

GIORGIO FELICIANI
LA CONSUETUDINE
NELLA CODIFICAZIONE DEL 1917

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Gli orientamenti dell'episcopato. 3. Le tesi dei consultori. 4. Le opzioni della Commissione. 5. Una singolare continuità. 6. Consuetudine e codificazione. 7. Un esito paradossale.

1. PREMESSA

IN questi ultimi quindici anni gli studi canonistici sulla consuetudine hanno conosciuto un singolare sviluppo.¹ Tra i tanti studi mi limito a ricordare le monografie di Comotti, di Pellegrino e più recentemente di Bonnet,² nonché i corposi saggi di De Luca, Gherro, Otaduy, del decano di questa Facoltà,³ e, da ultimo, di un giovane e valoroso collega purtroppo improvvisamente e prematuramente scomparso, Edoardo Dieni.⁴

Ci sarebbe dunque da chiedersi se, dopo tutti questi recenti e importanti contributi, vi sia ancora qualcosa di nuovo e originale da dire sul tema. Ed è quindi opportuno precisare immediatamente che il presente intervento non intende riesaminare tutta la vasta e complessa problematica oggetto di tali ricerche. E nemmeno si propone di valutare criticamente la disciplina dello *ius consuetudinarium* sancita dal Codice piobenedettino, ripercorrendo tutte le tappe della sua formulazione ad opera della Commissione codifi-

¹ Nonostante che anche in precedenza questa fonte fosse "uno dei temi più approfonditamente studiati, tanto sotto il profilo dogmatico quanto sotto quello storico", come osserva E. BAURA, *La consuetudine*, in *Fondazione del diritto. Tipologia e interpretazione della norma canonica*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano, Glossa, 2001, p. 82.

² G. COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Padova, Cedam, 1993; P. PELLEGRINO, *L'animus communitatis e l'adprobatio legislatoris nell'attuale dottrina canonistica della consuetudine antinomica*, Milano, Giuffrè, 1995; P. A. BONNET, *Annotazioni sulla consuetudine canonica*, Torino, Giappichelli, 2003.

³ S. GHERRO, *L'animus inducendi iuris della consuetudine canonica*, e L. DE LUCA, *Consuetudine e legge nell'ordinamento canonico*, in *La consuetudine tra diritto vivente e diritto positivo*, a cura di M. Tedeschi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998, rispettivamente pp. 93-106 e pp. 149-154; J. OTADUY, *La comunidad como fuente de derecho (presupuestos eclesiológicos y doctrinales de la costumbre)*, in «*Ius Ecclesiae*», 10 (1998), pp. 37-87; BAURA, *La consuetudine*, cit., pp. 81-104.

⁴ E. DIENI, *La coutume dans le droit canonique de la post-modernité. Quelques idées sommaires*, in «*Revue de droit canonique*», 53 (2003), pp. 241-265.

catrice, a cui altri hanno già posto una prima attenzione.⁵ Vuole più semplicemente ricostruire il dibattito che si svolse durante i lavori promossi da Pio X tra quanti proponevano una valorizzazione di questa fonte, e coloro che, invece, ritenevano necessario abolirla *tout court* o, quanto meno, ridurne drasticamente la rilevanza. Alla luce delle argomentazioni allora addotte da una parte e dell'altra, ci si chiederà poi quale effettivo spazio possa avere la consuetudine in un ordinamento codificato, per formulare infine alcune considerazioni circa l'attuale produzione e vigenza di consuetudini nel diritto della Chiesa.

Un'ulteriore avvertenza. Dagli studi condotti in preparazione di questo intervento sono emerse alcuni itinerari per ulteriori ricerche che, allo stato, non è stato ancora possibile sviluppare in modo organico e approfondito. Non è quindi escluso che, almeno per alcuni profili, la trattazione possa risultare incompleta o sommaria. D'altro canto è parso che in un incontro qualificato come seminario di professori fosse lecito sottoporre all'attenzione dei colleghi, quale oggetto di dialogo e discussione, anche i primi esiti di una indagine ancora in pieno svolgimento.

In ogni caso è opportuno ricordare che i documenti citati sono conservati presso l'Archivio Segreto Vaticano nel fondo Codex Iuris Canonici.⁶ La loro consultazione è peraltro avvenuta nella microfilmoteca del gruppo di ricerca "La codificazione del diritto canonico" presso Il Centro studi sugli enti ecclesiastici (CESEN) dell'Università Cattolica del Sacro Cuore.

2. GLI ORIENTAMENTI DELL'EPISCOPATO

Nel lungo processo che porta alla promulgazione del Codice pio-benedettino l'episcopato mondiale è chiamato a collaborare fattivamente all'impresa per ben due volte. La prima quando, nel 1904, i singoli metropolitani sono richiesti di riferire, dopo aver udito i suffraganei, "an et quaedam in viginti iure canonico, sua eorumque sententia, immutatione vel emendatione aliqua prae ceteris indigeant".⁷ La seconda quando, nel 1912 e nel 1914, vengono sottoposti agli episcopati provinciali gli schemi predisposti dalla commissione codificatrice, al fine di riceverne *animadversiones*.⁸ Le risposte alla consultazione iniziale sono state accuratamente raccolte dal consultore Klumper

⁵ M. SANS GONZÁLEZ, *La costumbre en la etapa preparatoria del CIC de 1917*, estr. da "Studia Gratiana", vol. XXIX, pp. 761-777; IDEM, *La costumbre en la elaboración del Código de derecho canónico de 1917*, in *La consuetudine*, cit., pp. 107-138. ⁶ D'ora innanzi ASV, CIC.

⁷ Così la circolare della Segreteria di Stato "Pergratum mihi", 25 marzo 1904, in "Acta Sanctae Sedis", 36 (1903-1904), pp. 603-604.

⁸ Per più ampie notizie vedi J. LLOBELL, E. DE LÉON, J. NAVARRETE, *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 81-82.

in due sillogi a stampa.⁹ Anche le *animadversiones* sono state riunite in un *Riassunto* che, peraltro, non essendo del tutto esauriente ed affidabile, non può in alcun modo dispensare dalla consultazione dei testi originali delle risposte pervenute.¹⁰

Negli ormai numerosi studi dedicati al processo di codificazione voluto da Pio X, *postulata* e *animadversiones* vengono di norma esaminati separatamente, in quanto gli autori si propongono di ricostruire cronologicamente e criticamente l'iter di formazione dei canoni relativi a un determinato istituto. Qui, invece, verranno presi in considerazione congiuntamente poiché si intende perseguire un obiettivo diverso. Si vuole cioè accertare quale attenzione i vescovi riservassero alla consuetudine e quale fosse il loro atteggiamento al riguardo. Da questi dati si spera anche di trarre qualche indicazione circa l'effettiva esistenza e vigenza del fenomeno consuetudinario nelle rispettive comunità ecclesiali.

In questa prospettiva va innanzitutto rilevato come il numero dei vescovi che si rivelano interessati alla questione sia tutt'altro che trascurabile. Si tratta infatti degli interi episcopati del Belgio, della Baviera, della Boemia, del Cile, della Croazia, dell'Ecuador, dell'Irlanda, della Spagna, dell'Ucraina, e di varie province ecclesiastiche sparse in Italia, Francia, Canada, Stati Uniti.¹¹

Dal complesso delle loro risposte – più o meno ampie, dettagliate e motivate – emergono posizioni relativamente omogenee che si possono così riassumere. Mentre nessuno propone di negare ogni rilevanza al fenomeno consuetudinario, da più parti si manifesta una decisa opposizione al progetto della Commissione codificatrice – poi attuato dal Codice – di prolungare a quarant'anni, dai dieci o venti fino ad allora previsti, il tempo “ad praescribendam consuetudinem”.¹² Una contrarietà talvolta precisamente motivata con argomentazioni meritevoli di attenzione. Particolarmente significative quelle addotte dai vescovi della provincia di Tolosa che si appellano direttamente alle esigenze della *salus animarum*. Osservano, infatti, che la rilevanza della *consuetudo contra legem* è riconosciuta dal diritto della Chiesa, “ut peccata non multiplicentur”, qualora, per un spazio di tempo determinato, una determinata norma non venga osservata dalla maggior parte dei sudditi. Ne

⁹ ASV, CIC, scatola 4, *Postulata Episcoporum in ordinem digesta a Rmo P. Bernardino Klumper o.f.m. consultore*, Romae, Typis Vaticanis, 1905; scatola 6, *Appendix ad postulata Episcoporum, Votum R.P. Bernardini Klumper*, Romae, Typis Vaticanis, 1908.

¹⁰ Vedi G. FELICIANI, *Mario Falco e la codificazione del diritto canonico*, in M. FALCO, *Introduzione allo studio del “Codex Iuris Canonici”*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 30.

¹¹ Vedi *Postulata*, cit., pp. 11-12 e pp. 18-19; *Appendix*, cit., p. 5.

¹² Vedi ASV, CIC, scatola 83, *animadversiones* dell'episcopato belga, dei vescovi delle province di Tolosa, Vercelli, Saint John (Canada), dell'arcivescovo di Olomouc; scatola 85 *animadversiones* dell'episcopato bavarese e dei vescovi della provincia di Saint Louis (USA).

segue che, a loro avviso, aumentare in misura così notevole il numero degli anni necessario sarebbe “peccata multiplicare” e per di più in modo inutile e ingiustificato poiché è del tutto irrealistico pensare che una legge trascurata per dieci o vent’anni possa tornare ad essere osservata. E, d’altra parte, dato che “hodie facillime notitiae pervolent”, il tempo finora previsto è ampiamente sufficiente per consentire al superiore di prendere conoscenza degli usi praticati dai sudditi e, all’occorrenza, intervenire con la sua riprovazione.¹³

Da parte sua l’arcivescovo di Olomouc, pronunciandosi nello stesso senso, attribuisce al fenomeno consuetudinario una funzione essenziale e insostituibile nella evoluzione del quadro normativo. Chiede, infatti, se il quarantennio ora proposto per il vigore della consuetudine possa davvero considerarsi “accomodatum” alle esigenze dei tempi “quum leges heri latae hodie iam in praxi ob rerum conditionem nimis fluxam et mutabilem vix possint observari”.

Di natura diversa la preoccupazione dei vescovi bavaresi. A loro avviso pretendere quarant’anni di vigenza anche per le consuetudini *praeter legem*, comporterebbe “incertitudo iuridica in usibus permultis” e persino complicazioni nelle relazioni con i poteri civili, che, riconoscendo la validità delle consuetudini decennali, ne esigono l’osservanza nei controlli sulla amministrazione dei beni ecclesiastici.

Non manca poi chi si dichiara incondizionatamente favorevole a una valorizzazione degli usi come i vescovi della provincia di Besançon che così si esprimono: “ius consuetudinarium omnino retineatur et foveatur”.¹⁴

Peraltro, anche dalle risposte pienamente favorevoli al mantenimento del valore della consuetudine, emergono problemi e preoccupazioni. Così, ad esempio, numerosi prelati francesi chiedono che la consuetudine non venga ammessa in determinate materie, e che, in ogni caso, “caute ei concedatur vis iuridica et invigiletur, ne nimis extendatur”.¹⁵ Analogamente i vescovi boemi chiedono: “ius consuetudinarium praeter legem limitetur”,¹⁶ e quelli siciliani vorrebbero escludere le consuetudini particolari future contrarie alle leggi universali, salvo che “accedat supremae auctoritatis dispensatio”.¹⁷ Chiaramente di diverso avviso i vescovi ecuadoriani che ammetterebbero persino le consuetudini contrarie alle leggi che le proibiscono espressamente.¹⁸

Unanime è comunque la richiesta nei *Postulata* che si occupano della materia, di una puntuale regolamentazione del fenomeno mediante una precisa

¹³ Nello stesso senso, ma più sinteticamente, i vescovi della provincia di Saint Louis, cit.

¹⁴ *Postulata*, cit., p. 19.

¹⁵ *Postulata*, cit., p. 19.

¹⁶ *Appendix*, cit., p. 5.

¹⁷ *Appendix*, cit., p. 5.

¹⁸ *Postulata*, cit., p. 19.

e tassativa definizione delle condizioni richieste perché un determinato uso possa acquisire forza di legge, nonché del tempo necessario a tale scopo.¹⁹

E va rilevato come nelle *animadversiones* non tutti i vescovi si rivelino soddisfatti dell'opera compiuta dalla Commissione codificatrice in tal senso. In particolare l'arcivescovo di Sorrento chiede una vera e propria definizione della consuetudine "ut intelligatur quid sit de quo disputatur" per evitare il pericolo di confondere una fonte di diritto con usi privi di ogni rilevanza giuridica.²⁰ E, secondo i vescovi della provincia di New Orleans e l'arcivescovo di Toledo e suoi suffraganei, sarebbe forse opportuno esplicitare le condizioni richieste perché una consuetudine possa considerarsi "rationabilis".²¹ Inoltre, a giudizio dei vescovi ucraini e dell'abate generale dell'ordine circostense, sarebbe bene precisare "qualis consensus requiratur et sufficiat" da parte del superiore, per non dare origine a una molteplicità di controversie.²²

Dal complesso di tutti questi *desiderata* risulta evidente che all'inizio del secolo ventesimo la consuetudine è considerata una fonte di diritto tutt'altro che inaridita o marginale. In particolare essa, a giudizio dell'episcopato, da un lato svolge una importante funzione nell'adeguamento della legislazione alle esigenze dei tempi e dei diversi luoghi. Ma, dall'altro, può generare anche seri inconvenienti e, di conseguenza, richiede di essere precisamente disciplinata, ma in modo tale da non mortificarne eccessivamente l'efficacia.

3. LE TESI DEI CONSULTORI

Ben diverso l'orientamento assunto da vari autorevoli consultori che, fin dal primo inizio del processo di codificazione, manifestano perplessità, riserve e vera propria contrarietà. Tra questi merita particolare attenzione il Wernz sia per il rilievo della sua personalità scientifica, sia per l'impegno posto a motivare ed argomentare le proprie tesi.

L'autore dello *Jus decretalium* ha occasione di intervenire diffusamente sulla complessa questione in diverse occasioni. Una prima volta nella discussione preliminare circa l'ordine in cui disporre le materie nel futuro codice.²³ E poi

¹⁹ Vedi *Postulata*, cit., pp. 18-19 e *Appendix*, cit., p. 5.

²⁰ ASV, CIC, scatola 83, *animadversiones* del vescovo di Sorrento.

²¹ ASV, CIC, scatola 83, *animadversiones* dei vescovi delle province di New Orleans e di Toledo.

²² ASV, CIC, scatola 83, *animadversiones* dei vescovi della provincia di Leopoli dei Latini e dell'arcivescovo di Leopoli degli Armeni; *observationes* dell'abate generale dell'ordine cistercense.

²³ ASV, CIC, scatola 1, busta VIII, n. 29, *Animadversiones in schema titulorum novi corporis iuris canonici*, ms di Franciscus Xav. Wernz S.J. consultore, in *aedibus Univers. Gregor.* 26 aprile 1904; vedi anche scatola 2, busta VII, n. 65, *Consulta parziale* (8 maggio 1904), verbale redatto da E. Pacelli assistente.

nel *votum*,²⁴ che insieme a quello formulato dal Palmieri,²⁵ costituirà la base dei lavori delle consulte impegnate nella formulazione della disciplina della materia, a cui, ovviamente, non mancherà di partecipare e intervenire.

Inizialmente il Wernz assume una posizione decisamente prudente e alquanto problematica. Ritiene, infatti, che “*titulus de consuetudine saltem nunc nondum videtur tollendum*” poiché questa eventuale innovazione “*quoad vim et ambitum est solide esaminanda*”. Non può, però, evitare di manifestare la sua scarsa considerazione per questa fonte, criticando la collocazione del relativo titolo codiciale tra quello relativo alle leggi e quello riguardante i rescritti con la seguente motivazione: “*jus scriptum dignitate, claritate et certitudine jus non scriptum superat, ideoque primo loco est ponendum nec cum jure non scripto permiscendum*”.²⁶

Argomentazioni testualmente riprese e ampiamente sviluppate nel *Votum*. Vi si ribadisce che lo “*ius scriptum certe superat ius consuetudinarium*” per nobiltà, essendo definito e promulgato dallo stesso legislatore, per chiarezza, essendo formulato “*expressis verbis in scripturam redactis*”, ma soprattutto per certezza, dal momento che, sotto questo profilo, i “*mores populi*” offrono meno garanzie delle leggi scritte.²⁷

A ben guardare è proprio quest’ultima considerazione che regge e determina l’intera argomentazione. In primo luogo perché essa può considerarsi comprensiva anche di quelle relative alla nobiltà e alla chiarezza. E in secondo luogo perché, secondo il Wernz, la “*certitudo iuris*”, costituisce “*in se maximum bonum (...) in regenda Ecclesia, quemadmodum iuris incertitudo permulta habet incommoda*”.²⁸

Su queste basi il canonista della Compagnia di Gesù si impegna a descrivere quale sia, o quale almeno dovrebbe essere, l’evoluzione dell’ordinamento normativo “*in omni perfectiore legislatione*”. Dapprima le antiche consuetudini vengono recepite in testi scritti e raccolte nelle collezioni, poi l’autorità dà inizio alla attività legislativa, infine, una volta che lo *ius scriptum* sia giunto “*ad maximam perfectionem*”, quello consuetudinario verrebbe escluso. E non solo per le ragioni precedentemente addotte, ma anche per garantire quella “*uniformitatem iuris*” ancor più necessaria che per il passato “*propter frequentem migrationem subditorum et maiorem centralisationem regiminis*”, e, del resto, perseguita dalla stessa Santa Sede.²⁹

²⁴ ASV, CIC, scatola 7, (*sub secreto pontificio*), *Codex Iuris Canonici, Titulus II, De consuetudine, Votum Rmi. P. Francisci Xav. Wernz S.I. consultoris*, Romae, Typis Vaticanis, 1904.

²⁵ ASV, CIC, scatola 7, (*sub secreto pontificio*), *Codex Iuris Canonici, Titulus II, De consuetudine, Votum Rmi. P. Dominici Palmieri S.I. consultoris*, Romae, Typis Vaticanis, 1904.

²⁶ Vedi le *animadversiones* citate alla nota 23, n. 6.

²⁷ Vedi il *Votum* citato alla nota 24, pp. 15-16.

²⁸ Vedi il *Votum* citato alla nota 24, p. 15.

²⁹ Vedi il *Votum* citato alla nota 24, p. 16.

Più in generale va rilevato che quanti si dimostrano contrari a una valorizzazione della consuetudine non mancano di riferirsi in vari modi all'esempio offerto dalle legislazioni civili. Lo stesso Wernz non ha difficoltà a riconoscere che l'eventuale soppressione del titolo "de consuetudine" costituirebbe una "imitatio" degli ordinamenti statali dal momento che "jus consuetudinarius in nonnullis juribus civilibus (nequaquam vero in omnibus) non jam admittatur".³⁰ Più articolato il ragionamento di Palmieri. A suo avviso la Chiesa in passato aveva attribuito rilevanza alla consuetudine solo perché, essendo questo l'orientamento del diritto romano, "noluit moribus iam receptis et per se indifferentibus adversari". Ma ora, "cum alia iura civilia nos regant, quae nihil aut parum consuetudini videntur tribuere", non si può pretendere che questa fonte continui a valere nell'ordinamento canonico.³¹ In modo ben più diretto Pio da Langogne, pronunciandosi per "l'abolizione della consuetudine contra legem" "cita l'esempio del Codice Napoleonico, il quale, nonostante la diversità delle varie regioni, abolì la consuetudine nella Francia, che per secoli aveva vissuto col diritto consuetudinario".³²

Un'altra considerazione frequentemente addotta dai critici della consuetudine riguarda la sua possibile incidenza sugli esiti dell'opera di codificazione. In particolare Giustini ritiene che se, "almeno", non si abrogano per il passato e non si proibiscono per il futuro gli usi contrari ai nuovi canoni, "si fa un lavoro inutile". E, da parte sua, De Lai ritiene necessario circondare la *consuetudo contra ius* di clausole e limitazioni per impedire che "del nostro Codice si faccia tabula rasa in poco tempo".³³

Peraltro le tesi contrarie alla consuetudine, per quanto autorevolmente proposte e attentamente argomentate, incontrano tali resistenze che lo stesso Palmieri lucidamente ne prevede un pressoché sicuro rigetto. Infatti da un lato prende atto che esse risultano contrarie alla "communis vel communior sententia" che vorrebbe mantenere alla consuetudine tutta l'importanza "quam hactenus in Ecclesia obtinuit". Dall'altro onestamente riconosce che tale aspirazione non è priva di ragionevolezza dal momento che il legislatore non è certamente in grado di conoscere tutti i costumi dei diversi e numerosi popoli abbracciati dalla Chiesa. Di conseguenza è inevitabile concedere ai sudditi "ut, si quae leges eorum moribus non congruant ut nonnisi aegerrime servari possint, per desuetudinem, ipso consentiente legislatore, desinant".³⁴

³⁰ Vedi le *animadversiones* citate alla nota 23.

³¹ Vedi il *Votum* citato alla nota 25, p. 4.

³² ASV, CIC, scatola 13, n. 178, Consulta parziale del 18 dicembre 1904, verbale redatto da E. Pacelli assistente.

³³ Vedi il verbale citato alla nota 32.

³⁴ Vedi il *Votum* citato alla nota 25, p. 5.

Anche altri consultori favorevoli a una soppressione della consuetudine si rendono conto di non avere speranza di successo. Se Giustini si limita a prevedere “una opposizione fortissima” e avanza quindi proposte subordinate dirette a limitare il danno, Bucceroni osserva realisticamente: “quanto a stabilire una legge generale che abolisca la consuetudine contra ius, ciò è teoricamente buono, ma praticamente impossibile”.³⁵

Curiosamente le argomentazioni di quanti si dichiarano fin dall’inizio favorevoli a conservare, almeno in una certa misura, valore alla consuetudine, sono quanto mai sintetiche, e, in genere, si fondano più su valutazioni contingenti che su considerazioni di principio. Ad es. Melata “conviene che siano abolite le consuetudini passate, ma ritiene impossibile impedire le future, essendo la consuetudine contra ius irresistibile. Onde occorre piuttosto cercare di regolarla”. Nello stesso senso De Lai si chiede “Praticamente, poi, come impedire la consuetudine contra ius?”, ma aggiunge che, in materia, sarebbe comunque inopportuna una riforma radicale “nella Chiesa, in cui ha tanta forza la tradizione”.³⁶

Per quanto poi concerne le considerazioni di principio si può ricordare, oltre all’intervento di Lombardi,³⁷ di cui ci si occuperà in seguito, l’avvertenza di Eschbach, che domanda come si potrebbe considerare ancora vigente un determinato canone “ita ut qui scienter eumdem non servat in peccata ruit”, quando non sia stato osservato “per annos et annos”, o addirittura per un secolo. Merita,³⁸ poi, di essere integralmente riportato un appunto attribuito a De Luca,³⁹ annotato a margine di un foglio a stampa relativo all’ordine delle materie: “Ottimamente si è conservato e deve conservarsi questo titolo De Consuetudine, indurre la quale etiam contra legem viene dalla debolezza umana, dalla mutazione di circostanze tempi luoghi e persone. Nella S. Chiesa è stata sempre ammessa più o meno regolata da norme”.⁴⁰

4. LE OPZIONI DELLA COMMISSIONE

Il Gasparri, nella sua qualità di presidente del collegio dei consultori, già nel corso delle discussioni sull’ordine da assegnare alle materie nel futuro Codice, prende atto di una diffusa ostilità nei confronti della consuetudine. Infatti, in uno dei primi progetti a stampa di tale ordine, il *titulus de consuetudine* è corredato dalla seguente nota che nella sua sinteticità ha il pregio di mettere in luce il modello a cui si ispirano i critici di questa fonte del diritto:

³⁵ “perché la consuetudine è irresistibile”, vedi il verbale citato alla nota 32.

³⁶ Vedi il verbale citato alla nota 32.

³⁷ Vedi la citazione di cui alla nota 55.

³⁸ ASV, CIC, scatola 13, Titulus II. De consuetudine, dattiloscritto

³⁹ Vedi in tal senso Sans González, *La costumbre en la etapa preparatoria del CIC*, cit., p. 763.

⁴⁰ ASV, CIC, scatola 1, busta VIII, s.d.

“Alcuni consultori proporranno di sopprimere il diritto consuetudinario, come nei moderni codici civili. Da discutersi”.⁴¹ E probabilmente nell’intento di far emergere tutte le motivazioni della proposta, affida a due suoi fautori, il Wernz e il Palmieri, il compito di preparare gli schemi da assumere come base per la formulazione della disciplina della materia.

Per il resto sembra che il Gasparri si sia mantenuto tanto estraneo alla disputa da non assumere alcuna posizione definita nemmeno nella consulta parziale che il 18 dicembre 1904 affronta la complessa questione. Si limita, in conclusione, a rilevare che “la metà dei Consultori si è dichiarata favorevole all’abolizione della consuetudine *contra ius*; l’altra metà opina che debba essere ritenuta entro certi limiti”. Di conseguenza “la questione verrà riservata alla superiore decisione degli Emi Cardinali; intanto si passerà alla discussione dei singoli canoni”.⁴²

La decisione di procedere comunque nei lavori può considerarsi indicativa della convinzione di Gasparri, qualunque fossero i suoi personali orientamenti, che le tesi contrarie alla consuetudine non sarebbero comunque prevalse, come poi effettivamente avviene. Infatti nella adunanza plenaria del 1909 la maggioranza dei consultori si pronuncia per la conservazione della consuetudine *praeter e contra ius* e⁴³ tale orientamento è poi senz’altro confermato dalla Commissione cardinalizia.⁴⁴

Va peraltro rilevato che, almeno per quanto risulta dalle carte consultate, il Gasparri non solo non contrasta le tesi contrarie alla consuetudine, ma nemmeno cerca di relegarle in secondo piano. Anzi in nota a una delle tante bozze a stampa del progetto di ordine delle materie, probabilmente destinato alla adunanza plenaria dei consultori o alla stessa commissione cardinalizia, le riassume puntualmente e organicamente, mettendone così in luce tutta l’importanza. Individua innanzitutto la “ragione principale” addotta dai fautori della abolizione della consuetudine *praeter e contra ius*, nella avvertenza che “in tal modo si sarebbe più facilmente ottenuta la uniformità della disciplina”. Ricorda, poi, come a giudizio dei medesimi consultori, l’eventuale rilevanza delle consuetudini *contra ius* “diminuirebbe anche di molto la utilità del lavoro di codificazione”, senza trovare giustificazione in alcuna effettiva esigenza. Infatti “nel caso, in cui in alcuni luoghi la esecuzione di qualche canone presentasse qualche difficoltà, oggi con la facilità e

⁴¹ ASV, CIC, scatola 1, busta VIII, n. 28, (*Con segreto Pontificio*), Commissione Pontificia per la codificazione del diritto. Divisione delle materie nel futuro Codice, senza data, p. 28.

⁴² Vedi il verbale citato alla nota 32.

⁴³ ASV, CIC, scatola 13, Codificazione del diritto canonico. Adunanza plenaria del 2 aprile 1909, verbale.

⁴⁴ Per più ampie notizie al riguardo vedi SANS GONZÁLEZ, *La costumbre en la etapa preparatoria del CIC*, cit., pp. 767-768.

rapidità delle comunicazioni si può facilmente ricorrere alla S. Sede, come venne decretato nel Concilio Plenario dell'America Latina relativamente ai decreti del medesimo".⁴⁵

In singolare contrasto con l'accuratezza di questa sintesi, la posizione dei fautori della consuetudine è solo menzionata, con l'unica aggiunta dei loro nomi. Una diversità di trattamento del tutto giustificata se si considera, come già rilevato, la scarsità per non dire la mancanza delle argomentazioni che erano state da questi addotte.

5. UNA SINGOLARE CONTINUITÀ

Sia pure solo per determinati profili, questo dibattito tra i consultori può considerarsi una continuazione di quello svoltosi al Concilio Vaticano I circa l'assetto globale della legislazione canonica.⁴⁶ Infatti, a un attento esame, le ragioni allora invocate in favore della codificazione risultano speculari ai motivi addotti dai consultori propensi all'abolizione o, almeno, a una drastica riduzione della efficacia della consuetudine.

Così, per quanto concerne l'esigenza di uniformità, considerata da Gasparri come la "ragione principale" delle critiche alla consuetudine, non vi è dubbio che i padri conciliari fautori della codificazione si propongano per tal mezzo di giungere a una disciplina comune in tutta la Chiesa universale. E se non pochi consultori si oppongono allo *ius consuetudinarium* per le scarse garanzie di certezza che offre rispetto alla norme scritte, i padri conciliari che si pronunciano a favore del Codice esaltano la *lex scripta* al punto da ridurre drasticamente lo spazio lasciato alle legislazioni particolari, ai poteri discrezionali dell'autorità, alle interpretazioni dei giuristi e, ovviamente, alla consuetudine. Basti qui ricordare l'auspicio di un vescovo francese che una "praecisa necnon firma legislatio" succeda a "legibus aut consuetudinibus incertis et mobilibus". O la proposta del patriarca latino di Gerusalemme di far salve le "legittime consuetudini", ma "solo a patto che ne sia prima dichiarata la legittimità dalla Santa Sede".⁴⁷

Le argomentazioni dei padri conciliari fautori della codificazione e le motivazioni addotte dai consultori avversi alla consuetudine coincidono poi totalmente nell'appellarsi all'esempio dei codici civili. Infatti, come ricordato, non solo alcuni consultori lo invocano espressamente, ma questo orientamento è tanto diffuso da essere indicato, come già ricordato, quale posizio-

⁴⁵ ASV, CIC, scatola 12, (*Sub secreto pontificio*), *Codex Iuris Canonici, Liber Primus*, s.d., p. 9 in nota

⁴⁶ Su tale discussione vedi G. FELICIANI, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Ugo Gulazzini*, Milano, Giuffrè, 1982, vol. 2, pp. 35-80.

⁴⁷ *Ivi*, pp. 66-69.

ne comune ai critici della consuetudine in una delle prime bozze a stampa del progetto di ordine delle materie nel futuro Codice. Quanto, poi, ai padri conciliari il metodo proposto per l'auspicata codificazione, è chiaramente ispirato a quello adottato dai codici civili.⁴⁸ Si veda in particolare l'intervento di mons. Salzano, che, dopo aver lodato la codificazione realizzata in vari Stati, lamenta che essi manchi totalmente "in ecclesiastica societate, quae vera societas est", nonostante lo stesso Stato della Chiesa si sia dotato di un codice di procedura.⁴⁹

6. CONSUETUDINE E CODIFICAZIONE

Questa specularità o coincidenza delle motivazioni addotte, rispettivamente, dai fautori della codificazione al Concilio Vaticano, e dagli avversari della consuetudine nel corso dei lavori preparatori promossi da Pio X, è tutt'altro che casuale. Infatti, come ampiamente messo in luce dagli storici del diritto, tra le due questioni intercorre un rapporto molto stretto dal momento che le codificazioni moderne, come teoricamente concepite e storicamente attuate, comportano, se non l'abolizione, per lo meno una marginalizzazione di questa fonte del diritto.

Non è certamente questa la sede adatta a dimostrare in modo organico e approfondito tale assunto, si possono però richiamarne le linee essenziali.

A tale scopo va innanzitutto ricordato come Eugenio Corecco, all'indomani della promulgazione del Codice di Giovanni Paolo II, osservasse: "Benché le codificazioni abbiano assunto storicamente forme diverse, non si può ignorare il fatto che esse fanno dottrinalmente e metodologicamente riferimento a un'esperienza gnoseologica, quella illuminista".⁵⁰ Una ideologia che, a giudizio di un attento storico del diritto, comporta in ambito giuridico "fiducia nel Principe (...) congiunta a una costante sfiducia (...) in una società che – come fatto globale e complesso – risulta difficilmente inquadrabile in una orditura razionale". Di conseguenza alla "irrazionalità e arbitrarietà" del "vecchio" e "caotico" "assetto delle fonti, consistenti (...) in un cumulo di consuetudini interpretate da giudici e dottori", si contrappone "una visione ottimistica della volontà sovrana incarnantesi in leggi generali e astratte, certe chiare razionali".⁵¹ Riflessioni di natura teorica a cui cor-

⁴⁸ Ivi, p. 71.

⁴⁹ Ivi, pp. 54-55.

⁵⁰ E. CORECCO, *Fondamenti ecclesiologici del nuovo Codice di Diritto Canonico*, in Idem, *Ius et communio, Scritti di Diritto Canonico*, a cura di G. Borgonovo e A. Cattaneo, Casale Monferrato (AL), PIEMME, 1997, vol. II, pp. 706-707.

⁵¹ P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in Accademia Nazionale dei Lincei, *Il bicentenario del Codice Napoleonico (Convegno, Roma, 20 dicembre 2004)*, p. 23.

rispondono ben presto imponenti esiti di carattere normativo: “l’avvento delle prime codificazioni sette-ottocentesche” si rivela “decisamente fatale per la consuetudine”, che “cessa di avere valore autonomo e vale al massimo solo laddove esplicitamente richiamat(a) dal legislatore”.⁵²

Di questa incompatibilità tra processi codificatori e valorizzazione dello *ius non scriptum* si mostrano coscienti, almeno in una certa misura, i consultori più avvertiti. Emblematica in tal senso la figura del Wernz che, pur avendo serie riserve circa l’opportunità di imitare i codici civili,⁵³ non può fare a meno di avvertire che senza limitare drasticamente la rilevanza della consuetudine, si farebbe un “lavoro inutile”.⁵⁴ *Ex adverso* non pochi fautori dello *ius consuetudinarium* mostrano di ignorare del tutto la questione, forse anche a causa di una mancata o insufficiente percezione del significato della codificazione stessa. Particolarmente significativa a questo proposito l’osservazione del consultore Lombardi che, per tutelare la consuetudine, finisce, implicitamente con il qualificare come “assurdo” lo scopo stesso del processo codificatorio. Afferma, infatti, testualmente: “La Chiesa è tale, per la sua natura di società universale, che è assurdo voler imporre una legge uguale per tutti”.⁵⁵

7. UN ESITO PARADOSSALE

L’esito di tutto il dibattito qui riassunto per linee essenziali può senz’altro dirsi paradossale.

Da un lato le tesi di quanti avversavano la consuetudine sono sconfitte: sia pure con qualche restrizione, ne viene espressamente sancito il valore anche *contra legem*. Dall’altro, osserva Corecco, il Codice “pur salvando, teoricamente il principio della quasi parità tra legge e consuetudine dà in concreto un durissimo colpo a quest’ultima”.⁵⁶

Un assunto che non ha bisogno di molte dimostrazioni se si considera che a distanza di quasi un secolo dalla promulgazione del Codice piobenedettino e dopo che quello attuale ne ha sostanzialmente confermato la disciplina,⁵⁷

⁵² R. GARRÉ, *Il passaggio dal tardo diritto comune alla codificazione giusnaturalista visto dalla specula della teoria della consuetudine*, in *L’ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Atti del Convegno Internazionale, Pavia 11-12 ottobre 2002, a cura di P. Caroni e E. Dezza, Padova, CEDAM, 2006, pp. 35 e 44.

⁵³ Infatti nelle *Animadversiones* citate alla nota 23 alla luce di diverse argomentazioni avverte “quantopere cavendum sit in novo corpore juris canonici a servili quadam imitatione codicum civilium, nisi quis velit derelinquere propriam indolem juris canonici ejusque traditionalem structuram in authenticis collectionibus naturae sui conformem”.

⁵⁴ Vedi il verbale citato alla nota 32.

⁵⁵ Vedi il verbale citato alla nota 32.

⁵⁶ E. CORECCO, *I presupposti culturali ed ecclesiologici del nuovo Codex*, in *IDEM, Ius et communio*, cit., vol. II, p. 623.

⁵⁷ “Tra la normativa delle due codificazioni latine del ventesimo secolo, regolatrici del fenomeno consuetudinario, vi è una forte continuità” anche se non mancano “incisive – e non

è per lo meno difficile trovare esempi veramente convincenti e unanimemente condivisi di consuetudini vigenti.⁵⁸

In proposito basti ricordare come una raccolta di dispense dovuta a un autore che, in questi ultimi anni, ha dedicato attenzione alla consuetudine, ne enumeri svariate decine, ma tutte già menzionate nelle decretali pontificie e come tali citate in uno studio risalente al 1928.⁵⁹

Questa marginalizzazione della consuetudine come fonte del diritto⁶⁰ può senz'altro considerarsi, come già accennato, una conseguenza inevitabile del processo di codificazione,⁶¹ ma gli specifici fattori che l'hanno determinata meriterebbero una approfondita analisi che esula dal tema assegnato al presente intervento.

Si può però sommariamente e sinteticamente osservare che lo scarso spazio lasciato al diritto particolare dalle codificazioni canoniche del secolo xx non consente un significativo sviluppo della stessa legislazione particolare, come dimostrano sia la permanente crisi, per non dire scomparsa, dei concili particolari, sia la scarsa produzione propriamente giuridica dei pur numerosi sinodi diocesani. In una situazione di questo genere è ben difficile possano affermarsi rilevanti consuetudini *praeter legem*.

Quanto, poi, a quelle *contra legem* va ricordato che per la loro costituzione non è sufficiente la pratica e diffusa inosservanza di determinate disposizio-

sempre felici-discontinuità", BONNET, *Annotazioni*, cit., pp. 44-45. Una più positiva valutazione è offerta da BAURA, *La consuetudine*, cit., p. 101, con la convinzione che il nuovo Codice "abbia recepito con molta più ampiezza la norma consuetudinaria".

⁵⁸ Anche se, ancora nel 1943, un acuto osservatore rilevava che "lo spirito conservatore della Chiesa" manteneva "in vigore norme ed usi che non trovavano più la loro consacrazione nel diritto codificato" in quanto "i parroci e le curie tendevano a mantenere in vita usi e prassi (...) che non avevano la loro base nel Codice", A.C. JEMOLO, *Il Codex Juris Canonici nel suo primo venticinquennio di vita*, in "Rivista di diritto pubblico", 34 (1943), p. 313.

⁵⁹ Vedi J. OTADUY, *Parte general y derecho della persona (Sumario para uso de los alumnos)*, Facultad de derecho canónico, s.d., pp. 99-102, che cita P. WEHRLÉ, *De la coutume dans le droit canonique*, Paris, 1928, pp. 100-107.

⁶⁰ Anche chi ritiene che "la consuetudine, in quanto manifestazione naturale della vita comunitaria, continuerà per forza ad avere un ruolo importante", riconosce che "in molti casi sarà circoscritta ad ambiti comunitari ristretti e a materie non necessariamente decisive per la vita ecclesiale", BAURA, *La consuetudine*, cit., p. 102; ovvero ritiene che essa resti "présente, camouflée sous d'autres formes que la forme 'classique'", DIENI, *La coutume*, cit., p. 244. E, da parte sua, BONNET, *Annotazioni*, cit., p. 76 segnala "gli spazi ancora troppo angusti nei quali ha tentato di confinarla anche il legislatore giovanneo-paolino".

⁶¹ Come ha rilevato BAURA, *La consuetudine*, cit., p. 102: "Benché la codificazione nella Chiesa, specie quella operata dopo il Concilio Vaticano II, risponda a tutt'altro spirito di quello che animava invece la codificazione di stampo napoleonico, resta comunque il fatto che un corpo normativo codificato tende per propria natura ad essere esauriente, ad inglobare nella sua sistematicità tutta la realtà regolata, lasciando di fatto poco spazio alla sviluppo naturale della consuetudine".

ni, occorre, come noto, che essa avvenga con l'“animus iuris inducendi” da parte di una comunità capace di ricevere una legge (can. 25 c.i.c.).⁶² Ora nella attuale situazione ecclesiale appare per lo meno improbabile l'esistenza di una comunità ecclesiale tanto coesa e dotata di sensibilità alla dimensione giuridica della vita cristiana da realizzare queste condizioni.⁶³

In ogni caso è bene precisare che tutte le precedenti osservazioni circa l'attuale scarsa o nulla rilevanza del fenomeno consuetudinario non intendono minimamente negare l'importanza degli studi ad esso recentemente dedicati. Tali ricerche, infatti, da un lato contribuiscono notevolmente a cogliere lo spirito dell'ordinamento e, dall'altro, offrono una valutazione critica dell'attuale assetto delle fonti canoniche utile anche ai fini di una eventuale futura revisione.⁶⁴

⁶² Su tali requisiti vedi da ultimo e per tutti BONNET, *Annotazioni*, cit., pp. 46 ss. con vari e ampi riferimenti ad altri recenti studi.

⁶³ Per quanto concerne l'atteggiamento dei legislatori particolari nei confronti delle consuetudini *contra legem*, in mancanza di notizie organiche ed esaurienti, si veda a titolo di esempio questa severa disposizione del decreto con cui il 1° febbraio 1995 il cardinal Martini promulgava il 47° sinodo della diocesi di Milano: “sono (...) revocate le consuetudini vigenti che siano contrarie alle disposizioni del nuovo Sinodo, anche se centenarie o immemorabili e, per il futuro, vengono proibite le consuetudini contrarie”, *Diocesi di Milano Sinodo 47°*, Milano, Centro Ambrosiano, 1995, p. 12.

⁶⁴ Vi è infatti chi ritiene che “dans le droit canonique contemporain, la question de la coutume ne relève pas seulement, à titre de concept-clé, de la pensée juridique, mais elle est au centre d'un véritable contraste idéologique de fond dans le droit de l'Eglise”, così DIENI, *La coutume*, cit., p. 242.