione di grave difficoltà del diritto della Chiesa sono noti: il prevalere di una mentalità anti-giuridista e contestataria nella cultura occidentale e anche nella Chiesa, il rifiuto dell'autoritarismo ritenuto a torto o a ragione come profondamente collegato con l'aspetto giuridico (o, meglio, con il giuridismo), l'insufficienza dell'ecclesiologia soggiacente al Codice rispetto a quella proposta dal Vaticano II, l'obsolescenza delle norme proposte dal Codice del 1917 in rapporto all'evoluzione della Chiesa e della società. Il metodo con cui il diritto canonico veniva studiato e insegnato gioca una certa importanza nel motivarne un rifiuto. In particolare lo qualificavano negativamente alcuni fattori: il riferimento esegetico e tecnicistico al Codice; lo scadere nella casuistica minuziosa e scrupolosa con una mescolanza e

124. Le «idee» sin qui riportate per entrambe le «Scuole» vanno evidentemente seguite nel loro sviluppo dottrinale anche ben oltre il Vaticano II per esplicitare i punti d'arrivo di quanto negli anni '50 stava solo germogliando ed avrebbe portato i propri frutti più evidenti ben più tardi.

125. Non si dimentichi in questo, come l'immediato post-Concilio abbia coinciso col c.d. '68 che scosse ogni istituzione (sociale, civile, ecclesiale) nel mondo occidentale fin dalle radici mettendone in discussione fondamenta e concretizzazioni; prima «vittima» della contestazione fu il diritto in tutte le sue componenti ed espressioni, anche civili e sociali.

126. E' interessante sotto questo profilo come la Scuola di Monaco abbia addirittura letto «la crisi attuale del diritto canonico come una crisi di fede di cui sono colpevoli —e vittime allo stesso tempo— canonisti, teologi, pastori e fedeli». A. ROUCO VARELA-E. CORECCO, *Sacramento*, p. 19.

sovrapposizione tra diritto e morale; la mancanza di una base teologica e soprattutto ecclesiologica aggiornata; l'astrattezza e il formalismo rispetto alla concreta vita della Chiesa»¹²⁷.

In questo clima di sostanziale rifiuto del diritto da parte del popolo di Dio e davanti al «primeggiare» dell'ecclesiologia (e della teologia in genere), da molte parti si iniziò ad invocare/evocare una —generica— qualificazione teologica del diritto canonico e della Canonistica: affermare che il diritto canonico ha un fondamento teologico, ha basi teologiche, equivaleva ad affermare che diritto e Canonistica sono qualcosa che valgono nella Chiesa; il desiderio —ancora una volta solo apologetico— di superare la crisi del diritto nella Chiesa portava pertanto ad accontentarsi facilmente di discorsi che si mantenevano tuttavia alla superficie delle questioni, evitando i veri problemi¹²⁸.

A questa *chance* ricorsero in molti negli anni della revisione del Codice di diritto canonico, non ultimo il Papa Paolo VI in vari suoi discorsi alla Pontificia Commissione per la revisione del C.I.C., a Congressi canonistici e ad altri organismi giuridici della Curia romana¹²⁹.

Mörsdorf e discepoli, da parte loro, non si accontentarono però di questa semplice «operazione linguistica», per quanto diffusa ed «autorevole»; per loro una tale impostazione non avrebbe portato lontano: non spiegava infatti, al di là del termine, in cosa consistesse la teologicità della Canonistica, non portava a dare un'autentica e convincente fondazione al diritto ecclesiale e non inseriva in maniera seria ed efficace la Canonistica nel quadro delle scienze teologiche¹³⁰; la «Scuola di Mona-

127. Cfr. C. M. REDAELLI, *Il metodo*, pp. 78-79.

128. Cfr. C. M. REDAELLI, *La canonistica*, p. 29.

129. «La actitud "contestataria", que se inició ya entorno al ambiente conciliar y que alcanzó su momento culminante en el quinquenio del 1968-1972, contribuyó fuertemente a la crisis, antes mencionada, de des-afección al derecho canónico. De ahí surgía la necesidad de exponer la fundamentación y justificación teológicas del fenómeno canónico en la Iglesia. De ahí también que el papa Pablo VI, en el Congreso Internacional de septiembre 1973, dirigiera su discurso a los congresistas precisamente sobre la necesidad de formular la teología del derecho canónico: "... essere oggi necessaria una teologia del diritto che assuma tutto quanto la rivelazione divina dice sul mistero della Chiesa ... Il lavoro compiuto dal Concilio postula una teologia del diritto, che non solo approfondisca, ma perfezioni lo sforzo già iniziato dal Concilio" [*Communicationes*, V (1973), pp. 124 e 130-131]». T. JIMÉNEZ URRESTI, *La ciencia del Derecho Canónico o Canonística, ¿es ciencia teológica?*, in: *Revista Española de Derecho Canónico*, 41 (1985), pp. 52-53.

130. Cfr. C. M. REDAELLI, *La canonistica*, p. 31.

co» s'indirizzò così sempre più in profondità sul tema della «fondazione teologica» del diritto canonico ritenendo che solo una sua «necessità ontologica» potesse risolvere la crisi in atto... Non bastò, pertanto, una generica «teologicità del diritto» ma si cercò di articolare una vera e propria «teologia del diritto» che nel frattempo, a Concilio terminato, tralasciò sempre più l'originale riferimento al binomio Parola-Sacramento¹³¹ per utilizzare, immodicamente, una nuova categoria «tipicamente» conciliare: la *communio*.

Fu proprio questo concetto a fornire nuova linfa al pensiero della Scuola bavarese (ormai trapiantata a Lugano) che ne fece la *suprema ratio* della normatività canonica; l'innovativa realtà teologica divenne il nuovo «cuore» pulsante della Scuola soprattutto ad opera di E. Corecco, convinto di possedere ormai la chiave di volta del sistema: finalmente una realtà assolutamente teologica —ed ecclesiologicamente innovativa— su cui fondare incontrovertibilmente la presenza del giuridico nella Chiesa!

Tale linea trovò progressivamente sviluppo anche a Friburgo, Paderborn e Roma, dove si continua a perseguirla.

XI. LA «TEOLOGIA DEL DIRITTO»

Secondo Corecco, che raccoglie e «condensa» le intuizioni di Mörsdorf:

«il problema dell'esistenza del "*ius canonicum*" è un problema essenzialmente teologico: appartiene al contenuto centrale della teologia, perché appartiene al contenuto essenziale della fede. Non può essere risolto al di fuori di questa. Sarebbe di conseguenza scorretto affrontarlo partendo con presupposti metodologici di ispirazione filosofica, sia di tipo giusnaturalistico, come ha fatto la scuola del "*ius publicum ecclesiasticum*" sia di tipo filosofico sociale. Il "*locus theologicus*" del diritto canonico è il mistero dell'Incarnazione che si ripropone nella storia attraverso il mistero della Chiesa. In forza della successione apostolica la Chiesa dà la garanzia che la sua Parola e il suo Sacramento conservano la

131. Tipico di una visione teologica assolutamente Cristocentrica e non ecclesiale com'era stata fino ad allora quella presupposta dalla cattolicità preconiliare da cui Mörsdorf non si è scostato.

stessa pretesa giuridicamente vincolante della Parola e del Sacramento di Cristo. Il diritto è una realtà teologico-soprannaturale, ma come tale è anche una realtà che deve incarnarsi nella storia, assumendo forme giuridiche anche umane»¹³².

«Il merito di detta impostazione sotto il profilo metodologico consiste indubbiamente nel fatto che la prova dell'esistenza del diritto ecclesiale viene offerta operando su un fondamento nettamente teologico, che vuol rompere con ogni precomprensione di tipo filosofico-sociologico di marca giusnaturalista»¹³³.

In questo modo l'imperativo di sfuggire ad ogni costo qualunque traccia di riflessione razionale sull'esistente, tacciandola di (ateo) giusnaturalismo, spalanca di fatto le porte all'inevidenza logica, alla negazione storica e ad un «teologare» disincarnato e dogmatistico sui quali si va a costruire il nuovo edificio della «teologia del diritto», teorizzando al contempo —strumentalmente— un metodo senza radici epistemologiche ...; visto che il «fondamento» viene cercato non per la disciplina scientifica canonistica, il suo metodo, il suo linguaggio, ma per il suo «oggetto» formale: lo stesso diritto canonico, la cui «esistenza» —si dice— dev'essere «dimostrata»!

L'inconsistenza metodologica di questo genere di posizioni non abbisogna di commenti: il diritto è identificato *tout court* con la «relazione interpersonale doverosa»; in essa si pretende individuare l'essenza del rapporto giuridico che da questa stessa tipologia relazionale viene dedotto nelle sue caratteristiche ... in quanto «diritto», ... e prima ancora di diventare «diritto ecclesiale»! Questo presupposto viene poi ricondotto al suo fondamento antropologico-teologico per cui il diritto (ogni diritto) è in realtà *quæstio theologica*:

«una riflessione sulla fondazione del diritto della Chiesa dovrà depositare le sue radici sulla riflessione dogmatica senza cadere nella tentazione di isolarne un aspetto per escluderne altri. In particolare tale riflessione dovrà porre in relazione dinamica il mistero della Chiesa, il mistero dell'uomo, e il mistero di Cristo in quanto Verbo incarnato. Ogni fenomeno giuridico trova la sua radice di senso nel mistero di rivelazione che si esprime attraverso la riflessione su Cristo, sull'uomo, e sulla

132. A. ROUCO VARELA-E. CORECCO, *Sacramento*, pp. 52-53.

133. F. COCOPALMERIO, *Fondare*, p. 398.

Chiesa. E dall'altra parte ogni riflessione teologica che indaghi il mistero di Dio nella direzione sopra descritta dà luogo a considerazioni che investono il piano giuridico ... L'esistenza di diritti e obblighi nella Chiesa, in riferimento ad una prospettiva antropologica ed ecclesiologica che scaturisce nella cristologia, si fonda in ultima analisi proprio in questa sede: nella persona di Gesù, la cui identità singolare nella dimensione dell'unità e in quella della differenza permette l'esistenza del diverso da sé senza mai separarsi dall'altro. Anche i rapporti giuridici nella Chiesa, come fundamentalmente tutto il fenomeno giuridico teologicamente compreso, sono custoditi, protetti e rivelati nell'unità e differenza cristologica»¹³⁴.

Appare interessante in proposito il parere espresso da Marie Zimmermann circa una tale teologia del diritto canonico:

«Questa scienza nuova secondo la propria stessa rivendicazione, si caratterizza precisamente per una disaffezione del diritto in quanto forza sociale in favore di un diritto "opera" di Dio. Come si dispiega questa perversione del diritto? ... Per certi teologi critici delle istituzioni ecclesiali la teologia sola è in grado di apportare rimedio alla crisi del diritto attuale, letta come crisi del diritto canonico. Non è affatto l'ordine giuridico ad essere in crisi ma l'ordine giuridico ecclesiale considerato non come strutturalmente ma come ontologicamente diverso, un ordine giuridico che ha perso in qualche modo il suo luogo d'inserimento in questo mondo, il mondo dell'uomo. Qualche volta come in Corecco, sembra che teologia/rivelazione/fede/diritto divino si confondano. Per di più la volontà di teologizzare può giungere fino al metodo. Il diritto canonico non è dunque più una scienza giuridica fornita d'un metodo giuridico conseguente. Il metodo preconizzato da Corecco e Rouco Varela deve svilupparsi nel rifiuto di "tutte le precomprensioni filosofiche formali del diritto". Liberata da questo rifiuto preliminare e ponendosi nella pura fede svincolata del "sociale umano (biologico)", la teologia del diritto canonico può cogliere la società ecclesiale come "socialità generata unicamente nella grazia e conosciuta solamente nella fede". Un diritto sacralizzato ... che si risolve teoricamente nell'equivalenza diritto divino/salvezza/legislazione e praticamente nell'affermazione del potere del vescovo di cui il diritto non è, alla fine, che l'ornamento della sacralità»¹³⁵.

134. M. VISIOLI, *Quale fondazione*, pp. 57, 61.

135. M. ZIMMERMANN, *Théologie du droit ou perversion du droit?*, in: *Revue de Droit Canonique*, XXXIX (1989), pp. 57-61.

Nello stesso contesto la Zimmermann non rifugge neppure alcune allusioni a riguardo della grande «compatibilità» (ed accoglienza) di questa impostazione col sentire «cattolico romano» —come lo chiama lei¹³⁶— di stampo, evidentemente, più tradizionalista che continua anche oggi a mostrarsi particolarmente condiscendente verso questo genere di dottrine e concezioni teologico-istituzionali¹³⁷.

Se l'esegesi aveva «sterilizzato» la Canonistica facendone poco più che un'appendice al *textus* codiciale, la «scuola laica italiana» sostituendo il metodo dogmatico a quello esegetico ha tentato di individuare un «cuore» palpitante anche per l'Ordinamento canonico..., un cuore tuttavia piuttosto «freddo» poiché estraneo alla linfa vitale evangelica che solo nella Chiesa si può legittimamente trovare; la scuola di Navarra, da parte sua, ha cercato di supplire —per quanto possibile in un campo così tecnico— a questa carenza prospettica ricuperando il «calore» del «Popolo di Dio».

Sull'altro versante, la Canonistica di stampo teologico ha in realtà estremizzato l'anima «teologica» del diritto canonico costruendo un apparato giuridico ecclesiale assolutamente teoretico (non realistico), anche se più «caldo» per chi ragiona a partire dalla fede¹³⁸; di fatto però l'impostazione teologica è profondamente «deduttiva» e perde ogni contatto con la realtà del giuridico fattivamente proposto e vissuto nella Chiesa: spesso, addirittura, la Canonistica di matrice teologica (Corecco *in primis*) non dimostra attinenze col diritto canonico realmente vigente nella Chiesa. Per di più, il modo di procedere di questi autori è spesso perentorio, aprioristico, propenso alla semplice affermazione senza argomentazioni in grado di mostrare la correttezza delle proprie affermazioni¹³⁹; molti paiono essere gli elementi presupposti di carattere assoluta-

136. «En somme dans la théologie du droit canonique de l'aile la plus influente dans la hiérarchie de l'église romaine d'aujourd'hui, le droit comme symbolique sociale autonome et complexe n'existe pas. Le droit n'est pas le droit du corp ecclésial en tant qu'il pourrait symboliser sa conception de lui-même». M. ZIMMERMANN, *Théologie*, p. 61.

137. Non fa mistero il credito attualmente riconosciuto a quest'impostazione dalla Pontificia Università Gregoriana (Prof. G. Ghirlanda) e da una quantità di docenti di diritto canonico (vedi il «Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico»).

138. Di qui la grande accoglienza di questa impostazione negli ambienti ecclesiali più estranei alla scienza giuridica, soprattutto in epoca conciliare ed anche, seppur con attenuazione di toni, nei decenni seguenti fino ad oggi.

139. Cfr. M. ZIMMERMANN, *Théologie*, p. 58.

mente generico e non pertinenti all'ambito giuridico come tale, spostando costantemente le questioni dall'ambito «tecnico» d'origine ad ambiti teoretici e «fondativi» incapaci di reale integrazione col vissuto quotidiano.

XII. PROFILI METODOLOGICI

L'impostazione sostanzialmente metodologica di queste riflessioni suggerisce, giunti a questo punto della trattazione, un rapido scorcio proprio attraverso l'articolazione —lungo il dispiegarsi di un secolo circa— della vicenda metodologica canonistica; è lo stesso E. Corecco che offre ottimi stimoli per questa visione prospettica¹⁴⁰.

Corecco esplicita in più occasioni quello che, a suo vedere, è stato il cammino —fallimentare— di chi lo ha preceduto.

La Scuola «bavarese» —non senza forti influssi barthiani(!)— parte dal netto rifiuto della metodologia teologica medioevale come si era articolata da Tommaso, alla Scolastica, a Suárez ..., sfociando poi nel giusnaturalismo —con ampia accoglienza anche protestante (U. Grozio)— che, procedendo per via solo razionale (naturale), finì per smarrire l'istanza tipicamente «teologica» degradando il metodo teologico a pura filosofia «naturale»: è il presupposto che Corecco individua tanto nello *Jus Publicum Ecclesiasticum* che nei tentativi di rivisitazione «teologica» della Canonistica¹⁴¹; in questa prospettiva anche la neo-

140. In effetti la «questione del metodo» appare come una delle preoccupazioni fondamentali di Corecco che non tralascia mai di parlarne ... rimane comunque da verificare la coerenza con cui si individua il concetto di metodo e lo si sviluppa, tanto in generale che nella proposta specifica.

141. «La teologia cattolica ha veicolato fino ai nostri giorni senza sostanziali cambiamenti la concezione tomistico-suaresiana del diritto. Dal profilo metodologico il IPE si è limitato tuttavia a fare una sintesi eclettica delle opzioni tomista-realista e volontarista del medioevo. La categoria centrale del IPE, così come è stata elaborata dal Tarquini e dal Cavagnis nella seconda metà del secolo XIX e dall'Ottaviani prima del Vaticano II, è quella della *societas perfecta*. Sia perché di evidente estrazione giusnaturalistica, sia perché presuppone, come maggiore del sillogismo con cui conclude all'esistenza del diritto pubblico della Chiesa, l'assioma pure giusnaturalistico *ubi societas, ibi et ius*, il IPE usa in ultima analisi il medesimo concetto formale di diritto elaborato dalla tradizione filosofico-cristiana fino a Suarez. Non è perciò in grado di mediare una nuova comprensione teologica del diritto della Chiesa. Gli stessi limiti metodologici di fondo sono riscontrabili anche nei tentativi di rifondazione teologica della canonistica coeva e posteriore. Sia la categoria biblica e romantica di *regnum* usata da G. Philipps —non senza influsso della nuova ecclesiologia della scuo-

scolastica non avrebbe potuto essere accolta, in ragione della stessa metodologia troppo «filo-naturalistica».

Allo stesso tempo i discepoli di Mörsdorf rifiutano come inadeguato anche il tentativo —opposto— operato sulla scia della Scuola di Tubinga.

La *Via Incarnationis* di Salaverri¹⁴², Stickler¹⁴³ ed Heimerl¹⁴⁴, pur suggestiva e ben più «teologica» dello *Jus Publicum Ecclesiasticum*, è ritenuta insufficiente poiché continua ad accogliere e ritenere congrui i «presupposti» sociologici e storicisti della moderna concezione scientifica¹⁴⁵; l'incarnazione del Figlio di Dio è la radice ultima del carattere sociale, visibile e giuridico della Chiesa poiché Cristo, incarnandosi, ha coinvolto la natura umana con tutte le sue dimensioni, compreso quella socio-comunitaria, che raggiunge la sua pienezza di espressione nella Chiesa; in questo modo, però, il nesso tra la struttura socio-sacramentale della Chiesa e il diritto canonico rimane totalmente immanente alla gnoseologia teologica¹⁴⁶, che i «bavaresi» contestano nelle proprie basi.

Secondo Corecco, anche se l'Incarnazione postula la visibilità sociale della Chiesa,

la di Tubinga—, sia quella di “ordinamento giuridico primario” presa a prestito dalla pandettistica moderna nella scuola canonistica laica italiana, sia l'analisi della struttura della società presa da W. Bertrams dalla filosofia sociale del Gundlach: non si staccano ultimamente dal metodo del IPE, anche se ne tentano un superamento». E. CORECCO, *Diritto*, pp. 140-141.

142. Cfr. J. SALAVERRI DE LA TORRE, *El derecho en el misterio de la Iglesia*, in: *Investigación y elaboración del derecho canónico. Trabajos de la V Semana de Derecho Canónico*, Barcelona 1956, pp. 1-54.

143. Cfr. A. M. STICKLER, *Das Mysterium der Kirche im Kirchenrecht*, in: *Mysterium Kirche*, Salzburg II, 1962.

144. Cfr. H. HEIMERL, *Aspecto cristológico del derecho canónico*, in: *Ius Canonicum*, VI (1966), pp. 5-61.

145. «Pur tenendo conto delle diverse sfumature personali possono essere catalogati come tentativi di dare una giustificazione cristologica al diritto canonico, vale a dire come tentativi di identificare nel mistero dell'Incarnazione del Figlio di Dio la ragione teologica ultima della dimensione sociale della Chiesa, e perciò anche della sua dimensione giuridica...». A. ROUCO VARELA-E. CORECCO, *Sacramento*, p. 41. Di fatto, però, in questi autori «appare indubbio che la normatività giuridica viene ultimamente postulata dalla convivenza umana preesistente alla sua assunzione nel mistero dell'incarnazione, per cui la filigrana del pensiero giusnaturalista resta presente in profondità». F. COCCOPALMERIO, *Fondare*, p. 397.

146. Cfr. E. CORECCO, *Diritto*, p. 144.

«la visibilità sociale non postula necessariamente la giuridicità. Essa esige a rigore solo forme di espressione umano-sociali che potrebbero avere come ha sostenuto Shom, carattere puramente carismatico»¹⁴⁷.

Si smaschera così un certo fascino esercitato sulla Scuola bavarese dal presupposto spiritualista-carismatico di R. Shom: all'eventualità che la Chiesa potesse non istituzionalizzarsi¹⁴⁸ —com'è invece irreversibilmente avvenuto— non si sanno opporre sufficienti motivazioni contrarie e plausibili, né un metodo di ricerca adeguato ai fatti¹⁴⁹..., si preferisce allora cambiare il «livello» dell'argomentare cercando di rendere il diritto canonico «connaturale» ad una particolare «idea» di Chiesa, trasformandolo in «questione teologica».

La posizione così delineata si presenta come «tradizionalista» per il suo rifiuto, anche formale, di affrontare la complessità del reale come delineatosi nella modernità; si cade di fatto nella stessa deriva kantiana contestata alle altre dottrine canonistiche (anche se in direzione opposta): rifiuto dell'approccio «fenomenico» ed enfaticizzazione di quello «noumenico»! La metafisica quale necessario «medium» tra i due presunti «ambiti» del reale (fenomenico e noumenico) viene rifiutata e si mantiene una rigida separazione della realtà e della sua conoscenza, cadendo inevitabilmente in un atteggiamento semplicisticamente «fideista», che spesso nella storia ha caratterizzato proprio le posizioni tradizionaliste.

In questo modo il netto rifiuto della ragione in ogni sua forma metodologica sposta l'ambito di collocazione della riflessione(?) dall'ordine «naturale» a quello del «mistero»..., dalla ragione alla fede, dal «fenomeno» al «noumeno»; si rifiutano e la Scienza e la Filosofia per legittimare soltanto la Teologia..., in realtà «una» teologia, autoreferenziale e deduttiva.

Gli spiriti più attenti alle questioni epistemologiche potrebbero tuttavia ricordare che la Costituzione dogmatica «*Dei Filius*»¹⁵⁰ del Con-

147. A. ROUCO VARELA-E. CORECCO, *Sacramento*, p. 42.

148. Un grande apporto sul tema è venuto invece dal delicato e meticoloso studio del Padre J. A. Estrada Díaz sul processo «naturale» di istituzionalizzazione del carisma. Cfr. J. A. ESTRADA DÍAZ, *La Iglesia: ¿institución o carisma?*, Salamanca 1984.

149. Cfr. P. GHERRI, *Canonistica, «scienza sociale»?* in: *Il Diritto Ecclesiastico*, CXI (2000), pp. 1093-1103.

150. Cfr. CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM I, *Constitutio dogmatica de fide catholica, Dei Filius*, in: AA.VV., *Conciliorum Œcumenicorum Decreta*, ed. bilingue, Bologna 1991, pp. 804-811.

cilio Vaticano I (24 aprile 1870) aveva distinto con chiarezza due ordini di conoscenza: natura e mistero, assegnando a ciascuno dei due propria legittimità e proprie metodologie (Scienza, Filosofia, Teologia), affidando alla metafisica il delicato compito di «giunzione» tra i due «ordini» della conoscenza umana. Sulla stessa linea si è poi mossa, recentemente, anche l'Enciclica *Fides et ratio*¹⁵¹ specificando ulteriormente la qualità dei rapporti indispensabili tra Filosofia e Teologia e sottomettendo i «risultati» della riflessione teologica al vaglio di «ragionevolezza» della filosofia metafisica¹⁵².

Ecco perché, davanti ad una posizione dottrinale che rifiuta ogni confronto con l'effettività storica, col mutare dei presupposti e paradigmi «filosofici» (e scientifici) del contesto di appartenenza, tanto apprezzati in spirito di continuità con la «dottrina classica» (proposta dalla neo-scolastica), quanto cercando una via nuova di «integrazione» delle categorie concettuali e strumentali (proposta dalla Scuola cattolica di Tubinga), si può (e si deve) parlare di «tradizionalismo» nel senso statico ed immobilistico del termine, al di là degli occasionali «rivestimenti» che se ne possano operare... Di fatto, né il binomio Parola-Sacramento di K. Mörsdorf, né la *communio* di E. Corecco rappresentano un vero «passo avanti» nel modo di intendere la scienza del diritto canonico, ... semplicemente si è riproposta la «vecchia impostazione» sotto prospettive diverse, certamente innovative per quanto concerne il «linguaggio», ma assolutamente immobilistiche quanto a premesse, prospettive, metodo e contenuti:

«l'insegnamento del Concilio, perfettamente valido a livello di contenuto, non rende tuttavia plausibile in sede di argomentazione teorica l'esistenza del diritto canonico. Se è vero intatti che il mistero dell'Incarnazione postula la socialità e la visibilità della Chiesa, non è altrettanto scontato che la visibilità postuli la giuridicità. Sohm aveva, infatti, potuto affermare che la Chiesa ha carattere solo carismatico. Ne

151. Cfr. IOANNES PAULUS PP. II, *Littera, Fides et ratio*, in; AAS, XCI (1999), pp. 5-88.

152. «La teologia ha sempre avuto e continua ad avere bisogno dell'apporto filosofico. Essendo opera della ragione critica alla luce della fede, il lavoro teologico presuppone ed esige in tutto il suo indagare una ragione concettualmente e argomentativamente educata e formata. La teologia, inoltre, ha bisogno della filosofia come interlocutrice per verificare l'intelligibilità e la verità universale dei suoi asserti». IOANNES PAULUS PP. II, *Littera, Fides et ratio*, n. 77. Per le specifiche di questo aspetto vedasi: P. GHERRI, *Canonistica e questione gnoseologica*, in: *Jus Canonicum*, XLII (2002), pp. 195-218.

consegue che in questi tentativi la normatività giuridica viene ancora postulata a partire dalla struttura sociale della convivenza umana in quanto tale, preesistente alla sua assunzione nel mistero dell'Incarnazione. Per cui riemerge in profondità il pensiero giusnaturalistico del *Ius Publicum Ecclesiasticum*»¹⁵³.

A queste affermazioni, ormai «datate», ne fanno tuttavia seguito altre, di recente «concezione», maturate all'interno della stessa linea di pensiero:

«arginare la giustificazione epistemologica del giuridico ecclesiale entro i confini rigorosi dell'ecclesiologia post-conciliare significa limitare ulteriormente la riflessione in atto, almeno nella misura in cui la riflessione sulla Chiesa non comprende in modo adeguato una comprensione dell'uomo e dell'«evento cristiano» alla luce della rivelazione»¹⁵⁴.

XIII. VERIFICHE E CONCLUSIONI

Giunti a questo punto è possibile «verificare» la correttezza dell'ipotesi iniziale: la «teologia del diritto (canonico)» potrebbe essere stata una risposta teoretico-strumentale alla profonda crisi «codificatorio-esegetica» che prese corpo intorno al C.I.C. pio-benedettino?

I fatti elencati e, più ancora, le loro correlazioni ed implicanze ormai quasi secolari inducono senza dubbio ad accogliere un tale punto di vista: le *chances* che il diritto canonico si era strutturalmente precluse attraverso la codificazione avrebbero potuto esser ricuperate, secondo gli autori di questa corrente dottrinale, proprio attraverso una «presa diretta» con la teologia... trascendendo il diritto stesso, la sua natura e la sua funzione.

Appare efficace anche la controprova offerta dalla «Scuola laica italiana», sostanzialmente accolta e sviluppata da alcuni canonisti dalla «Università di Navarra» e dalla «Pont. Univ. della S. Croce» che, contrastando sin dall'inizio l'approccio esegetico ed optando per quello dogmatico, hanno saputo fare a meno proprio di quella «teologia del diritto».

153. E. CORECCO, *Diritto*, p. 145.

154. M. VISIOLI, *Quale fondazione*, p. 61.

to» in cui K. Mörsdorf e discepoli si sono arroccati in una sostanziale «extraterritorialità» rispetto all'ambito originario e specifico del diritto canonico..., contravvenendo ad un sano principio metodologico ultramillenario: *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*.

La possibile correttezza del risultato raggiunto in questo studio traspare ancora sotto il profilo «recettivo» dall'atteggiamento tenuto negli ultimi decenni, ed in particolare durante i lavori di revisione del C.I.C., dagli Organismi ecclesiali preposti all'ambito giuridico e dagli stessi romani Pontefici: la sostanziale equidistanza del Magistero e della prassi di Curia da entrambe le posizioni teoretiche, «utilizzate» contemporaneamente con una certa disinvoltura a seconda dei casi e delle circostanze..., coniugando l'utilizzo —discorsivo— della formula «teologia del diritto» con l'applicazione concreta della metodologia giuridica più rigorosa sotto il profilo operativo¹⁵⁵ e la recezione strutturale di molte delle sue istanze «tecniche»¹⁵⁶.

La questione circa la «teologia del diritto», pertanto, si manifesta non come «fondativa» ma «semplicemente» metodologica: un approccio veramente scientifico alla problematica contenutistica del diritto canonico avrebbe dimostrato in breve tempo l'inutilità di stravolgerne le coordinate individuanti dando, inoltre, alla Canonistica una continuità col proprio passato sicuramente più proficua di una —pretesa— nuova genesi epistemica.

Che fare, dunque, della «teologia del diritto (canonico)»?

La formula è ormai penetrata a tal punto nel lessico e nelle «categorie» concettuali di tanti autori che ben difficilmente se ne potrà prescindere a breve... meglio, allora, «circostanziarla» definendone natura, portata, fondamento ed utilizzo concreto.

L'attuale collocazione della «teologia del diritto» all'interno degli schemi in uso presso a maggioranza degli autori la vede come un «livello superiore» all'interno di una Canonistica intesa non come «scienza» *stricte dicta*, ma semplicemente come «ambito disciplinare» complesso

155. Non può tuttavia essere qui ignorato come i presupposti soggiacenti al progetto della *Lex Ecclesiae Fundamental*is, di rango costituzionale, fossero più prossimi all'approccio dogmatico di Pedro Lombardía che a quello teologico di K. Mörsdorf ed E. Corecco.

156. Vedasi la L.E.F., il Popolo di Dio, i diritti fondamentali dei Fedeli ...

articolato su tre livelli: scienza giuridica (esegesi), filosofia del diritto, «teologia del diritto». In questa prospettiva la «teologia del diritto» non appare tanto come elemento —generico— fondativo e sintetico di tutta la giuridicità della Chiesa ma, piuttosto, come disciplina autonoma chiamata a «presiedere» l'intero ambito giuridico ecclesiale che in essa trova fondamento, consistenza ed identità, in modo dedutivo.

L'analisi sin qui condotta ha però palesato come la «teologia del diritto» sia in realtà una specifica prospettiva «ideologica/metodologica» sorta in precise condizioni storico-ecclesiali..., non molto diversamente dalla «ideologia/metodologia esegetica», cui ha di fatto reagito in quanto a presupposti; è pertanto fuor di dubbio la non correttezza della soluzione oggi maggioritaria: un «metodo» (al di là della sua utilità o efficacia) non può costituire una «disciplina» autonoma, tanto meno sovraordinata!

Sotto il profilo specificamente «metodologico» occorre inoltre fare alcune considerazioni e puntualizzazioni, tanto più pregnanti se la metodologia di cui si tratta dev'essere caratterizzata come «teologica»¹⁵⁷.

In questa luce appare decisivo l'apporto di B.J.F. Lonergan nel suo «Il metodo in teologia»¹⁵⁸ che già dagli anni '70 è autorevole punto di riferimento per centinaia di autori all'interno dell'immenso campo delle discipline c.d. «sacre».

Secondo Lonergan, innanzitutto, il «metodo» (qualsiasi metodo)

«é uno schema normativo di operazioni ricorrenti e connesse tra di loro che danno risultati cumulativi e progressivi. C'è dunque metodo là dove ci sono operazioni distinte, dove ciascuna operazione è in relazione con le altre, dove l'insieme delle relazioni forma uno schema, dove lo schema è descritto come il modo adatto per fare una determinata cosa, dove le operazioni che si svolgono in conformità allo schema possono ripetersi indefinitamente e dove i frutti di tale ripetizione sono non qualcosa che semplicemente si ripete, bensì qualcosa di cumulativo e progressivo»¹⁵⁹.

157. Ammessa, e non concessa, la dottrina di Corecco che vuole la Canonistica come scienza teologica, con oggetto teologico e metodo teologico.

158. B. J. F. LONERGAN, *Method in Theology*, London 1972. Traduzione italiana: [N. SPACCAPELO-S. MURATORE (cur.)] B. J. F. LONERGAN, *Il metodo in teologia*, Roma 2001.

159. B. J. F. LONERGAN, *Il metodo*, p. 34.

L'irrilevanza di questi elementi individuanti il concetto stesso di «metodo» risulta evidente all'interno della Scuola di Monaco¹⁶⁰.

Lonergan procede poi, al di là delle «forme», ad individuare i «contenuti» basilari del metodo indicandone la necessaria «corrispondenza» alle strutture stesse del conoscere umano¹⁶¹, convinto che i «modi» della ricerca e della conoscenza non possano differire da quelli dell'intelligenza stessa attraverso cui l'uomo giunge a conoscere: è il «metodo empirico generalizzato»¹⁶². Anche sotto questo profilo appare l'incongruità di una ricerca (deduttiva) volta a «fondare» ciò di cui già si «dichiara» la natura, la funzione e la «collocazione» gnoseologica.

Parrebbe pertanto equilibrato, giunti a questo punto, considerare la «teologia del diritto» semplicemente come una «categoria teoretica strumentale, ad alta integrazione di significati» adatta a sottintendere, per evocazione, l'elemento contenutistico di diretta derivazione biblico/teologica quando la dottrina giuridica abbia necessità di operare rimandi generali —e generici— all'ambito metagiuridico su cui la Canonistica (in quanto scienza giuridica, con oggetto, linguaggio e metodo giuridico, ma «contenuto» teologico) non possiede una propria legittima competenza.

Complementarmente, si potrebbe accogliere la «prospettiva» del Prof. F. D'Agostino che vede risaltare nella teologia l'ineliminabile elemento «profetico» necessario perché il diritto stesso non scada in

«una sorta di resa alla ragione calcolante, nella formalizzazione e quindi nella deformazione sistematica dei concetti giuridici fondamentali. Da esperienza, il diritto si riduce a sistema; la responsabilità ad imputazione, l'autorità a potere, l'amministrazione della giustizia ad esecuzione di una procedura, il matrimonio a contratto, la persona a mero soggetto di diritto»¹⁶³.

Un approccio «teologico» di questo tipo permetterebbe al diritto —anche canonico— di mantenere e tutelare il proprio tipico *humanum*,

160. Si veda quanto già riportato più sopra del pensiero di F. Coccopalmerio.

161. Cfr. B. J. F. LONERGAN, *Insight. A Study of Human Understanding*, London 1958.

162. B. J. F. LONERGAN, *Il metodo*, p. 12.

163. F. D'AGOSTINO, *La teologia del diritto alla prova del fondamentalismo*, in: F. D'AGOSTINO (cur.), *Ius divinum. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica*, Torino 1998, p. 119.

profondamente tale perché «*divinum*» nella sua origine più vera, offrendo inoltre uno specifico apporto ermeneutico in grado di stimolare ed indirizzare un approccio finalmente «integrato» ed interdisciplinare all'unica realtà di cui l'uomo —ed il cristiano— fa quotidianamente esperienza nel suo «essere con» l'altro... fratello o no nella stessa fede¹⁶⁴.

Senza pretendere che si tratti di una conclusione proporzionata alla portata della domanda iniziale, alla quantità e qualità di dati sin qui adottati, e ai molti altri disponibili, è forse possibile indicare qualche ulteriore pista di riflessione ed approfondimento sempre in chiave metodologica.

—Se, come pare sin qui ben illustrato e giustificato, la reazione in chiave teologica alla «riduzione» introdotta nella Canonistica dal C.I.C. 17 si rivolge in realtà non allo strumento codiciale in sé ma alla metodologia «correlativa» di approccio (l'esegesi), potrebbe apparir plausibile il superamento di questa «necessità» tipicamente contenutistica semplicemente ridimensionando a dovere l'approccio esegetico ai Codici¹⁶⁵.

—Se, ancora, il Codice non venisse più recepito come l'unica espressione del diritto della Chiesa (universale in quanto ad estensione, ma non per questo esauriente di tutta la sua giuridicità) ma lo si accostasse per la sua «natura» tecnica di «Legge universale ordinaria», il suo apporto alla «definizione» del giuridico ecclesiale, per quanto irrinunciabile, si ridurrebbe considerevolmente, facendo così decadere la portata esiziale dell'istanza contenutistica che si è celata sotto le vesti della «teologia del diritto».

Una buona visione «dogmatica» dell'Ordinamento canonico nella sua organicità e reale portata funzional-strutturale potrebbe invece offrire l'orizzonte più articolato e completo dell'intero sistema giuridico ecclesiale palesandone la natura di «fenomeno», sviluppando altresì la ca-

164. «Si tratta di riconoscere che la curvatura che la teologia può offrire ad altri saperi non solo ne aumenta la significatività, ma fornisce loro un'integrazione di senso, che autopoieticamente essi non potrebbero mai elaborare. Prendendo in prestito un'espressione di Luhmann (peraltro da lui usata con riferimento alla religione) potremmo dire che il compito della teologia è quello di rappresentare l'appresentato, dilatando così non solo i paradigmi specifici di ogni forma del sapere, ma la nostra stessa possibilità di elaborarli». F. D'AGOSTINO, *La teologia*, p. 116.

165. Ciò richiederebbe però la capacità di sviluppare ed applicare un altro «metodo» canonistico ... evidente carenza, ancor oggi, degli epigoni della Scuola bavarese.

pacità di riconoscere alle singole discipline dell'ambito giuridico il proprio «posto» e la propria dignità senza erigersi inutilmente le une sulle altre, considerandole semplici *ancillæ* della propria condizione di privilegio teoretico.

La Canonistica, in quanto scienza giuridica, con oggetto, linguaggio e metodo giuridico, ma «contenuto» teologico, potrebbe così risultare una «scienza autonoma», in rapporto e dialogo con tutte le altre discipline storiche, sociali, antropologiche, filosofiche e, soprattutto, teologiche..., senza dover sottostare ad altri vincoli che quelli epistemologicamente appropriati, come —d'altra parte— ogni disciplina che voglia dirsi «scientifica»..., teologia compresa.