

1067972

UF16414688

FIREN

1

1607

ANNALI DI STORIA DEL DIRITTO
RASSEGNA INTERNAZIONALE
II 1958

ESTRATTO

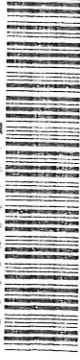
PAOLO GROSSI

UNANIMITAS

ALLE ORIGINI DEL CONCETTO DI PERSONA GIURIDICA
NEL DIRITTO CANONICO

UNIVERSITA FIRENZE

G1001067972



PAOLO GROSSI

UNANIMITAS *

ALLE ORIGINI DEL CONCETTO DI PERSONA GIURIDICA
NEL DIRITTO CANONICO

SOMMARIO: I. Premesse generali. Le fonti. — II. L'unanimità nell'ordinamento germanico. — III. I presupposti del concetto unanimitario canonico: A) L'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva; B) *Unitas Ecclesiae*; *Corpus Ecclesiae*. — IV. Il concetto canonico di *unanimitas*: A) *Unanimitas* e *unitas ecclesiae*; B) *Unanimitas* e *corpus ecclesiae*. — V. Conclusioni. Il concetto unanimitario nei primi concili e nelle prime regole monastiche. L'unanimità canonica e il principio *quod omnes tangit*. — VI. *Unanimitas, sanior pars, major pars*.

I. — PREMESSE GENERALI — LE FONTI.

1. Nella storia dei principi che regolano le deliberazioni collettive, è documentato che, prima della moderna e democratica concezione secondo la quale una parte, in genere la maggiore, esprimendo la propria volontà, esprime quella dell'ente, altri ordinamenti diversi per luogo e tempo hanno dato il massimo rilievo al sistema della unanimità; sistema che, per la validità della deliberazione del collegio, richiede che alla deliberazione stessa abbiano preso parte, approvandola, tutti i membri di questo.

Giustamente l'unanimità è stata considerata come espressione di ordinamenti e concezioni primitivi; di un primo stadio in cui una determinata *societas* non ha raggiunto il grado di maturità e di astrazione per cui una *pars* è la voce stessa dell'assemblea e pienamente la impegna.

* Pubblico qui la relazione da me tenuta al Circolo toscano di diritto romano e storia del diritto nella seduta del 22 febbraio 1938. Il testo è stato

Ciò è esatto per quanto concerne gli ordinamenti civili. Non v'ha dubbio che le necessaria presenza di tutti, che le assemblee della antichissima Grecia e del mondo germanico richiedevano per le loro deliberazioni, indichi ordinamenti giuridici arretrati e barbarici¹. Né v'ha dubbio che il diritto di Roma, che conosce e applica il principio maggioritario²; rappresenta un sicuro, notevolissimo passo nella evoluzione del pensiero e dei sistemi giuridici. Infatti già il diritto romano classico conosce *corpora* e *universitates* o collettività in qualche modo³ distinte dalle persone dei propri membri. *Collegia* e *sodalitates*, *populus romanus*, *municipia* e *coloniae*, sono riconosciuti dalla dottrina romanistica quali veri corpi collettivi⁴, nella cui costruzione l'ordinamento romano dimostra un certo grado di astrazione. Di fronte alle

¹ Le assemblee omeriche, se non poteva raggiungersi l'unanimità, si scioglievano senza deliberare. Così OD., III, 150 ss. e IL., I, 22 ss. Cfr. E. RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, in *Archivio giuridico*, XCIII (1925), pp. 16-17 e 34. Sulle assemblee del mondo germanico cfr. particolareggiatamente al § II.

² Cfr. per questo H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman Law*, Cambridge, 1932, p. 16 ss.; A. GUARINO, *Storia del Diritto romano*, Milano, 1954², p. 92 ss.; U. VON LÜBTOW, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Frankfurt a. M., 1955, p. 315; V. ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, p. 88 ss. Più specificamente RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., p. 22-33 (ivi indicazioni sulla ricca bibliografia anteriore). Per quanto riguarda l'applicazione del principio maggioritario nelle πόλεις greche, cfr. sempre RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., p. 17 ss.

³ Diciamo « in qualche modo », perchè, come vedremo più oltre, il concetto di corporazione in diritto romano classico è inteso non già come una unità dell'ente perfettamente separata ed astratta dai propri membri, bensì nel senso più rudimentale e particolaristico di una collettività di persone organizzata, o come esattamente afferma lo SCHULZ (*Classical roman law*, Oxford, 1951, p. 87), come « an organized body of human persons ». Cfr. anche R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, 1910, p. 22 ss., e soprattutto L. MIRREIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I-Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*, München und Leipzig, 1935², p. 340-347.

⁴ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1957³, p. 68 ss., ove si accenna ampiamente alla problematica su questi istituti e si cita la bibliografia essenziale; fra le trattazioni specificamente dedicate al problema della personalità giuridica soprattutto L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Person, I-Universitas, corpus, collegium im klassischen römischen Recht*, München, 1933; P. W. DUFF, *Personality in roman private law*, Cambridge, 1938; B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942.

associazioni di tempi e ordinamenti più primitivi il diritto romano rappresenta dunque, anche in questo specifico campo, un sistema indubbiamente evoluto. È quindi esatto affermare che l'unanimità storicamente precede l'affermarsi della maggioranza e rappresenta quindi rispetto a questa uno stadio arretrato.

A questa sistemazione si oppone però una peculiare esperienza giuridica, che, in un particolare momento storico, si innesta, nel mondo occidentale, accanto a quella germanica e a quella di Roma. Intendiamo riferirci al diritto della Chiesa che, alla sua origine, trova la giurisprudenza classica in pieno fervore e la società germanica in uno straordinario sviluppo sociale e politico. Ci occuperemo nel prossimo paragrafo della autonomia di questo diritto rispetto all'ebraismo, alla romanità e al germanesimo; ciò che è qui il caso di notare è che per più di dieci secoli della sua esistenza la Chiesa adotta costantemente il principio della unanimità⁵.

Singolare constatazione che sembrerebbe accostare il sistema canonico a quello germanico. Ebbene, chi pensasse, al riguardo della Chiesa, a un ordinamento primitivo o addirittura a influssi germanici, sarebbe portato a svistare il problema, a non intendere appieno il significato del nostro istituto, anzi a falsare tutto il primo ordinamento canonico degradandolo a una rozza primitività che esso ha completamente ignorato. Senza contare che sarebbe antistorico parlare di influssi germanici, dal momento che è proprio nei primi tre secoli della vita cristiana, che viene elaborato il concetto canonico di *unanimitas*; quando cioè il contatto col mondo germanico non era che raro e occasionale e nessun influsso ne derivava sulle civiltà mediterranee.

L'unanimità canonica è un qualcosa di assolutamente diverso da quella germanica, come assolutamente diversa è la formazione della

⁵ Questa affermazione è giustificata dal fatto che, anche quando, nel diritto della Chiesa, si delinearono i sistemi « per scrutinium » e « per compromissum » la Chiesa stessa, definendo « per inspirationem » il procedimento unanimitario, lo collocò in una posizione di prevalenza e pozziorità. Questa tripartizione, pienamente affermata nel 1215, al IV Concilio Lateranense, è ancora seguita dalla Costituzione Apostolica di Pio XII, dell'8 dicembre 1945, *Vacanti Apostolicae Sedis*, cioè nel più recente atto normativo canonico in cui si disciplina l'elezione del Sovrano Pontefice. Vi si afferma assai significativamente (Tit. II, caput. V. *De forma electionis*): « primus modus est, qui quasi *per inspirationem* vocatur, quod scilicet omnes Cardinales, quasi afflati Spiritu Sancto aliquem unanimiter et viva voce, libere ac sponte Summum Pontificem pro clamant ».

struttura della Chiesa e del suo sistema di diritto. Essa si inquadra perfettamente in questo sistema e non crediamo di errare affermando che viene a costituire, nella sua espressione giuridica colorita di sfumature teologico-mistiche, un principio essenziale dell'ordinamento della Chiesa primitiva.

E ancora: se poco sopra abbiamo potuto affermare che l'unanimità germanica significa povertà di astrazione e sta a testimoniare assenza di soggettività dell'ente, un discorso affatto diverso dovremo fare per il principio unanimitario canonico. Ponendo in relazione questo concetto con altri due concetti essenziali, quelli di *corpus* e di *unitas* riferiti alla Chiesa, si avrà modo di vedere come lo studio della unanimità canonica è di un grande interesse non solo perchè ci conduce a riesaminare *funditus* l'ordinamento della prima Chiesa, ma anche perchè ci colloca in un terreno fertilissimo e, diciamo pure, poco studiato, quello delle origini del concetto moderno di persona giuridica; al qual proposito, per chiarire meglio il nostro pensiero, diremo che ci interessa non l'unanimità in sè, ma nelle sue peculiari relazioni coll'*unitas ecclesiae* e col *corpus ecclesiae*, come espressione di quel corpo e di quell'unità.

Abbiamo affermato più sopra che il diritto romano classico conosce qualche tipo di collettività organizzata; ma è esso veramente giunto a un grado di astrazione tale da concepire la *persona giuridica*? Sulla scorta di quanto viene ripetuto dalla prevalente dottrina romanistica⁶, una simile elaborazione concettuale si ha, netta, solo

⁶ Ci basti qui rinviare a quanto istituzionalmente viene detto da S. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1946⁵, p. 54; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1946 (ristampa della X ed.), p. 64; P. JÖRS-W. KUNKEI, *Römisches Privatrecht*, Heidelberg, 1943³, p. 74 (in *Enzyklopädie der Rechts u. Staatswissenschaft*, II, III); SCHULZ, *Classical roman law*, cit., p. 86 ss.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, p. 123; E. RAFFEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basel, 1955², p. 42-43; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 68-69. Più specificamente H. KRÜGER, in *ZSS-RA XXIX*, (1908), p. 519; E. ALBERTARIO, *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, s. IV, I, 1919, p. 28 (ora in *Studi di diritto romano, I. Persone e famiglia*, Milano, 1933); SCHNORR V. CAROLSFELD, *Geschichte*, cit., *passim*. Recentemente ha sollevato, sia pur cautamente, qualche dubbio su questa impostazione generale della dottrina romanistica F. DE VISSCHER, *La notion du « corpus » et le regime des associations privées à Rome*, in *Scritti in onore di Gaetano Ferrini pubblicati in occasione della Sua beatificazione*, IV, Milano, 1949 (*Public.*

nella compilazione giustiniana; la stessa storia giuridica di parole come *corpus* e *universitas*, acutamente delineata in un sempre pregevole saggio da Emilio Albertario, è oltremodo indicativa in tal senso: v'è cioè un *iter* preciso di questi termini dal significato più materiale e frammentario di collettività di persone (in cui però l'elemento personale non scompare interamente) a quello affatto nuovo di unità e entità⁷ a sè.

Ora è un fatto che, a un certo momento, come è noto, nel mondo romano si fa sentire la voce del Cristianesimo, che trova la sua perispicua, minuta e meditata sistemazione, più che nei concili, nelle prime raccolte ecclesiastiche e soprattutto nelle opere dei Padri apostolici, degli Apologisti e della Patristica del periodo aureo; ed è un fatto che tutta questa letteratura cristiana ha elaborato, con forte capacità di astrazione, la teoria della Chiesa e delle Chiese locali come unità e corpi morali.

Ci sembrerebbe pertanto legittimo pensare in proposito ad un potente influsso del pensiero patristico⁸ sui compilatori del *Corpus Juris*; pensiero che dovette rappresentare per Giustiniano il deposito della tradizione e il *thesaurus* della morale e della dottrina del cristianesimo.

decisa e precisa replica di K. OLIVETRONA, in *IURA*, V (1954), che convalida quanto affermiamo nel testo. Dello stesso cfr. anche *Three essays in Roman Law*, Lund, 1949.

⁷ ALBERTARIO, *op. cit.* È interessantissimo, a questo proposito un passo di ULPIANO (22, 5): «Nec municipia nec municipes heredes institui possunt quoniam incertum corpus est, et neque cerere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant». Il ragionamento di Ulpiano è perfettamente logico e tradisce una concezione del *municipium* elementare, frammentaristica, in cui appunto il *corpus* inteso come condizione di capacità del collegio è decisamente «incertum». «Nell'età postclassica giustiniana, e per una evoluzione che si compie in questa età, *corpus* e *universitas* sono termini, che hanno una significazione non più collettiva, ma unitaria; *universitas* non significa più *universi cives*, ma indica la persona fittizia (della *civitas*, del *municipium*, del *collegium*) inconfondibile con la collettività dei membri che stanno, per così dire, alla sua base» (ALBERTARIO, *op. cit.*, p. 116).

⁸ Ed è in genere correttamente inteso (Cfr. ALBERTARIO, *op. cit.*, p. 101) che riporta anche qualche esempio patristico; SCHNORR V. CAROLSFELD, *op. cit.*, p. 58; fra i civilisti F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1938, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Filippo Vassalli, vol. II, t. II, p. 9) anche se non sempre chiaramente (come in B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, Milano, 1952-1954, II, p. 241). Vedi anche le pagine di M. ROBERTI *Cristianesimo e collezioni giustiniane*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935 (*Public.* Università Cattolica del Sacro Cuore, s. II, XLIII), specialmente p. 56 e 64. La ricca bibliografia è riportata in BIONDI.

Non solo, ma tutta questa immensa produzione dottrinale, questa grande corrente di pensiero di cui la Chiesa stessa si faceva latrice, dovette incidere profondamente nella mentalità romana portata alla concretezza, creando, lentamente, una assuefazione a questa astrattezza, le cui basi trovavano salde fondamenta nella teologia.

Già queste considerazioni varrebbero a legittimare la nostra indagine; tuttavia è il caso di avvertire che in ben altro senso possiamo parlare di origini del concetto moderno di persona giuridica.

L'alto Medioevo, nel suo scontro tra civiltà germanica e civiltà latina, nel preponderare di quella su questa, perde un simile concetto, o almeno lo confonde.

Le fonti di tutto il periodo preimeriano documentano questo disagio, e insieme lo sforzo per superarlo; si ha della persona giuridica una concezione materialisticamente rozza in una primitiva povertà di pensiero che non può prescindere dai dati fisici, naturali: onde — sempre per restare in campo ecclesiastico — troviamo comunemente che la proprietà dei beni di una chiesa è attribuita al santo titolare, o addirittura all'edificio sacro⁹. L'impotenza del mondo germanico ad astrarre, a concepire delle soluzioni su di un piano ideale, trova qui una tipica, quanto singolare espressione.

Tutto ciò crea però una enorme frattura e, ciò che è peggio, una vera stortura nella storia del nostro pensiero giuridico. Sarà invece merito dei canonisti, in special modo dei Decretalisti, e fra questi primo Sinibaldo dei Fieschi¹⁰, di aver posto il problema su basi affatto nuove e moderne.

⁹ Vedi A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, Torino, 1896-1903, III, p. 268; C. NANI, *Storia del diritto privato italiano*, Torino, 1902, p. 123-125; F. BESTA, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova, 1931, p. 204; M. ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, I, Padova, 1935², p. 257 ss.; P. TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Diritto privato*. *Le persone*, Milano, 1949, pp. 127-128. Eloquenti i documenti riportati da P. S. LEICHT, *Il diritto privato preimeriano*, Bologna, 1933, pp. 55-56 (a. 1107 e a. 1128). Del resto non dissimile concezione era quella dei Glossatori, su di che cfr. l'ampia disamina di O. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Graz, 1954, III, p. 186 ss.

¹⁰ Su Sinibaldo il migliore studio è ancora il vecchio ma non invecchiato contributo di F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo Fieschi e in F. C. di Savigny*, in *Studi in onore di Francesco Schupfer*, II, Torino, 1898 (ora in *Scritti giuridici minori*, II, Milano, 1936). Solo dei cenni in J. F. VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des kanonischen*

Non possiamo che minimamente accennare alla costruzione giuridica operata dal grande giurista. Certo è che Sinibaldo, con una potenza e una visione tutta nuova e fino allora sconosciuta, più che rifarsi a elementi romanistici, risalendo oltre la confusione e la povertà dei secoli barbarici, trovava la sua fonte nella prodigiosamente fertile produzione patristica e del primo diritto canonico.

La teoria organica dei corpi morali, che egli per primo con tanta acutezza e limpidezza elaborò nell'opera sua, trovava negli elementi giustiniani solo una base, o meglio un punto d'avvio.

Il concetto dell'unità della Chiesa considerata come *corpus stacato dai singoli e centro informatore di una enorme organizzazione*, come entità misticamente e teologicamente vivente, è la grande idea nuova da cui muoveranno le dottrine di Sinibaldo e dei Decretalisti, e per cui si giungerà a elaborare la *universitas* come persona ideale, e per cui, oltre i vari tipi che i romani avevano conosciuto e regolato, si costruisce la persona giuridica come categoria astratta e si elabora su questa una dogmatica.

Così, superando il distacco operato da quasi un millennio di incertezze concettuali, il filone di pensiero canonistico trova la sua continuità nel rapporto, e direi dipendenza, tra il sommo decretalista e quei primi monumenti canonici.

Nessun altro ordinamento, come quello della Chiesa primitiva, offriva una simile ricchezza concettuale, una simile astrazione di pensiero, una simile ricorrenza dei motivi di unità e corporatività. Seguendo da uomo di Chiesa e da uomo del suo tempo il generale favore che il Medioevo dava alla produzione patristica, Sinibaldo sistemò giuridicamente questi dati in prevalenza teologico-mistici¹¹; la remota origine però del nostro concetto di persona giuridica è da ricercarsi in quell'ordinamento. Questo spiega anche perchè lo studio della *unanimitas* come principio fondamentale di quell'ordinamento e soprattutto come strettamente connesso con la concezione unitario-

medievale, Milano, 1953 (rist. della II ed.), p. 229 ss., in TORELLI, *Lezioni*, cit., p. 130 ss. Ampia disamina in GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., III, specialmente pp. 279 ss.; insufficienti e superficiali le pagine di P. GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les Décretistes et les Decretalistes et dans le Code de droit canonique*, Mahnes, 1927, sect. II, p. 106 ss. Da ultimo A. ROTA, *Natura giuridica e forma della istituzione nella dottrina di Sinibaldo dei Fieschi (Papa Innocenzo IV)*, in *Archivio Giuridico*, CL (1956).

¹¹ C. F. ASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., D. 232.

vo qualche contributo di pretto contenuto romanistico¹³. I concetti poi offrono addirittura una materia ancora da esaminare e da valutare.

La Chiesa nei primi secoli dell'era cristiana (opera accuratissima, ma irrilevante per noi) è di KÜBLER, *Die Entwicklung der christlichen Kirche auf die Entwicklung des Rechts und die sozialen Begriffe*, in *Theologische Arbeiten aus dem rheinisch-wissenschaftlichen Predigerverein*, 1909; R. SALTELLES, *L'organisation juridique des premières communautés chrétiennes*, in *Mélanges P. F. Girard*, Paris, 1912; H. LIETZMANN, *Zur altchristlichen Verfassungsgeschichte*, in *Zeitschrift für wissenschaftliche Theologie*, LV (1913); E. METZNER, *Die Verfassung der Kirche in den ersten zwei Jahrhunderten unter bes. Berücksichtigung der Schriften Harnacks*, Danzig, 1920; K. MÜLLER, *Beiträge zur Geschichte der Verfassung der alten Kirche*, in *Abhandlungen der (Berliner kgl.) preussischen Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse*, 1922; H. DIEKMANN, *Die Verfassung der Urkirche, Bericht*, 1923; F. GERKE, *Die Stellung des ersten Clemensbriefes innerhalb der Entwicklung der christlichen Gemeindeverfassung und des Kirchenrechts*, in *Texte und Untersuchungen zur Geschichte der altchristlichen Literatur*, XLVII (1932) (lavoro interessante dati gli intenti giuridici); R. HOESLINGER, *Die alte afrikanische Kirche im Licht der Kirchenrechtsforschung nach kulturhistor. Methode*, 1935; C. H. TURNER, *The organization of the Church*, in *The Cambridge medieval history*, Cambridge, 1936. Di indole affatto generale, ma straordinariamente ricco di spunti e di acute considerazioni sulla Chiesa primitiva è il mirabile volume di G. LE BRAS, *Prolégomènes*, in *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident* publiée sous la direction de G. LE BRAS, t. I, Paris, 1955. Di singolare interesse sono inoltre, ai nostri fini le trattazioni squisitamente giuridiche di P. HINSCHUS, *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten*, Berlin, 1869-97, e R. SOMM, *Kirchenrecht. I. Die geschichtlichen Grundlagen*, Leipzig, 1892; da ultimo gli eccellenti manuali del H. E. FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte auf der Grundlage des Kirchenrechts von Ulrich Stutz*, I. Die katholische Kirche, Weimar, 1950, e di W. M. PLÖCHL, *Geschichte des Kirchenrechts - I - Das Recht des ersten christlichen Jahrtausends. Von der Urkirche bis zum grossen Schisma*, Wien, 1953, che ai pregi di una lucida esposizione, aggiungono il vantaggio della modernità del metodo e di un ricco aggiornamento bibliografico e di edizioni di fonti. Altre opere interessanti saranno da noi citate, via via, nel corso del lavoro.

¹³ Oltre i contributi del Roberti, cui accenneremo alla nota 15, i più importanti studi di storia del diritto e romanisti sui Padri da un punto di vista giuridico sono di P. DE LABRIOLLE, *Tertullien juriconsulte*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, XXX (1906); SCHLOSSMANN, *Tertullian im Lichte der Jurisprudenz*, in *Zeitschrift für Kirchengeschichte*, XXVII (1906); P. VITTON, *I concetti giuridici nelle opere di Tertulliano*, Roma, 1924; T. GASPARI FOGLIANI, *T. C. Cipriano. Contributo alla ricerca di riferimenti legali in testi efragridici del III secolo d. C.*, Modena, 1928; A. BECK, *Römische Recht bei Tertullian und Cyprian-Eine Studie zur frühen Kirchenrechtsgeschichte*, Halle, 1930 (*Schriften der Koenigsberger Gelehrten Gesellschaft*, VII. Geistes-

corporativa (lo dimostreremo tra breve ed è anzi l'assunto centrale del nostro lavoro) ci collochi in pieno al mezzo di queste origini.

2. Abbiamo poco sopra detto che si tratta di un terreno relativamente nuovo: poco e superficialmente vi si è studiato, da un punto di vista rigorosamente giuridico. Dobbiamo infatti agli storici e ai teologi, specie tedeschi e francesi, gli unici studi di vasta mole e di ampio respiro sulla costituzione della Chiesa primitiva e sul suo ordinamento¹²; né la Patristica ha suscitato maggiore interesse, sal-

¹² Particolarmente notevoli i contributi di A. VON HARNAACK, *Die Mission und Ausbreitung des Christentums in den ersten drei Jahrhunderten*, Leipzig, 1924; Id., *Lehrbuch der Dogmengeschichte, I. Entstehung des kirchlichen Dogmas*, Tübingen, 1909; Id., *Entstehung und Entwicklung der Kirchenverfassung in den ersten zwei Jahrhunderten*, Leipzig, 1910, malgrado la posizione prettamente protestantica e la polemica non sempre serena. Eccellenti indagini, specie nella storia delle prime fonti canoniche, condusse F. X. FUNK, che di quelle fonti ci ha pur dato le più pregevoli edizioni (*Patres apostolici*, I^o, 1911, e II^o, 1913; *Didascalia et constitutiones apostolorum*, Paderborn, 1906); insuperata è rimasta la *Geschichte der altkirchlichen Literatur*, Freiburg-Breisgau, 1913-1924, di O. BARDENHEWER, cui si deve una ottima *Patrologie*, Freiburg-Breisgau, 1910^o, opere storico-letterarie che offrono tuttavia al giurista più di un dato prezioso oltre un quadro ben delineato dell'ambiente storico e degli scrittori. Pregevoli le ricerche di L. DUCHESNE, *Histoire ancienne de l'Église*, Paris, 1906-07, e *Les origines du culte chrétien*, Paris, 1920^o, e di P. BARRIOL, *Le catholicisme des origines à saint Léon. I-L'Église naissante et le catholicisme*, Paris, 1927¹²; di J. TIXERONT, *Histoire des dogmes, I-La théologie antécédente*, Paris, 1930¹¹ per la storia dottrinale, e di G. BARDY, *Littérature latine chrétienne*, Paris, 1929 per la letteratura. Va ascritta infine a vero vanto della scienza storica francese la pubblicazione della monumentale *Histoire de l'Église depuis les origines jusqu'à nos jours*, pubblicata sotto la direzione di A. Fliche e V. MARTIN, di cui a noi interessano i volumi curati da J. LEBERTON-JAILLER: I. *L'Église primitive*, Paris, 1946, II. *De la fin du 2^e siècle à la paix constantinienne*, Paris, 1948. Per l'ampiezza di documentazione, per la vastità di ricerca che indaga anche la storia delle istituzioni e del pensiero politico-sociale, è, come trattazione generale, eccellente per un primo quadro della Chiesa primitiva. Eccellente anche l'opera di E. BUONAIUTI, *Storia del Cristianesimo, I, Evo antico*, Milano, 1942. Tra la vastissima letteratura sulla costituzione della Chiesa primitiva ricordiamo, oltre il precitato fondamentale lavoro di Harnack, HATCHER, *The organization of the early Church churches*, London, 1888; C. H. TURNER, *Ancient and modern Church organization*, in *Church Quarterly Review*, 1888; E. LOENING, *Die altchristliche Gemeindeverfassung*, 1889; F. LOORS, *Die urchristliche Gemeindeverfassung*, in *Studien und Kritiken*, LXIII (1890); C. DE SMEDT, *L'organisation des Églises chrétiennes au III^e siècle*, in *Revue des questions historiques*, XLIV (1888) e L (1891); H. BRUDERS, *Die Verfas-*

tare,¹⁴ materia del massimo interesse se si pensa che per molti secoli i Concili hanno costituito la legislazione ufficiale della Chiesa, l'unica produzione che sorgesse con contenuto normativo, ossia l'unica fonte immediata del diritto sul piano umano.

Per quanto riguarda lo specifico campo che forma oggetto della presente ricerca, non sapremmo indicare, nella nostra dottrina, che alcuni saggi del Roberti sulla prima letteratura cristiana e sulla teorica paolina del *corpus mysticum*¹⁵, e i pregevoli contributi che, a più riprese, ha dato il Ruffini Avondo, sul profilo storico del principio maggioritario e sui sistemi di deliberazione collettiva nelle assemblee dell'età intermedia¹⁶. Studi d'altronde che non riguardano esattamente la nostra stessa materia: il Ruffini, che pur considera la unanimità canonica, l'esamina però solo marginalmente e solo dal particolare punto di vista della ricostruzione storica di un principio politico-giuridico quale il maggioritario. Il Roberti invece limita la sua ricerca « nella storia della

¹⁴ *wissenschaftliche Klasse*, H. 2); GERKE, *Die Stellung*. cit.; J. K. STERNMANN, *Die Praescriptio Tertulliani im Lichte des römischen Rechts und der Theologie*, Freiburg, 1949. Naturalmente arrestiamo il nostro sguardo ai primi tre secoli di letteratura apologetica e, per questi, alle fonti che offrono per noi qualche interesse. Sulla patristica del periodo aureo andrebbero infatti ricordati ben altri studi, come quello del Biondi su S. Ambrogio, quello del Violardo su S. Girolamo, quello del Giorgianni su Agostino ecc. Ed anche per l'apologetica dovremmo almeno menzionare i contributi del Ferrini, del Baviera e del Causi.

¹⁵ Cfr. E. J. JONKERS, *Quelques remarques sur les Pères de l'Eglise, les Conciles et les Constitutions des Empereurs chrétiens, en leur rapports réciproques, comme sources pour l'histoire du bas Empire*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, II, (1949) (*Mélanges Fernand De Visser*, I), pp. 493-494.

¹⁶ Tra la varia e ricca produzione che il ROBERTI ha dedicato allo studio dell'« elemento patristico » ricordiamo soprattutto: M. R. *Contributo allo studio delle relazioni fra diritto romano e patristica tratto dall'esame delle fonti agostiniane*, in S. Agostino - *Pubblicazione commemorativa del XIV centenario della sua morte*, Milano, 1931 (Suppl. speciale al vol. XXIII della *Rev. di Filosofia Neoscolastica*); Id., *Il corpus mysticum di S. Paolo nella storia della persona giuridica*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, IV, Milano, 1939. Utile anche ROBERTI, *Svolgimento*, cit., I, p. 240 ss.

¹⁷ E. RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit.; Id., *Il principio maggioritario nelle elezioni dei Re e Imperatori romano-germanici*, in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino*, XL (1924-1925); Id., *I sistemi di deliberazione collettiva nel Medioevo italiano*, Torino, I, 1927. Dello stesso cfr. anche l'agile sintesi: *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Torino, 1927.

persona giuridica » all'esame delle dottrine evangeliche, della dottrina mistica di S. Paolo, con affatto superficiali accenni al pensiero patristico.

Nella dottrina straniera dovremmo ancora citare il grosso, fondamentale, ma ormai vecchio e discutibile lavoro del Gerke¹⁷: insuperata trattazione d'insieme, e per la vastità del disegno, e per la profondità della ricerca ma criticabile in più di un suo assunto. In questi ultimi anni si è poi aggiunto qualche altro contributo, per noi tuttavia di limitato interesse¹⁸.

Dopo questa, necessariamente succinta, esposizione dello stato della questione¹⁹, ci sia lecito raccogliere quanto siamo andati finora dicendo e chiarire ancor meglio i limiti della nostra ricerca.

Innanzitutto è bene ripetere che essa è volta ad illustrare la storia di un concetto. L'unanimità cioè è particolarmente esaminata nella elaborazione teorica che ebbe nella letteratura Apologetica, in rapporto col concetto di *unitas* e di *corpus ecclesiae*, che troviamo al massimo sviluppati nella Apologetica stessa.

Questo limite logico spiega anche il limite cronologico del lavoro. Quando abbiamo delimitato ai primi tre secoli del Cristianesimo (fino

¹⁷ GERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit. In specie il volume terzo. Ci limitiamo qui a questa sola citazione fondamentale, poichè è la sola opera in cui, alla materia, si dia un ampio svolgimento anche dal nostro particolare punto di vista, riservandoci tuttavia di citare, quando parleremo di *unanimitas*, *major pars*, *sanior pars*, altre opere dello stesso Gerke e di altri autori.

Per completezza di informazione va però qui citato anche l'ampio, specifico, ma assai impreciso studio di A. ESMEIN, *L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques*, in *Mélanges Fitting*, I, Montpellier, 1907, che tuttavia non utilizzeremo nel corso del lavoro.

¹⁸ A. EHRHARDT, *Das Corpus Christi und die Korporationen im spätrömischen Recht*, in *ZSS-BA*, LXX (1953), di cui vedi più sotto alla nota 20; L. MOULIN, *Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, N.S., III (1953); G. OLIVERO, *Laneamenti del diritto elettorale nell'ordinamento canonico*, in *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, II, Milano, 1953; F. EISENER, *Zur Geschichte des Majoritätsprinzips (pars maior und pars sanior)*, insbesondere nach schweizerischen Quellen, in *ZSS-JA* (XLII), LXXIII (1956); A. PETRANI, *Genèse de la majorité qualifiée*, in *Apollinaris*, XXX (1957); L. MOULIN, *Sanior et major pars. Note sur l'évolution des techniques électorales dans les Ordres religieux du VI^e au VII^e siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, s. IV, XXXVI.

¹⁹ Ripetiamo che abbiamo qui citato solo le opere che riguardano i nostri problemi. A questi dati devono logicamente aggiungersi gli altri, numerosi, che saranno offerti nel corso del lavoro.

al 313 d.C.) l'ambito della nostra ricerca, non intendevamo cristallizzare entro date un ordinamento o un'età. Rare volte due date, come le sopraccitate, determinano un certo terreno storico: esse rappresentano infatti il punto di origine dell'ordinamento canonico e la conclusione di una fase della sua esistenza.

La nascita e la vita terrena di Cristo e l'editto di tolleranza conchiodono in sé come i due momenti estremi ciò che intenderemo chiamare — e vedremo in qual senso — ordinamento giuridico della Chiesa primitiva. L'unanimità ha un significato, un valore — lo vedremo — in quell'ordinamento giuridico; è un concetto che trova la più profonda elaborazione solo nei Padri Apostolici e nella Apologetica: in quel particolare periodo in cui la Chiesa si organizzava all'interno, strutturalmente, nella coesione unitaria di entità a sé, di corpo morale, gli Apologeti costruivano ex novo il concetto di *unanimitas*: su presupposti propri, su proprie basi, per propri fini, per proprie esigenze. Estendere più oltre la ricerca avrebbe significato non aggiungere nulla ad una elaborazione concettuale già conchiusa e in sé perfetta.

Anche la Patristica del periodo aureo — Agostino, Ambrogio, Girolamo, Basilio, S. Gregorio, il Crisostomo ecc. — non apporterà alcunchè di notevole a questa elaborazione: anzi, per il formarsi di nuove situazioni politiche e giuridiche, per la nuova posizione della Chiesa — che con Teodosio ora si trova di fronte a uno Stato confessionale — ciò che nell'ordinamento della cristianità primitiva era ben netto e preciso si confonde, nel clima nuovo e nel quadro più ampio. Varcheremo il limite prefissato soltanto per scorgere l'applicazione che di questo principio unanimitario faranno i grandi concili del secolo IV, le singolari raccolte canoniche delle *Constitutiones Apostolorum* e dei *Canones Apostolorum* (che sono con certezza collocabili ai primi del sec. V) e le prime Regole monastiche.

Precisato questo limite cronologico, è bene anche precisare che il nostro esame verterà unicamente sull'ordinamento interno della Chiesa. Non vorremo infatti preoccuparci dei rapporti tra Stato romano e Chiesa²⁰, nè della legislazione che lo Stato emana per regolare

²⁰ Si tratta di problemi di difficile soluzione che hanno tuttavia trovato il favore, dei romanisti, e anche degli storici. Tale la secolare diatriba sulla condizione giuridica della proprietà ecclesiastica nell'età precostantiniana che, dal De Rossi a noi, ha dato materia ad un'enorme serie di studi, nè sembra ancora sopita, pur avendo assunto un sapore retorico. Per un semplice stato della questione cfr. G. BOVINI, *La proprietà ecclesiastica e la condizione giuridica della Chiesa in età precostantiniana*, Milano 1949 (*Università di Roma. Pubblicazioni*

i rapporti con la Chiesa²¹.

All'interno dunque dell'ordinamento della Chiesa e su fonti meramente canoniche cercheremo di fissare la nostra ricerca. Al qual proposito ci preme accennare al problema delle fonti.

Fonti del nostro lavoro sono gli scritti dei Padri Apostolici e degli Apologeti; le prime raccolte canoniche della Didaché, della Tradizione di Ippolito e della *Didascalia Apostolorum*; le prime statuizioni conciliari e le prime regole monastiche.

Si comprende subito come, trattandosi di una ricostruzione di un concetto, fonte principale sia stata l'elaborazione di pensiero dei Padri: soprattutto Clemente Romano e Ignazio d'Antiochia tra i *Patres apostolici*, e Ireneo, Tertulliano, Origene e Cipriano tra gli Apologeti. E non è questa una scelta arbitraria, tra i molti scrittori, dei quali pure terremo conto: infatti la teorica dei concetti di *corpus*, di *unitas*, e di *unanimitas* si evolve perfettamente nelle opere di quegli autori toccando il vertice negli scritti di Tertulliano e Cipriano.

Non possiamo qui indugiare nell'esame delle singolari figure di queste personalità della Chiesa primitiva; ci basti sottolineare, ai fini della nostra ricerca, come la loro opera sia stata rilevantissima nella costruzione di quell'ordinamento, teologico e anche giuridico, che fu proprio dell'*Urchristentum*.

La dottrina squisitamente teologica e mistica degli Evangelisti, degli Atti degli Apostoli, dell'Apocalisse e delle lettere apostoliche,

cazioni dell'Istituto di diritto romano, dei diritti dell'oriente mediterraneo e di storia del diritto, vol. XXVIII). Su una analoga posizione EHRHARDT, *Das Corpus Christi*, cit., che si ripropone la questione della liceità o meno della *factio* cristiana nell'ordinamento dello Stato imperiale.

²¹ Sul cosiddetto « diritto romano cristiano » cfr. la ampia e sistematica trattazione del BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., (ivi ricca bibliogr.). Nello stesso ordine G. PFANMUELLER, *Die kirchliche Gesetzgebung Justinians hauptsächlich auf Grund der Novellen*, Berlin, 1902 (studio assai discutibile e superficiale); A. KNECHT, *System des justinianischen Kirchenvermögensrechtes*, Stuttgart, 1905; H. ALIVISATOS, *Die kirchliche Gesetzgebung des Kaisers Justinians I*, Berlin, 1913 (opera di un teologo e dedicata per lo più a questioni teologiche e alle leggi contro l'eresia); F. G. SAVAGNONE, *Studi sul diritto romano ecclesiastico*, in *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo*, XIV (1930); B. BIONDI, *Religione e diritto canonico nella legislazione di Giustiniano*, in *Acta Congressus juridici internationalis (Romae, 12-17 novembris 1934)*, Romae, 1935; Id., *Giustiniano Primo princeps e legislatore cattolico*, Milano, 1936 (*Pubbl. Univ. Cattolica del Sacro Cuore*, s. II, XLVIII); J. V. SALAZAR ARIAS, *Dogmas y Cánones de la Iglesia en el derecho romano*, Madrid, 1954.

in specie di S. Paolo, diventa per la prima volta con le lettere di Clemente Romano materia normativa per la organizzazione e la costituzione di una società, e per la strutturazione del suo ordinamento. Giustamente il Sohm, accennando alla I^a *Clementis* la definiva come la « Geburtsurkunde des römischen Katholizismus und seines göttlichen Kirchenrechts »²², e altrettanto giustamente uno dei più acuti indagatori del primo cristianesimo, il Batiffol, rifacendosi alla personalità del suo autore, lo definiva « uomo di diritto e di tradizione »²³. La *Prima Clementis* segna infatti il superamento del limite dello stato veramente primitivo della Cristianità e ci introduce in una problematica nuova, che acquisisce sempre più una consapevolezza giuridica.

Scritta nell'ultimo anno del principato di Domiziano o all'inizio di quello di Nerva (a. 96 d.C.)²⁴, la lettera di Clemente muove da una necessità di indole pratica, pastorale; essa è una raccomandazione vivissima del Vescovo di Roma alla Chiesa di Corinto turbata da particolari avvenimenti. L'indole pratica, organizzativa, si risente nel linguaggio concreto, nella impostazione legale: unità per mezzo dell'autorità, disciplina, rigidità della gerarchia, consapevolezza dei *canones* come regole imperative, e non solo sotto il profilo morale, sono motivi ricorrenti nella lunga epistola clementina. Si potrebbe senza errore affermare che il primo monumento del diritto canonico, sul piano umano, è costituito da questa fonte extragiuridica.

Questo rigore non si trova invece nelle lettere di Ignazio di Antiochia (+ 107 d.C.), ispirate a un accentuato zelo pastorale e tutte pervase di misticismo²⁵. Tuttavia anch'esse, data la loro indole pratica,

²² SOHM, *Kirchenrecht*, cit., p. 160. L'affermazione del Sohm è in sé validissima per noi. Dobbiamo tuttavia notare che essa si inquadra, nell'opera del suo autore, entro una teorica ed una ricostruzione storico-giuridica le cui ultime conseguenze siano ben alieni da accettare.

²³ P. BATIFFOL, *La chiesa nascente*, Firenze, 1915, p. 164.

²⁴ Per il testo della lettera abbiamo seguito l'eccellente edizione di F. X. FUNK-K. BÜHLMAYER, *Die apostolischen Väter*, I, Tübingen, 1956² (*Sammlung ausgewählter Kirchen- und Dogmengeschichtlicher Quellenschriften*, R. II, H. I, T. I). Su Clemente cfr. BARDENHEWER, *Geschichte*, cit., I, pp. 98-113, e la chiara sintesi di P. GODET, *Clement I^{er} de Rome*, in *Dictionnaire de Théologie catholique*, t. III, Paris, 1923. Più interessante, ai nostri fini, GERKE, *Die Stellung des ersten Clemensbriefes*, cit. Sempre pregevoli le pagine al riguardo del Batiffol e del Sohm già citati (note 22 e 23).

²⁵ Per il testo abbiamo seguito l'edizione del FUNK-BÜHLMAYER citata alla nota precedente. Su Ignazio vedi BARDENHEWER, *Geschichte*, cit., I, pp. 119-146, e G. BARELLE, *Ignace (saint)*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, t. VII, p. I, Paris, 1922 (ivi bibliografia e ampia disamina sulla autenticità

si rivelano fonti preziose per la conoscenza della costituzione della Chiesa cattolica²⁶, delle origini dell'episcopato, della preminenza di questo sulla Chiesa locale, della struttura stessa della Chiesa locale e dei suoi rapporti con la Chiesa universale; è inoltre il caso di notare che nelle lettere Ignaziane si pone per la prima volta, compiutamente e estesamente, il principio (già accennato in Clemente) del primato della Chiesa e del Vescovo di Roma²⁷.

Più ampio discorso dovrebbe farsi sull'Apologetica, ma ce lo impediscono la mole e l'intento del nostro lavoro. Non possiamo tuttavia non indugiare sulle opere di tre personalità che, senza dubbio, spiccano tra le altre: Ireneo, Tertulliano e Cipriano. Il contributo pur prezioso dei Padri apostolici, soprattutto di Ignazio e Clemente, si fa qui ora più robusto: si tratta di un vero contributo dottrinale, che denota una elaborazione profonda della Rivelazione e una singolare maturità concettuale. Le Teorie della Tradizione, della Chiesa come « corpus », e come unità, acquisiscono nelle opere di questi autori, nell'*Adversus Haereses* di Ireneo, nell'*Apologeticum* di Tertulliano e nel *De Unitate Ecclesiae* di Cipriano²⁸, una loro elaborata e lucida costruzione. La Chiesa ha ormai un pensiero ben definito; la sua dottrina, liberatasi dagli schemi esclusivamente mistici dei primi tempi, acquisisce, in un quadro più ampio, una consapevolezza anche sociale, filosofica e giuridica.

3. A questo proposito non possiamo esimerci da una breve notazione metodologica. Si è manifestata da più parti²⁹ una diffidenza verso

e sulla problematica delle lettere ignaziane). Ha fatto un po' il punto della questione su questo Padre della Chiesa, H. SCHLIER, *Religionsgeschichtliche Untersuchungen zu den Ignatiusbriefen*, Giessen, 1929.

²⁶ Non è antistorico usare questo termine straordinariamente fortunato in tempi a noi più vicini, perchè è proprio Ignazio che per primo lo usa applicato alla Chiesa: « ὅπου ἂν φενη ὁ ἐπίσκοπος, ἐκεῖ τὸ πᾶνθός ἐστω, ὡσεὶ ὄπου ἐν ἡ Ἰγροῦς Χριστός, ἐκεῖ ἡ καθολικὴ ἐκκλησία » (*Ad Smyrnaeos*, VIII, 2).

²⁷ Rinviando al succinto ma sufficiente esame del FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, cit., p. 48 ss. (larghe indicazioni bibliografiche a p. 55-56).

²⁸ Per quanto riguarda le edizioni dei testi patristici ci siamo serviti, per quanto possibile, del *Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum* e del *Corpus Christianorum*, ricorrendo al vecchio e imperfetto MIGNE solo per le opere in quelle collezioni non ancora edite.

²⁹ Cfr. per es., SAVAGNONE, *Studi*, cit., pp. 2-3, e in *BIDP*, 1939, p. 523; così G. FERRARI DALLE SPADE, *Immunità ecclesiastiche nel diritto romano imperiale*, Venezia, 1939, p. 119 (ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1956),

l'uso delle fonti patristiche per la ricostruzione storica del diritto della Chiesa, onde ci sembra utile, per noi che di queste fonti useremo largamente, chiarire in breve il problema.

Potremmo innanzi tutto premettere che, per quanto ci riguarda, il diritto canonico dei primi tre secoli trova nell'elaborazione dottrinale dei Padri l'unica fonte di cognizione a noi pervenuta (salvo qualche raccolta cui accenneremo).

Prescindendo però da questa considerazione, è chiaro che le opere dei Padri sono produzione extragiuridica. Dettate per necessità pastorali o dottrinarie, esse possono essere ascritte alle fonti teologiche, filosofiche o letterarie, ma non a quelle giuridiche.

È da considerare tuttavia la particolare posizione di certune di queste opere patristiche. Se prendiamo in esame l'Apologetica, che ora ci interessa, noi potremmo affermare che un fine giuridico è certo, pur nel preponderante scopo teologico-filosofico; fine minore, subordinato, ma non per questo meno individuabile nell'indistinta concezione di diritto e morale propria dei tempi.

L'apologetica si sviluppa e prospera durante i primi tre secoli di vita della Chiesa, giungendo al massimo splendore nel secolo III. La Chiesa era dunque nella sua vita latente, prima dell'Editto di tolleranza; e l'apologetica riflette questa peculiare situazione storica. Alla preoccupazione della lotta contro gli eretici si unisce la preoccupazione della posizione di fronte allo Stato romano persecutore.

studio dedicato a un esame della legislazione imperiale, con la costante preoccupazione di ancorarsi ai secc. IV e V, quando la produzione normativa statale in tema di diritto ecclesiastico è particolarmente copiosa. A parte quanto dice il ROBERTI, (fra gli altri scritti, *Christianesimo e collezioni giustiniane*, cit., p. 22), si veda però, a questo proposito, la lucida opposizione di un romanista del valore di J. GAUDEMET, che, in più contributi particolari (*Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas Empire*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, Milano, 1953, soprattutto pp. 180-181, e *L'apport de la patristique latine au Décret de Gratien en matière de mariage*, in *Studia Gratiana*, cur. I. Forchelli-A. Stickler, II, Bononiae, 1954), e in una eccellente trattazione generale (*La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV et V siècles*, Paris, 1957 - *Institut de Droit romain de l'Université de Paris*, XV, pp. 160-162) ha giustamente posto la sua attenzione sull'apporto dei Padri alla costruzione dogmatica del diritto canonico. Inoltre cfr. A. EHRHARDT, *Patres non leguntur in ZSSS-R.A.*, LXVI (1953); LE BRAS, *Prolegomènes*, cit., pp. 56-58. C. MUNIER, *Les sources patristiques du droit de l'Eglise du VIII et XIII siècle*, Mulhouse, 1957 (dello stesso cfr. anche *Revue de droit canonique*, IV (1954)).

Onde, il problema dell'unità della Chiesa non sarà solo un problema di indole dogmatica o dottrinaia, ma altresì strutturale e organica.

Gli Apologeti fissano l'organizzazione della Chiesa e delle Chiese, prima legate da un semplice vincolo di fraternità o di carità, e avvertono quanto sia vitale questo elemento strutturale di fronte a uno Stato decisamente nemico. Se la *societas ecclesiastica* vuole vivere deve sottoporsi a una disciplina, deve comporre la sua unità in un senso più concreto, quella unità che spiritualmente già possiede. È la preoccupazione di Clemente nei confronti della Chiesa di Corinto; è il motivo fondamentale dell'Apologetico tertulliano e del *De unitate* di Cipriano.

Nelle opere della Patristica del periodo aureo un elemento giuridico in tal senso è ben difficilmente individuabile: la Chiesa, *societas fidelium* perfettamente organizzata, riconosciuta ed anzi protetta dal confessionalismo dell'ultimo Impero e dei bizantini, non ha problemi se non dottrinali o dogmatici. Negli Apologeti, al contrario, è evidente l'incombente necessità di costruire la Chiesa come ordinamento, anche giuridico; costruire nel duplice senso di crearne o rafforzarne la struttura su basi universali e non più meramente caritative come ai tempi delle prime comunità, di difenderne all'estremo il suo carattere di *societas* originaria, il suo diritto a sopravvivere accanto allo Stato come ordinamento diverso.

Per questo il ragionamento si fa tanto spesso giuridico, e giuridica l'argomentazione. Nè solo in Tertulliano, che si vorrebbe identificare col giurista menzionato nel Digesto³⁰, ma in Ireneo, in Cipriano, in Giustino, in Origene³¹. Questi scrittori, che spesso erano vescovi (Ignazio e Teofilo, di Antiochia; Ireneo, di Lione; Cipriano, di Cartagine; Clemente, di Roma), e come tali, secondo la concezione della Chiesa, legislatori, giudici e amministratori nello stesso tempo concorrevano alla costruzione di un sistema di diritto, creavano anzi di questo diritto il substrato concettuale.

³⁰ In senso affermativo BECK, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian* cit., p. 39 ss.; su di che anche F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford 1946, p. 264, e DE LABRIOLLE, *Tertullien jurisconsulte*, cit., p. 6 ss. Su questi identici buone argomentazioni anche in VIRRON, *I concetti giuridici nelle opere di Tertulliano*, cit., pp. 69-76.

³¹ Avremo modo di indicare e precisare in seguito queste tipiche argomentazioni di carattere legale, come pure certi concetti squisitamente giuridici. Ci basti ora averlo affermato.

Ed è inoltre il caso di notare che tutta questa dottrina, cui accenna il Le Bras, non compie, secondo la Chiesa, una semplice interpretazione, come potrebbe un qualsiasi dottore, ma una interpretazione ispirata. L'autorità dei Padri si pone, perchè essi, persone di indiscussa santità e sapienza, erano ricolmi di Grazia, perchè la loro sapienza e santità era frutto dello Spirito Santo che li illuminava. Perciò in essi era il deposito della genuina Tradizione che risaliva al Cristo e ai suoi Discepoli; perciò ancora essi erano fonte del singolare sistema di diritto della Chiesa, che trova in Dio la sua origine prima e il suo fine ultimo.

Opere extragiuridiche, quindi, ma a cui il giurista può e deve ricorrere³¹: pochi dati saranno offerti dalla Patristica in forma compiutamente giuridica per quella singolare simbiosi, e indistinzione, tra diritto e teologia che, nella storia del *ius canonicum*, perdurerà fino a Graziano. Però specialmente per noi che cerchiamo di chiarire i limiti e la portata di concetti, non v'ha dubbio che l'esame dei Padri resta fondamentale. Quand'anche volessimo ridurre tutta l'opera patristica alla teologia morale e dogmatica, resta indubitabile che questa opera ha avuto un influsso determinante su tutta la letteratura giuridica dell'età aurea del diritto comune (e non solo sui decretalisti e i decretalisti), specialmente per quanto riguarda istituti come il matrimonio, la proprietà, la famiglia, il diritto delle persone. In seguito a questa corrente di pensiero si modella l'esperienza, pratica e concettuale, dei secoli posteriori, che pongono quei dettami su di un piano precettivo.

4. Dopo questa giustificazione del particolare favore che, tra le fonti del nostro studio, viene dato alle opere degli Apologisti, conviene che brevemente si accenni ad altre singolari testimonianze del primo diritto canonico, di cui si terrà peraltro un relativo conto. Intendiamo riferirci in modo particolare al Pastore di Erma, agli scritti

³¹ Malgrado che i Santi Padri non siano menzionati tra quei *probati auctores* che secondo il c. 20 del CJC concorrono a formare la « communis et constans sententia doctorum », fonte suppletoria del diritto della Chiesa, tuttavia la dogmatica canonistica è portata a porre quelle opere sullo stesso piano di queste. S. Leone IV del resto, in una lettera ai vescovi britannici, li designa fonte suppletoria del diritto. Cfr. P. FEDERLE, *Padri della Chiesa*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IX, Torino, 1939, pp. 410-411. Cfr. pure VAN HOVE, *Prolegomena*, in *Comment. Lovan. in C.J.C.*, I, tom. I, Mechliniae-Romae, 1928, p. 48.

L'errore dei romanisti e degli storici è stato quello di occuparsi della Patristica solo per ricercare in quelle opere tracce di nozioni e istituti del diritto romano, e non invece per riscontrarvi i germi di quella grande monumentale costruzione che sarà il diritto canonico³². Se di apporto giuridico dei Padri è lecito parlare, è unicamente in questo senso: in questo senso assai spesso i Padri, nella loro perspicua interpretazione del diritto divino, ponevano dei precetti che potevano avere, accanto al contenuto morale, un valore giuridico.

Ci sia consentito di riportare qui le felici, quanto acute espressioni del Le Bras che inquadrano perfettamente il problema: « ces recueils de textes relatifs au droit de l'Eglise, qui s'échelonnent entre le début du Ve et le milieu du XIIIe siècle, sont souvent nourris de doctrine, c'est à dire de fragments patristiques presque autant que de décrétales ou de canons. Le Décret de Gratien que l'on peut tenir pour leur compilation générale, pour leur somme et qui est la première partie du Corpus Iuris Canonici, fait plus de place à Saint Augustin qu'à la série de tous les papes et de tous les conciles de l'antiquité. La meilleure gardienne de l'autorité, la mieux centralisée des puissances, l'Eglise a donc vécu pendant deux millénaires, vit encore, dans les cadres d'un droit qu'ont en partie formulé les docteurs³³.

³² I Padri, come attenti osservatori della vita del loro tempo e nella loro qualità di uomini spesso in rilevanti posizioni nella società civile di quel tempo, offrono terreno anche per indagini di diritto romano o greco, nelle loro opere. Ma è pur sempre un'indagine che vorremmo definire esterna, per la quale realmente l'opera patristica è esclusivamente, nè può avere alcun altro significato, opera letteraria. E in questo senso la Patristica è sullo stesso piano di un'opera poetica o drammatica, offrendo dati frammentari. Indagine fruttuosa, e più legittima, è invece quella che si volge all'interno del sistema canonico, sopra l'apporto della Patristica al sistema del diritto della Chiesa, nella elaborazione nuova di concetti o istituti etc.

³³ E ancora: « dans la formation même du droit des chrétiens anciennes la doctrine eut une part considérable: elle interpréta, suppléa les règles posées par le Christ et ses apôtres; « vers le même temps, et mieux encore, à partir du IV^e siècle, les Pères fixaient certains traits de l'organisation ecclésiastique et de la vie spirituelle » (G. LE BRAS, *La doctrine, source des collections canoniques*, in *Recueil d'Etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, I. *Aspects historiques et philosophiques*, Paris, s.a., t. II, I, c. p. 69). Non cordiamo con Le Bras sul fatto che particolarmente dal IV secolo si sia fatto sensibile e rilevante l'apporto patristico, ma è indubbio che i Padri fissarono l'organizzazione ecclesiastica e la disciplina, a cominciare dai meccanismi elettivi nell'ambito dei collegi.

attribuiti a S. Ippolito, alla Didaché e alla Didascalia degli Apostoli.

Sotto la denominazione di Pastore di Erma si intende, com'è noto, un'operetta, redatta in greco nello stesso periodo della lettera di Clemente, del cui autore si sa solo che fu schiavo in Roma³⁵. Diviso com'è in visioni, precetti e similitudini, il Pastore di Erma si inserisce nel più tipico filone della letteratura apocalittica. Malgrado però che si tratti di opera letteraria, essa è purtuttavia interessante anche dal nostro punto di vista come preziosa fonte di conoscenza del primo diritto penitenziale (la penitenza è il tema dominante del libello)³⁶ e delle concezioni circa la Chiesa e la sua struttura, su cui avremo occasione di tornare in seguito.

Altrettanto interesse ha per noi quella raccolta di insegnamenti e prescrizioni che va sotto il nome di Didaché e che con molta probabilità è stata scritta in Siria o in Palestina nella seconda metà del secolo III³⁷. Tipico esempio di quella produzione canonica pseudo-apostolica, cui appartiene anche la Didascalia, la Didaché ha un notevole valore storico: essa rappresenta, insieme alla « Tradizione di s. Ippolito »³⁸,

³⁵ L'edizione da noi seguita è quella di M. WHITTAKER, *Die apostolischen Väter - I - Der Hirt des Hermas*, Berlin, 1956. Sul Pastore cfr. BARDEHEWER, *Geschichte*, cit., I, pp. 557-578; J. REYILLE, *La valeur du témoignage historique du Pasteur d'Hermas*, Paris, 1900; G. BAREILLE, *Hermas*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, t. VI, II, Paris, 1920.

³⁶ Eccellenti pagine vi dedica A. D'ALESSANDRO, *L'état de Calliste. Etude sur les origines de la pénitence chrétienne*, Paris, 1914, p. 52 ss.; cfr. anche P. BATAFFOL, *Les origines de la pénitence. Hermas et le problème moral au II^e siècle*, Paris, 1902, e LEBRETON-ZEILLER, *L'Eglise primitive*, cit., pp. 347-357.

³⁷ La migliore edizione è quella, da noi seguita, del FUNK-BIHLMEYER citata alla nota 24. Ci basti rinviare poi a G. BARDY, *Didaché*, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. IV, Paris, 1949 (ivi la bibliografia più recente).

³⁸ ΑΠΟΠΟΛΟΧΗ ΠΑΡΑΔΟΣΙΣ; TRADITIO APOSTOLICA. È questa la prima raccolta che costituisce, come afferma il FEINE, (*Kirchliche Rechtsgeschichte*, cit., p. 26) « eine Verfassung und eine liturgischdisziplinäre Ordnung » della Chiesa (circa a. 217 d. C.) e che è con sicurezza attribuibile a S. Ippolito (come è stato dimostrato soprattutto per merito di R. H. CONNOLLY, *The so called Egyptian Church order and derived documents*, Cambridge, 1916). Cfr. BOYER, *Hippolyte de Rome, La tradition apostolique*, Paris, 1946 (*Les sources chrétiennes*, 2, p. 9). Per il testo abbiamo seguito l'edizione di T. SCHERMANN, *Die allgemeine Kirchenordnung, frühchristliche Liturgien u. kirchliche Überlieferung. - I - Die allgemeine Kirchenordnung des zweiten Jahrhunderts, in Studien zur Geschichte und Kultur des Altertums*, 3 Erg., Paderborn, 1914. Per i cosiddetti *Canones Hippolyti* cfr. H. ACHELIS, *Die canones Hippolyti*, Leipzig, 1892. Per questa raccolta,

la prima codificazione della dottrina cristiana; tutta l'evoluzione si è maturata nella Chiesa fino alla fine del sec. II^o è avvenuta in quest'opera, che, posta sotto la sacralità del nome degli Apostoli, fissa in una detagliata precettistica gli insegnamenti canonici per il contenuto e per il fine nettamente pratico, può essere considerata sulla *Didascalia Apostolorum* (raccolta tenente con certezza al secolo III), il cui autore infatti scrive e tenta di fornire ai lettori un codice più completo che sia quello della dottrina cristiana, ponendolo al solito sotto l'autorità degli Apostoli³⁹.

La Didaché, la Didascalia e i gli scritti di Ippolito, grazie a intenti deliberatamente pratici, schematizzano in una forma più nuova e più giuridicamente rilevante i principi morali e teologici che ormai costituivano la base dell'ordinamento canonico⁴⁰.

come anche per la Didaché e la Didascalia, è sempre fondamentale la trattazione di SCHWARZ, *Ueber die pseudoapostolischen Kirchenordnungen in Schriften der wissenschaftlichen Gesellschaft in Strasburg*, VI (1910).

³⁹ Le migliori edizioni sono quella di H. CONNOLLY (*Didascalia apostolica: the syriac version translated and accompanied by the Verona Latin text*, Oxford, 1929) e quella di F. X. FUNK, *Didascalia et Constitutio Apostolorum*, Paderborn, 1906. Cfr. la sufficiente esposizione di G. BARDY *Dictionnaire de Droit canonique*, t. IV, Paris, 1949.

⁴⁰ Non ricomprendiamo nella nostra esposizione altre due importanti raccolte canoniche perché al di fuori dei limiti cronologici imposti dalla pratica ne terremo però conto per scorgere l'orientamento canonico elaborazioni concettuali della apologetica. Le *Constitutiones* sono un'elaborazione di diversi testi canonici fatta in Siria nel primo quarto del secolo V sulla chiesa dei tempi apostolici. La migliore del testo è quella di F. X. FUNK, *Didascalia et constitutiones apostolorum*, 1905. Tra la copiosa letteratura ci basti rinviare alla trattazione di G. BARDY, *Constitutiones apostoliques*, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. IV, Paris, 1949, e ai cenni di FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, cit., I, p. 102. Dei *Canones apostolorum*, di sentenze redatte sotto forma di canoni, dal contenuto più vario, la redazione avvenne verosimilmente in Siria nel secolo V, abbiamo seguito l'edizione di C. H. TURNER, *Ecclésiastiques Occidentales Monumenta Iuris Antiqui*, Fasc. I, Paris prior. Oxonii, 1899. Oltre alle relative voci del *Dictionnaire de théologie catholique* (redatta dal NAV) e del *Dictionnaire de droit canonique* (redatta dal BARDY) resta sempre utile e fondamentale l'opera di Sc

Su queste fonti si moverà in prevalenza la nostra ricerca. Tuttavia, come abbiamo già accennato, spingeremo il nostro sguardo anche oltre il limite cronologico impostoci per esaminare i primi Concili e le prime Regole monastiche.

Si badi però: per noi che ci interessiamo della storia di un concetto giuridico non sarà rilevante la prassi che le assemblee conciliari adottano. Non è questa la sede per indagare come operava il meccanismo elettivo nell'ambito dei collegi.

E non perchè non sia un terreno interessante. Al contrario, una verifica pratica, nei secoli successivi, di un principio già concettualmente fissato, potrebbe offrire spunti di estrema importanza. Se tuttavia la nostra ricerca trova un limite anche logico nel termine cronologico dei primi tre secoli perchè è in questo periodo che l'elaborazione di pensiero si svolge e si compie, per uno studio del meccanismo unamitario, nella sua applicazione concreta, il limite sopradetto non avrebbe senso, ma la ricerca potrebbe e dovrebbe spingersi ben oltre fino al momento in cui un nuovo meccanismo sorge e si applica. Il che significherebbe addentrarsi nell'Alto Medio Evo e addirittura superarlo. Concili e Regole monastiche ci interessano insomma come legislazione della Chiesa universale e delle Chiese locali, o di comunità particolari, come affermazioni teoriche del nostro principio. Conviene però avvertire che queste fonti continuano a immettersi, salvo quanto diremo più avanti, nella corrente di pensiero della Patristica e delle prime raccolte canoniche; il che giustificherà il nostro esame volutamente succinto.

Prestando dalle Regole monastiche, statuizioni dettate da singolarissime esperienze mistiche, da necessità e situazioni spesso locali, sempre particolari, e su cui quindi un discorso generale difficilmente potrebbe essere impostato⁴¹, conviene precisare che anche i Concili offrono all'esegeta motivi di grave perplessità⁴².

Ueber die pseudo-apostolischen Kirchenordnungen, cit.; cfr. anche FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, cit., pp. 27-28, e PLÖCHL, *Geschichte*, cit., I, p. 103.

⁴¹ Una raccolta generale delle Regole monastiche è data da L. HOLSTENIUS, *Codex regularum monasticarum et canonicarum*, Augustae Vindelicorum, 1753, (che indicheremo abbreviativamente HOLSTENIUS).

⁴² Per i testi conciliari l'edizione completa, anche se molto imperfetta, è, com'è noto, offerta da J. D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, Monasterii et Venetiarum, 1759-1768 (che indicheremo con l'abbrevia-

I primi atti conciliari che ci siano rimasti risalgono ai principi del IV secolo; l'intensa attività conciliare inizia però con Nicea continuando intensa, attraverso concili ecumenici e locali, per i secoli IV e V. In altre parole i Concili ci presentano ormai una Chiesa in stretto contatto con lo Stato imperiale. Se quindi, per noi che studiamo simili problemi dal punto di vista della storia del diritto canonico, le fonti dei primi tre secoli non suscitavano problemi, ma esprimevano concezioni e principi tipici e propri della Chiesa, altrettanto non potremmo dire per i documenti conciliari.

Più chiaramente: i Concili rappresentano la legislazione ufficiale del « corpus christianorum », sono quindi « vox ecclesiae ». Tuttavia essi tradiscono palesemente gli influssi più vari. Convocati spesso, come quello di Nicea, per invito dell'Imperatore⁴³; spesso sotto la diretta sorveglianza e controllo di Cesare, ormai divenuto « defensor fidei », ormai protettore e insieme dominatore della Cristianità, i canoni conciliari rivelano una profonda influenza della legislazione e del pensiero giuridico, prima romani e poi bizantini. Questo anche, come vedremo⁴⁴, nel nostro specifico campo.

Circostanza da tenersi in debito conto ai fini di un inquadramento dei dettami conciliari nel quadro generale e sistematico della storia del diritto canonico, o del pensiero proprio della Chiesa in un determinato periodo. Avremo, ad ogni modo, occasione di soffermarci su questi problemi al § X.

II. - L'UNANIMITÀ NELL'ORDINAMENTO GERMANICO

5. Abbiamo poco sopra affermato che gli ordinamenti germanico e canonico applicano sin dai primordi il principio unamitario. Ci sia pertanto consentito, in questo studio volto a caratterizzare la *unanimitas* canonica nell'ampio quadro dell'ordinamento della Chiesa primitiva, di esaminare il fondamento e le caratteristiche di questo singolare istituto presso i popoli germanici; e ciò al solo fine di scorgere più e meglio quanto diversa sia e da quanto diversi presupposti muova la unanimitas affermata dalla Chiesa.

Non potremo prescindere più oltre dall'accennare diffusamente ai caratteri generali dell'ordinamento ecclesiastico dei primi tre seco-

li, perchè proprio l'esatta comprensione di quello ci schiude la possibilità di ben comprendere significato, limiti, portata del nostro concetto nel diritto canonico. Identico discorso dovremmo fare per quanto riguarda l'ordinamento germanico: a tal fine basterà accennare a certi tratti particolari per non ripetere cose risapute e ormai chiare e pacifiche da tempo nella dottrina storico-giuridica.

Che i germani siano rimasti saldamente ancorati al principio unitario è largamente documentato da tutte le fonti: da Cesare⁴⁵ e Tacito⁴⁶, fino alla legislazione longobarda da Rotari ad Astolfo⁴⁷; basti qui inoltre constatare che solo con la Bolla d'Oro (dell'anno 1356) si introduceva il principio maggioritario nel campo delle elezioni regie⁴⁸. Per ben 14 secoli, o quasi, i popoli di razza germanica richiesero per la validità dell'espressione di volontà del collegio la presenza e l'assenso di tutti i componenti di esso.

«Omnes, cuncti, universi» vi ripetono le fonti: ed è già terminologia particolarmente indicativa. *Unanimitas, unanimiter, unanimis* sono termini relativamente nuovi della teologia e del diritto della Chiesa, e assai cari e famigliari al linguaggio canonico, in special modo al momento della elaborazione concettuale dell'Apologetica; termini che svelavano con tanta chiarezza un contenuto spirituale: *unanimitas*, ossia *unus animus*.

Il mondo germanico preferisce invece usare quei sostantivi o aggettivi plurali di cui balza subito agli occhi l'indeterminatezza e il frammentarismo collettivistico. Già quindi questa diversa terminologia⁴⁹ è un prezioso indizio di diverse concezioni rispetto al nostro

⁴⁵ CESARE, *De bello gallico*, VII, 21.

⁴⁶ TACITO, *Germania*, XI, I (« De minoribus rebus principes consultant, de maioribus omnes »). Ancora in epoca così tarda troviamo un esempio di questo fatto: Teodorico intraprende la conquista dell'Italia solo dopo che ha ottenuto l'assenso di tutto il suo popolo (JORDANES, LVII).

⁴⁷ « pari consilio parique consensum cum primatos iudices, cunctosque felicissimum exercitum nostrum » (ROTARI, *Edict.*, c. 386); « una cum cunctis iudicibus et langobardis universarum provinciarum nostrarum » (AHIST, *Edict.*, prolog. a. 750). Cfr. a questo proposito le felici pagine del CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 55 ss., e il lavoro, fondamentale per la conoscenza della società longobarda, di G. P. BOGNETTI, *S. Maria Foris Fortas di Castelseprio e la storia religiosa dei Longobardi*, in *Santa Maria di Castelseprio*, Milano, 1948, soprattutto p. 28 ss.

⁴⁸ Cfr. RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., p. 36.

⁴⁹ Torneremo più avanti su questo dato terminologico soprattutto per quanto riguarda il diritto della Chiesa. Cfr. § IV.

istituto, onde parlare di unanimità anche per il mondo barbarico non è perfettamente corretto; piuttosto è esatto parlare, come vedremo di consenso dei singoli.

Il mondo barbarico si rispecchia perfettamente nel modo di intendere l'unanimità; vi si rispecchiano le caratteristiche tipiche d'un ordinamento primitivo.

In questo ordinamento, ciò che conta, che ha valore è la persona. Intesa nel suo senso affatto materiale di persona fisica⁵⁰. L'unanimità germanica infatti nel suo più elementare ma più appariscente contenuto significa peso della persona fisica entro il collegio. Potenza insomma, della persona come corpo, onde, senza il suo assenso, il collegio non può validamente deliberare. Il che è anche lo specchio di un ordinamento organizzato militarmente.

Ogni individuo vi è visto nella sua capacità di soldato; valgono di lui il braccio che regge lo scudo e la spada, vale la sua prestanza fisica che il re o il principe utilizzerà in guerra⁵¹. Concezione del re che ritroviamo nell'ambito dello stesso diritto privato dei popoli germanici: l'assenza — tanto per recare un esempio — come abbandono della *natio*, è considerata quasi un sottrarsi all'obbedienza del re, e cioè quasi un vero e proprio *crimen infidelitatis*⁵².

La presenza fisica è quella che conta, perchè presenza fisica significa esistenza intorno al re di soldati atti a difendere ed offendere validamente. La *Sippe*, organismo paramilitare, e il *Bund*, tipico organismo militare⁵³, necessitano della presenza di tutti i loro membri; quest

⁵⁰ Su questo rozzo individualismo cfr. PERTILE, *Storia del diritto italiano* cit., I, p. 33; G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1921⁵, p. 22.

⁵¹ Onde sarà servo chi non potrà sopportare il peso delle armi. Vedi PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., I, p. 30.

⁵² Cfr., fra le trattazioni istituzionali, BESTA, *Le persone*, cit., p. 174 ROBERTI, *Svolgimento*, cit., I, p. 233 ss.; TORELLI, *Lezioni*, cit., p. 30, oltre sullo specifico istituto dell'assenza, il classico lavoro di N. TAMASSIA, *L'as senza nella storia del diritto italiano*, in *Archivio giuridico*, XXXVI, (1886), lo studio fondamentale di BRUNS, *Die Verschollenheit*, in *JB. der gem. deut Rechts.*, I, (1857), ora in *Kleine Schriften*, I, (1882).

⁵³ Su questi organismi si veda M. SCOVAZZI, *Le origini del diritto germanico Fonti. Preistoria. Diritto pubblico*, Milano, 1957, opera puntuale ed informata che reca notevoli contributi alla conoscenza dell'antichissimo diritto germanico, ma che è più indagine storico-sociologica che giuridica; sulla struttura associativa del *Bund* germanico, p. 268 ss. Cfr. anche PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., I, p. 34, e H. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1906², p. 175 ss.

esprimeranno il loro consenso, sollevando cioè e squassando rumorosamente le armi nel clamoroso *gairethinx* ⁵⁴.

Il carattere militare della organizzazione e la primitività dell'organizzazione stessa concorrono, nel mondo germanico, a questo singolare e barbarico predominio delle situazioni di fatto: la presenza è tale solo se presenza di fatto dell'individuo; il collegio è tale solo se espressione di fatto, concreta di tutti i suoi membri.

Ecco allora un altro carattere della « unanimità » germanica strettamente connesso al primo: « unanimità » come somma di tanti voti quanti sono gli appartenenti all'assemblea, quante sono le persone fisicamente presenti. Onde si capisce ancor meglio quanto sopra dicavamo: che parlare di *unanimitas*, sostantivo che richiama a un concetto di unità, non è esatto per il mondo barbarico, giacchè il requisito del consenso e della presenza di tutti è solo frutto di un accentuato collettivismo; collettivismo però che, pur esprimendosi, nei più disparati campi del diritto pubblico e privato, in tipiche comunioni, lascia purtuttavia sul piano di un grezzo e informe tentativo associativo. La *Gesamte Hand*, la *Sippe*, il *Bund*, tutte le *Genossenschaften* dell'antica civiltà germanica non assurgono mai, nè possono assurgere a entità distinte dalle persone dei propri membri ⁵⁵, non possono essere considerate delle persone giuridiche, dei *corpora*, perchè lo impedisce il valore che vien dato nel loro ambito ai singoli *corpora* delle persone fisiche.

L'impotenza delle *Genossenschaften* ad assurgere a enti e la necessità del consenso dei singoli hanno quindi, alla loro base, un identico presupposto: un ordinamento giuridico primitivo impotente ad astrarre dalle situazioni di fatto; un esasperato collettivismo che si traduce anche in una esperienza statutale imperfetta e affatto embrionale.

È insomma esatto parlare, a proposito dei germani, come fa un nostro egregio studioso ⁵⁶, di « particolarismo ». Particolarismo, os-

⁵⁴ BOGNETTI, *S. Maria Foris Portas di Castelseprio*, cit., pp. 29-30.

⁵⁵ F. SCHUPFER, *Il diritto dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia. I. Le persone. La famiglia*, Città di Castello-Roma-Torino-Firenze, 1907, specialmente p. 158, ma tutto il titolo I, sez. II; ROBERTI, *Svolgimento*, cit., I, p. 252 ss.; sulle particolari vedute del GIERKE (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., III) vedi BESTA, *Le persone*, cit., p. 198.

⁵⁶ P. VACCARI, *Dall'unità romana al particolarismo giuridico del medio evo*, Pavia, 1936.

sia frammentarismo, ossia impossibilità di giungere ad una unità organizzata.

La situazione del *collegium* germanico, espressa dal principio della necessità di un consenso delle singole persone e che a noi qui soprattutto interessa, è la stessa nella quale, in sede più lata, si trova lo Stato germanico. Anzi, se per Stato intendiamo appunto una unità organizzata, non è corretto usare un simile termine e tale concetto per la società barbarica ⁵⁷. L'esperienza statutale germanica è per propria natura particolaristica. Nell'ambito della monarchia prospera no con vita autonoma e autarchica le strutture gentilizie e familiari strutture particolari, di fronte a cui lo Stato monarchico si pone soprattutto come autorità morale e politica. L'evoluzione dal *Regnum Lan-gobardorum* al *Regnum franco* è proprio nel senso di una accentuazione dei poteri statuali e cioè di una *reductio* ad una unità prima ignorata ⁵⁸.

Il peso, nell'ambito dello Stato, dell'associazione gentilizia e familiare intesa come legame fra persone fisicamente affini e quasi legame di sangue ⁵⁹, ha il suo perfetto parallelo nella situazione già illustrata della persona nell'assemblea. È un dato strutturale che riflette una concezione giuridico-politica primitiva e che non permette alla monarchia nè all'associazione una propria, perfetta unità.

Soltanto in questo ambiente sociale, in questa esperienza barbara e informe la necessità di un consenso dei singoli trova la sua giustificazione e il suo significato: consenso dei singoli — ripetiamo — come espressione di una concezione assolutamente particolaristica.

A questo particolarismo — e lo esamineremo a suo tempo con ampiezza — la Chiesa opporrà un'idea rigidamente unitaria; a questa preponderanza delle situazioni di fatto sostituirà un ordinamento

⁵⁷ VACCARI, *Dall'unità romana*, cit., p. 78 ss. Cfr. sulla situazione delle Spagna, a questo proposito speciale per elementi strutturali, etnici, politici le lucide pagine di R. GIBERT, *El reino visigodo y el particularismo español in I Goli in Occidente. Problemi*, III Settim. di Studio del Centro italiano sull'Alto Medio Evo, Spoleto, 1956.

⁵⁸ VACCARI, *Dall'unità romana*, cit.; cfr. anche BOGNETTI, *S. Maria Foris Portas di Castelseprio*, loc. cit., e P. S. LEICHT, *Dal « Regnum Langobardorum » al « Regnum Italiae »*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, III (1930), ora in *Scritti vari di storia del diritto italiano*, I, Milano, 1943, che pur non apporta al nostro problema alcun contributo.

⁵⁹ Su questo vincolo di sangue insiste TACITO, *Germania*, XXXIX, riferendosi ai *Senones*.

teologico-giuridico di gran lunga più perfetto, rivelando una elaborazione di pensiero e un potere di astrazione mai prima di allora raggiunti. Onde è necessario che noi passiamo ad esaminare, nelle sue peculiarità, l'ordinamento della Chiesa primitiva. Caratterizzare questo ordinamento nei confronti dell'ordinamento germanico, servirà anche a caratterizzare l'unanimità canonica e a farcene scorgere l'origine singolarissima.

III. — I PRESUPPOSTI DEL CONCETTO UNANIMITARIO CANONICO

6. Non è possibile comprendere appieno il concetto canonico di *unanimitas* senza aver chiari i suoi presupposti. Questi, come già abbiamo precisato, si ritrovano nel particolare ordinamento giuridico della Chiesa primitiva, e nei due principi fondamentali che lo dominano, quello della Chiesa intesa come istituzione e quello della unità dogmatica e organica della Chiesa.

E conviene subito dire che si tratta di « presupposti », che a nostro parere non sempre la dottrina storico-giuridica ha rettamete inteso; infatti, molto spesso non sono stati colti il fondamento e le peculiarità dell'*Urchristentum* che sono invece così particolari e anche così netti. Il nostro discorso deve pertanto allargarsi: l'*unanimitas*, che riflette perfettamente i caratteri di quell'ordinamento, ne costituisce non solo la più tipica derivazione, ma anche uno dei suoi principi essenziali; come tale, ne assomma in sé gli aspetti più vari, e deve essere vista in un quadro più ampio, dove si potrà cogliere meglio la sua giustificazione e il suo significato.

Tratteremo quindi più oltre dei principi del *corpus ecclesiae* e dell'*unanimitas ecclesiae*. Ora ci sia consentito di parlare dell'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva: prima di tutto dell'esistenza di questo ordinamento, in secondo luogo di alcuni suoi aspetti fondamentali. Col che ci sarà facile l'esatta comprensione del nostro istituto: il concetto unanimitario presuppone infatti un ordinamento diverso da quelli civili e costruito su basi affatto singolari.

A) L'ordinamento giuridico della Chiesa primitiva.

7. Già parlare di un ordinamento giuridico della Chiesa primitiva potrà sembrare un po' rischioso; specialmente se per Chiesa primi

ovverossia una *societas* la cui esistenza è ignorata dallo Stato e tutt'al più viene considerata dal punto di vista del fatto, come una setta degna di persecuzione. Società che, pur ingigantendosi in modo singolare, restava politicamente nell'ombra.

Politicamente però, non giuridicamente, o almeno non così, se non vogliamo ancorare ogni manifestazione giuridica a un riconoscimento e a una dichiarazione di volontà dell'entità statale.

Infatti non possiamo condividere l'orientamento dei molti scrittori che, riguardando l'esperienza sociale della Chiesa, ritengono di poter parlare di diritto, diritto canonico, solo dopo che lo Stato romano si è occupato della Chiesa⁶⁰. Il che non solo è antistorico, ma costituisce una stortura logica. Non sono comprensibili per esempio tesi, come quella enunciata dal Savagnone, che « il diritto romano ecclesiastico ha dunque preceduto il diritto canonico e una storia scientifica del diritto canonico deve ineluttabilmente far capo a quello. E ciò tanto più quando si pensi alla innegabile influenza che il diritto romano ecclesiastico ha esercitato sul diritto canonico »⁶¹. Torneremo più avanti, senza peraltro addentrarci troppo, su questo difficile argomento dei reciproci infussi tra i due diritti, che ha susci-

⁶⁰ Così TURNER, *The organisation of the Church*, cit., p. 178, secondo cui « the conception of a Church Law, ius ecclesiasticum, ius canonicum, was not matured till the fourth century, and then largely as a result of the new position of the Church in relation to the State, and in conscious or unconscious imitation of the Civil law ». Nello stesso ordine, tra i romanisti, SALELLES, *L'organisation juridique*, cit., pp. 507-508; SAVAGNONE, *Studi*, cit., p. 2 ss.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., I, p. 38, e, nella dottrina storico giuridica, E. BESTA, *Avvicinamento allo studio della storia del diritto italiano*, Padova, 1926, p. 45 (cfr. però quanto ne dice F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I. *Le Fonti*, Milano, 1954, p. 166, nota II) e A. SOLMI, *Stato e Chiesa secondo gli scritti politici da Carlomagno fino al concordato di Worms (800-1122)*, Modena, 1901, p. 17, nel quale ultimo il problema si pone concettualmente assai confuso. Tra gli ecclesiastici, al rigido positivismo statalistico di HINSCHIUS, *Das Kirchenrecht*, cit., III, p. 790 ss., fa riscontro il più meditato esame di SOHM, *Kirchenrecht*, cit., p. 157 ss. (sulla complessa e suggestiva, sia pure inaccettabile, teoria del Sohm, cui, per ovvie ragioni, non possiamo nemmeno accennare, si potrà utilmente vedere H. BAKON, *Kudolf Sohm und die Grundlegung des Kirchenrechts*, Tübingen, 1931). Per una chiara impostazione del problema ROBERTI, *Cristianesimo e collezioni giustiniane*, cit., pp. 22-23, e ASTUTI, *Lezioni*, cit., p. 233. Limpide e pregevoli le pagine del CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., pp. 162-171 dove si criticano le suaccennate teorie del Solmi e del Besta e dove il problema è veduto con intelligente chiarezza.

tato, specialmente qualche decennio fa, una copiosa letteratura⁶². Obiettiamo però sin d'ora al Savagnone, che la sua affermazione è totalmente contraria al dettato delle fonti.

Non c'è dubbio che la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, enunciata su un piano dogmatico di teoria generale da Santi Romano⁶³, possa trovare e trovi nella storia alcune efficaci riprove: tra queste, è, a nostro avviso, il fenomeno di Chiesa e Stato nei primi tre secoli della nostra era.

Di fronte alla vigorosa esperienza statutale dell'Impero Romano, la Chiesa, società organizzata dei battezzati, ha la precisa coscienza del proprio ordinamento, elabora secondo quella coscienza un proprio sistema di norme che, traducendosi sul terreno dei rapporti sociali, si pongono, nell'ambito canonico, come vere norme giuridiche. Le sfere concentriche, autosufficienti ed esistenti per una loro propria forza e consapevolezza, dei due ordinamenti, della Chiesa e dello Stato, sono allora assai palesemente visibili, senza quegli intrecci di giurisdizione e di sovranità che varranno, molti secoli più tardi, a intorbidare e confondere i loro reciproci rapporti.

Posto in questo modo il problema — e dimostriamo quanto siamo andati dicendo —, risultano parimenti incomprensibili talune affermazioni, per esempio del Saleilles, che, studiando l'organizzazione delle prime comunità cristiane, assume che queste comunità, in quanto non riconosciute dallo Stato romano, si ponevano sul piano delle associazioni non riconosciute e non delle persone giuridiche. La comunità cristiana « possiede bien encore à titre collectif, mais sans que l'individualité de ses membres ait disparu dans l'unité de l'être corporatif »⁶⁴. Il più esasperato statalismo vieta qui di scorgere, nella scienza stessa dell'ordinamento ecclesiastico, l'assenza o la presenza di un *collegium* considerato come *corpus*, come persona, come entità a sè stante. Questa assenza, o questa presenza, è unicamente condizionata alla manifestazione di una volontà statutale.

Come già abbiamo in principio affermato, è quindi nostra preoccupazione di lasciare da parte i rapporti tra Chiesa e Stato, che sor-

⁶² Ci basti rinviare qui alla bibliografia citata nella nota 21.

⁶³ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946 (gia in *Annali delle Università toscane*, a. 1917-18). Sulla teoria « istituzionalistica » cfr., tra la sterminata bibliografia cui ha dato origine, su di un piano dogmatico, A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1953², pp. 1-68, e sul piano storico, CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., Libro I, Cap. I.

gono stabilmente solo dopo l'editto di tolleranza, e di limitare la nostra indagine al piano canonistico, ovverosia all'interno dell'ordinamento della Chiesa, nel quale ordinamento il concetto unanimitario sorge e si sviluppa. Anzi sorge e si sviluppa — ripetiamo — riflettendo perfettamente le peculiarità dell'ordinamento stesso.

Al qual proposito conviene subito sgombrare la via da un'altra obiezione che potrebbe essere facilmente opposta e che con estrema facilità viene ripetuta da storici e da dogmatici⁶⁵: che cioè l'ordinamento della Chiesa, prima del 313, è unicamente teologico e pertanto irrilevante per il giurista. Osserviamo che, anche volendo considerare come puramente teologico questo ordinamento, male farebbe il giurista a disinteressarsene.

Se è vero che la norma civile trova il suo fondamento e la sua giustificazione in una realtà sociale o naturale presupposta, è pur vero che la norma canonica presuppone e si giustifica in una realtà squisitamente teologica; onde è perfettamente comprensibile l'affermazione che il dogma e la teologia « finiscono per costituire nell'ordinamento canonico i veri pilastri giuridici fondamentali e le effettive norme basi legislative del suo sistema di diritto positivo »⁶⁶. E per scendere ancor più da vicino al nostro problema è agevole constatare che la importanza e novità dell'ordinamento canonico rispetto a quello romano, per quanto riguarda la storia del concetto di persona giuridica, consiste in questo, che nell'ordinamento canonico esiste un forte rapporto coesivo fra i membri della corporazione, un vincolo cioè di coesione e di unità che è legame teologico e mistico.

Di natura non giuridica è quindi la scaturigine di questa *reductio ad unitatem* che, nello stesso ordinamento della Chiesa primitiva, trova poi una efficace trasposizione giuridica. L'ordinamento della Chiesa può darci questa novità concettuale in quanto è ordinamento teologico prima ancora che giuridico.

Il discorso rapporto tra diritto e teologia, su cui la dogmatica ecclesiasticista ha tanto e tanto notevolmente discusso⁶⁷ è particolarissimo

⁶⁵ Oltre alle opere del Turner, del Saleilles, del Savagnone, del Biondi, del Besta, del Solmi, del Hinschius, citate alla nota 60, cfr. anche GILLET, *La personnalité juridique*, cit., p. 54. Il problema è stato assai recentemente ripreso da E. KOHLMEYER, *Charisma oder Recht? Vom Wesen des ältesten Kirchenrechts*, in *ZSS-KA*, XXXVIII (1952).

⁶⁶ P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico, I. Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano, 1956, p. 191.

⁶⁷ Cfr. fra gli altri G. RENARD, *Contributo allo studio dei rapporti tra diritto*

e peculiare in questi primi tre secoli di vita sociale della Cristianità.

Spesso si è voluto definire come primitivo questo ordinamento; avremo modo di fare in seguito alcune precisazioni; ma è fin da ora da affermare (ed è importante perchè la unanimità canonica presuppone questa situazione) che la sua primitività va intesa in un senso affatto singolare: ovverossia in un accentuato teologismo, in un estremo scompensamento tra il dato teologico e quello giuridico con piena predominanza del primo, o se si vuole una generale indistinzione tra quel dato teologico e questo dato giuridico.

Tutto ciò non può però condurci a negare la giuridicità di una simile *societas*. Basti pensare che una tale distinzione compiuta si avrà solo con Graziano⁶⁸. È ragionevole e accoglibile invece l'affermazione che il profilo giuridico è subordinato al profilo teologico⁶⁹.

È necessariamente. Prima e più che organizzazione giuridico-sociale la Chiesa è *ἐκκλησία* ossia convito di *charitas*; è una società mistica il cui fine primo è la *salus aeterna animarum*; è insomma la depositaria delle divine verità e lo strumento per la discesa della Grazia sui fedeli⁷⁰. Solo che, nel filone della civiltà occidentale, il fondamento e le finalità teologiche non impediscono alla Chiesa una organizzazione pratica e temporale, una struttura organica che sempre più vien divenendo giuridica.

Questo *iter* è documentabile attraverso i primi monumenti canonici, ed avremo noi stessi modo di illustrarlo tratteggiando l'evoluzione che la dottrina paolina del *corpus mysticum* ha nella letteratu-

e teologia. *La posizione del diritto canonico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XVI (1936), ove si parla di dipendenza tra teologia e diritto; P. GISMONDI, *Le leggi puramente penali e le leggi puramente morali per la Chiesa e per lo Stato*, in *RISG*, N.S., XI (1936); J. ELLUL, *Fondement théologique du droit*, Delachoux, 1946. Per una visione d'insieme del problema D'AVACK, *Corso*, cit., pp. 81-126 (Bibl. cit.).

⁶⁸ F. BRANDILEONE, *Perché Dante pone Graziano in Paradiso*, in *Rendiconti dell'Accad. Nazion. dei Lincei. Scienze morali e storiche* (marzo-aprile 1926); cfr. GISMONDI, *Le leggi*, cit., p. 4 (dell'estratto).

⁶⁹ Così, riferendosi al concetto di Chiesa, GRUBER, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., III, p. 107: « Die christliche Theologie verlieh dem ursprünglich nur in seiner inneren religiösen Bedeutung entfaltenen Kirchenbegriff mehr und mehr das Gepräge eines äusseren rechtlichen Verbandsbegriffes ».

⁷⁰ Sul fine della Chiesa ci basti qui rinviare a LIE BRAS, *Prolégomènes*, cit., pp. 23-25 (ivi ricca bibliogr.).

ra patristica. Se il diritto non è mai stato fine della Chiesa, tanto in dovette esserlo nella Chiesa primitiva, in una società dalle relazioni esperienze politico-sociali; ma non per questo esso fu meno necessario alla sua strutturazione.

Del resto che la Chiesa elaborasse un suo proprio diritto è in consapevolezza di tutta l'Apologetica. Abbiamo precisato il perimetro del limite cronologico del presente lavoro ed abbiamo insistito sul valore della testimonianza degli apologetisti: essi contribuiscono direttamente alla creazione dell'ordinamento ecclesiastico; l'organizzazione ecclesiastica, pur promanante da norme evangeliche e apologetiche, è anche opera loro. E gli Apologetisti hanno chiara la coscienza dell'esistenza di uno *jus ecclesiasticum*. Lucida è l'espressione di Ireneo: *ἐκκλησίαν τῆς Ἐκκλησίας σύστημα* ^{70 bis}, con frase che sarà, per esempio, ripresa nello stesso senso da Origene⁷¹. E *σύστημα* è, nel pensiero di Ireneo, l'ordinamento della Chiesa visto come dottrina, o complesso di norme, e organizzazione, o complesso di mezzi. Osserviamo poi che *κωνὸν* e *canon* nel senso di regola imperativa sono termini quantissimi nelle opere dei Padri, da Clemente a Cipriano⁷², e sempre riferiti alle statuzioni ecclesiastiche; e frequenti sono anche i termini *disciplina* e *regula*⁷³ ed anche *jus* e *lex*⁷⁴; e tutti adoperati un senso affatto diverso da quello di pura norma morale.

^{70 bis} IRENEO, *Adversus Haereses*, IV, XXXIII, 8. Meno interessante, altrettanto significativa, la traduzione latina: « antiquus Ecclesiae status universum mundo et character corporis Christi secundum successiones episcoporum quibus illi [apostoli] eam quae in unoquoque loco est ecclesiam tradiderunt ». Il Sobm del resto avverte assai intelligentemente che *σύστημα* non può essere tradotto semplicemente « Kirchengesamtheit » (Kirchenverfassung), bensì « die Koerperschaft der organisierte Gesamtheit der Ekklesia » (Kirchenrecht, cit., p. 201, nota 1).

⁷¹ ORIGENE, *Contra Celsum*, III, 7 e 31.

⁷² Ci basti qui ricordare l'uso puntuale che ne fa CLEMENTE, *I ad Corinthios*, VII, 2; XLI, 1. Con significato meno pregnante già li troviamo in PAOLO (II Cor., X, 13; Gal., VI, 16).

⁷³ Ricordiamo solo alcuni tra i frequentissimi passi. Così *disciplina* TERTULLIANO, *Apologeticum*, XXXVII, 5-XXXIX, 1; CIPRIANO, *Epistola LVIII*, I. *Lex* in TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 8, 13. CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 9. *Jus*, in TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 20, 25; CIPRIANO, *Epist.*, LXXIII, II-LXIX, I; *regula* TERTULLIANO, *De praescriptione haereticorum*, 13, 17-14, 19-14, 13-22, 1-37, DIDASCALIA, LVI.

⁷⁴ Particolarmente sull'uso dei termini *lex* ed *ius* in Tertulliano, nel senso precisato nel testo, cfr. VITTON, *I concetti giuridici nelle opere di Tertulliano*, cit., pp. 17-23 e BECK, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian*, cit.

Secondo la dottrina patristica, la Chiesa nel suo ambito emana delle vere e proprie norme giuridiche; per questo il termine *lex*, tipico delle statuizioni civili dello Stato romano, trova applicazione per definire le norme della Chiesa ⁷⁵.

Ma v'è di più: i Padri non si limitano a concepire la Chiesa quale fonte produttrice di diritto, ma hanno chiaro il pensiero della Chiesa come ordinamento ⁷⁶.

Nella mente di Cipriano, il « dottor sottile » dell'Apologetica, è, per esempio, netta la concezione dell'ordinamento canonico che si pone di fronte e contro gli eretici: « Dicimus omnes omnino haereticos et schismaticos nihil habere potestatis ac iuris » ⁷⁷. È evidente e singolare la trasposizione dei concetti del diritto civile *potestas* e *ius* nell'ambito dell'ordinamento canonico. Gli eretici e gli scismatici sono al di là dei confini di questo, nè possono fruire di poteri o diritti nel suo ambito. La Chiesa, società dei *fideles*, è concepita come ordinamento, ossia come un complesso sociale organizzato, autonomo e autosufficiente, in sè completo ⁷⁸.

pp. 59 e 64. Il termine *lex* è usato poi innumerevoli volte con senso pregnante in Ireneo e in Origene. Si confrontino anche le pagine dello HAENACK, *Die Mission und Ausbreitung des Christentums*, cit., p. 489 ss.

⁷⁵ È notevole l'uso della parola *reatus* a indicare infrazioni anche allo *ius divinum* e allo *ius ecclesiae* in TERTULLIANO: « summus saeculi reatus... idololatria. Nam etsi suam speciem tenet unumquodque delictum, etsi suo quodque nomine iudicio destinatur, in idololatriae crimine expungitur » (*De idololatria*, I).

⁷⁶ Si ricordi il significativo passo di Ireneo citato alla nota 70. Interessanti le pagine del D'ERCOLE, *Gesù legislatore e l'ordinamento giuridico della sua Chiesa nei Vangeli*, Roma, 1957, specialmente p. 99 ss.

⁷⁷ CIPRIANO, *Epist.*, LXIX, I. E più oltre, in altra lettera, Cipriano nega agli eretici il *ius baptismi* confermando e quasi applicando quanto era andato dicendo alla *Epist.* LXIX. Cfr. anche GASPARI FOLLANI, *T.C. Cipriano*, cit., p. 79.

⁷⁸ Ci sia consentito anche di notare l'uso frequente che in Tertulliano e Cipriano si fa del termine « institutio » che avrà poi una particolare fortuna applicato alla Chiesa; ed è da precisare che, se ancora in Tertulliano « institutio » è usato nel senso di dottrina o complesso di dottrine (il che vuol dire che l'ordinamento è visto come complesso di norme), in Cipriano « institutio » sta a significare un ordinamento visto anche nella sua organizzazione: « per plurimas civitates novas apostolos suos mittat, ut quaedam recentia institutionis suae fundamenta constituat » (*Epist.*, LV, 24), riferendosi palesemente — secondo le stesse parole di Cipriano ivi affermate — alla « ecclesiastici corporis compago ». Interessante anche *Epist.*, XLVI.

Era, in fondo, questa la concezione di Tertulliano quando, nella sua vigorosa apologia, contrapponeva il *corpus christianorum* inteso come *curia*, ossia comunità organizzata, alla *factio*, alla collettività degli impropri, dei malvagi, dei gentili, retta solo da sfrenati sentimenti od istinti. *Curia* il tipico termine della giuridicità romana, rappresenta infatti un corpo dominato dalla disciplina ⁷⁹.

I Concili raccolgono su questo punto la tradizione dei Padri. Si consideri questo canone del Concilio Eliberitano (a. 305): « Si quis di Catholica Ecclesia ad haeresim transitum fecerit... » ⁸⁰. Non Cristianod Eretici; non gruppi o collettività di diversi fondamenti, ma sola una *Ecclesia* e, di fronte, una *Haeresis*.

L'astrattezza dei termini, particolarmente l'astrattezza di quella *haeresis*, sono testimonianze di una evoluta potestà di astrazione per cui, prescindendo dalle persone, le due società, dei fedeli e degli eretici, divengono due ordinamenti, due istituzioni. Gli eretici, che l'Apologetica ha in genere menzionato col sostantivo plurale, quasi a dimostrarne il frammentarismo e la non compattezza si vengono ora raccolti in questa dizione astratta al solo fine di dare risalto all'altro termine opposto, ovverosia all'*Ecclesia*. E i Padri del Concilio parlano di *transitum*, quasi un passaggio da un terreno dai confini ben precisati, a un altro e diverso terreno con confini altrettanto netti.

Il Concilio Eliberitano traduce però in termini di esasperata astrazione ciò che era frutto di una evoluzione lenta, percorsa, passo passo attraverso i primi tre secoli.

Non possiamo, nè offrirebbe interesse ai fini di questo lavoro seguire le numerose affermazioni in cui la Chiesa balza come ordinamento attraverso i canoni conciliari. È ormai un dato incontrovertibile, che assume sempre più una fisionomia spiccatamente giuridica ⁸¹.

⁷⁹ TERTULLIANO, *Apologeticum*, XXXIX, 20: « Haec coitio christianorum merito sane illicita, si illicitis par, merito damanda si quis de ea queritur eo tulo quo de factionibus querela est... Cum probi, cum boni coeunt, cum pi cum casti congregantur non est factio dicenda sed curia ». Cfr. per questo passo la lunga e minuta analisi di EHRLHARDT, *Das Corpus Christi*, cit., p. 302 ss.

⁸⁰ *Concilium Eliberitanum*, c. XXII, in MANSI, t. II, col. 9.

⁸¹ Si confronti, al proposito, quel passo di CIPRIANO, *De catholicae ecclesiae unitate*, 12, che riprenderemo più avanti, e in cui si oppone l'unità della Chiesa ai « conventicula... diversa » degli eretici.

⁸² Questo già nei primi Concili del IV secolo, in cui ormai la disciplina canonica è già un qualcosa di elaborato e di compiuto.

Giustamente, il Concilio di Nicea parlerà eloquentemente di un « *παλαιός καὶ καινολόγος νόμος* »⁸³.

Quindi, per concludere su questo primo punto, esiste nella coscienza della Chiesa dei primi tre secoli un ordinamento che, al contrario di quelli civili, costruisce su basi teologiche la sua struttura giuridica: questa indistinzione tra teologia e diritto, e, in ogni caso, questa prevalenza della teologia sul diritto (che verificheremo più avanti nella concezione unanimitaria) costituiscono il dato fondamentale di questo ordinamento, che non può tuttavia, secondo quanto abbiamo creduto di dimostrare, non essere definito giuridico.

8. A ciò vogliamo anche aggiungere che, se è legittimo parlare di un ordinamento giuridico della Chiesa primitiva, considerato — come abbiamo fatto — nella consapevolezza stessa degli scrittori canonici e delle statuizioni canoniche, è altrettanto legittimo parlare di un ordinamento affatto autonomo⁸⁴ *bis*.

Intendiamo cioè porre la nostra attenzione sulla completa autonomia che il diritto canonico, sin dalle sue origini, ebbe nei confronti delle più rilevanti esperienze giuridiche dell'antichità classica.

Il sistema canonico nasceva da premesse sue proprie e peculiari, per esigenze altrettanto peculiari. Nasceva da un punto fermo costituito dall'armonico complesso del Nuovo Testamento, su cui, attraverso i primi secoli, si svolgerà l'elaborazione della Patristica e dei Concili: dovette derivarne quindi un sistema giuridico con caratteristiche affatto particolari e che poco dovette risentire, nelle sue elaborazioni dottrinarie, delle esperienze giuridiche precedenti.

Psicologicamente i Cristiani dei primi tre secoli erano portati non solo a un distacco profondo, ma, comprensibilmente, a una avversione per i gentili, i romani, i persecutori. « *Externi sumus* » afferma Tertulliano⁸⁴ ai primi del III secolo, esprimendo con efficace succin-

⁸³ *Concilium Nicaenum*, c. 13, in MANSI, t. II, col. 674.

⁸⁴ *bis* Assai efficacemente afferma, a proposito della Chiesa, il LE BRAS (*Prologomènes*, cit., p. 3): « *Les quatre notes dont elle se pare définissent exactement son originalité: unité de dogme, de morale, de discipline fondamentale; sainteté des origines, des moyens et des buts; catholicité, traduisent vocation de s'étendre à la terre habitée; apostolicité, c'est à dire respect ininterrompu des enseignements du Fondateur, transmis par ses disciples* ». Sulla originalità del diritto canonico fino dalle origini cfr. J. KLEIN, *Grundlegung und Grenzen des kanonischen Rechts*, Tübingen, 1947.

⁸⁴ TERTULLIANO, *Apologeticum*, XXXVII, 4. È tuttavia da notare che sia

zione una particolare situazione psicologica, una coscienza che era propria di tutta la Chiesa: la coscienza dei credenti in una dottrina che trovava in Dio la sua voce prima; la degnosa coscienza della assoluta autonomia dogmatica del proprio ordinamento che poneva la sua basilare fondazione nella vita terrena del Dio incarnato e nelle sue parole testimoniate fra tutte le genti dagli Apostoli.

Questo iato profondo è singolarmente appariscente in tutte le fonti ecclesiastiche del periodo ed è indicativo di quanto poco disposti fossero i cristiani a recepire nel proprio ordine istituti e principi giuridici dal mondo romano. Il problema di un influsso del diritto romano sul diritto canonico è senz'altro prematuro. Sono ben lontani ancora il IX e X secolo in cui le collezioni canoniche recheranno indubbi segni di un complesso e vario influsso del diritto romano⁸⁵.

Tutt'altro discorso dovrebbe farsi intorno alla influenza del costume e della civiltà. Chè se Clemente Romano, Cipriano, Tertulliano, uomini che prendevano parte attiva alla vita civile, non potevano non risentire del costume romano; se la loro impostazione pratica, attiva, la loro visione estremamente concreta ed equilibrata anche dei fenomeni religiosi tradisce le caratteristiche tipiche del temperamento latino; e se latino, o meglio romano, è anche il loro linguaggio, che riflette o riprende lo stesso vocabolario, ora militare, ora amministrativo, ora commerciale dell'Impero⁸⁶, non si può dire per questo che ordinamento canonico e ordinamento romano, in questi primi secoli, ebbero possibilità, seria ed efficace, di influenzarsi reciprocamente.

L'editore dell'*Apologeticum* nel C.S.E.L. (H. Hoppe), sia quello nel *Corpus Christianorum* (E. Dekkers) scrivono *hesterni anziché externi*, basandosi sui codici *Petropolitani*, *Parisinus*, *Admontensis* e *Oroniensis*. Preferiamo tuttavia seguire l'altra lezione (che è propria del codice *Fuldensis* e del cosiddetto *consensus codicum vulgatae recensionis*), perchè in perfetta armonia con il significato di tutto il testo del cap. XXXVII dell'*Apologeticum*.

⁸⁵ Su di che ci basti rinviare a P. FOURNIER-C. LE BRAS, *Histoire des collections canoniques en Occident depuis les Fausses Décretales jusqu'au Décret de Gratien*, Paris, 1931-32, e a C. G. MOR, *Le droit romain dans les collections canoniques des X^e et XI^e siècles*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1927, e *La reception del diritto romano nelle collezioni canoniche dei secoli IX-XI in Italia e Olt. Alpe*, in *Acta Congressus iuridici internationalis* (Romae, 12-17 novembris 1934), Romae, 1935, II.

⁸⁶ Ne è un esempio tipico quel passo della prima lettera di Clemente ai Corinzi in cui si dimostra conoscenza perfetta dei vari termini e gradi dell'ordinamento militare (CLEMENTE, *I ad Corinthios*, XXXVII, 2-3).

L'unico dato strutturale in cui la Chiesa accetta quasi sempre quanto era stato costruito dal diritto pubblico di Roma è la divisione in circoscrizioni territoriali.

La missione e la propagazione della Chiesa, per usare due termini cari a Harnack, ha fondamento nelle città⁸⁷; nel nucleo cittadino, incredibilmente popoloso riguardo alle campagne ormai colpite da una crisi demografica, l'organizzazione ecclesiastica deve trovare il suo centro, il fulcro da cui far muovere i suoi *clerici* per la propagazione del Vangelo. La città costituiva però generalmente anche il centro della vita civile, la residenza del *praeses provinciae*. Avvenne quindi che generalmente metropoli e vescovo convivessero con le autorità laiche e che, pian piano, per naturale comodità, la provincia ecclesiastica si cristallizzasse nella stessa estensione di quella amministrativa⁸⁸. È chiaro però che l'organizzazione ecclesiastica recepiva e assorbiva un semplice dato esterno, materiale.

9. Ben più ardua e complessa è la questione dei rapporti tra diritto ebraico e diritto canonico⁸⁹. Profondo e vario l'infusso religioso ebraico sul Cristianesimo; anzi, la dipendenza del Cristianesimo dall'ebraismo sul piano storico-religioso: « Nolite putare quoniam veni solvere legem aut prophetas: non veni solvere, sed adimplere »⁹⁰.

⁸⁷ HARNACK, *Die Mission und Ausbreitung*, cit.; LEBRETON-ZEILLER, *L'Eglise primitive*, cit., p. 374. Che il vescovo sia vescovo « di città » è chiaro dalle fonti. Cfr. CANONES APOSTOLORUM, XXXI: « Episcopum non audere extra terminos proprios ordinationes facere in civitatibus et villis quae illi nullo iure subiectae sunt ». La diocesi si incentrava dunque nel nucleo cittadino, o in una *villa*, ossia città nascente dalla campagna, ma sarebbe inconcepibile pensarla avulsa dalla « città ».

⁸⁸ HEFFELE-LECLERCQ, *Histoire des conciles*, cit., t. I, P. I, pp. 540-544; DUCHESNE, *Origines du culte chrétien-Etude sur la liturgie latine avant Charlemagne*, Paris, 1889, p. 12, e *Storia della Chiesa antica*, Roma, 1911, p. 285 ss. Su come lentamente l'organizzazione provinciale della Chiesa si sia andata sviluppando e fissando, cfr. LEBRETON-ZEILLER, *L'Eglise primitive*, cit., p. 373 ss.

⁸⁹ Sul diritto ebraico si può vedere il recente volume di J. RABINOWITZ, *Jewish Law-Its influence on the development of legal science institutions*, New York, 1956. Studio che tuttavia, salvo irrilevanti e casuali accenni, non tratta del nostro problema. Cfr. invece sui rapporti tra diritto ebraico e chiesa primitiva, con qualche riserva E. KREBS, *Urkirche und Judentum*, Berlin, 1926; e più recentemente K. THIEBE, *Kirche und Synagoge*, Stuttgart, 1945, e W. MAURER, *Kirche und Synagoge*, Stuttgart, 1953.

Si capisce però che altro è il nostro problema. Ristretto il nostro esame ai rapporti tra i due ordinamenti, l'ebraico e il cristiano, possiamo, senza tema d'errore, affermare un limitato infusso di quello su questo⁹¹. Del resto l'esperienza giuridico-sociale ebraica fu di per sé limitata e come importanza e come ampiezza geografica.

Limitata come importanza in quanto l'ordinamento ebraico, senza mai dar vita a un vigoroso regime statale, senza mai porsi un complesso di leggi a sua regola, rimaneva ancorato alle statuizioni mosaiche e del Vecchio Testamento in genere, offrendo testimonianza di una straordinaria esperienza religiosa più che politica. Senza contare che, al sorgere del Cristianesimo, la Palestina, confusa nell'Impero come provincia, non serbava che dei relitti storici a ricordo della indipendenza politica e giuridica. E data anche la ristrettezza geografica dell'ambiente ebraico, nel chiuso limite provinciale della Palestina, è evidente come il Cristianesimo, balzato su di un piano universale per l'attività missionaria degli Apostoli e dei loro discepoli, si dovesse ben presto liberare di eventuali residui ebraici che risentivano necessariamente del limite geografico, etnografico, sociale entro cui erano destinati ad aver vigore⁹². Purtuttavia in questo ambiente ristretto si svilupparono le prime comunità cristiane (a Gerusalemme, a Pella ecc.); come vedremo più approfonditamente oltre, da questo ambiente il Cristianesimo trasse influssi cospicui per la sua con-

⁹¹ È inoltre da notare una costante avversione dei Padri contro il giudaismo. Contro gli ebrei scrissero Giustino, Aristide, Aristo, Apollinare Jerapolitano, Milziade, Tertulliano e Origene. E ancora certi canoni conciliari del IV secolo risentono di questa ostilità. « Si vero quis clericus vel fidelis cum iudaicis cibum sumpserit, placuit eum a communione abstinere, ut debeat emendari » (*Concilium Eliberitanum*, a. 305, in MANSI, t. II, c. 14). Anche su un puro piano religioso il vecchio Israele è solo un'ombra di ciò che sarà la Chiesa. La Chiesa possiede lo Spirito Santo, la Sinagoga solo la lettera. Cfr. B. STEIDLE, *Patrologia*, Friburgi Brigoviae, 1937, p. 16. Cfr. anche G. F. MOORE, *Judaism in the first Centuries of the Christian era*, 1-3, Cambridge, 1924-32, e J. BONSTEVEN, *Juifs et chrétiens*, Paris, 1936.

⁹² Ne è una riprova la cosiddetta chiesa giudeo-cristiana, ovverossia una collettività di cristiani in cui l'infusso ebraico fu decisamente prepotente, tanto da imprimere a questa comunità delle caratteristiche peculiari. Ebbene, dicavamo riprova, poiché trattasi di una « chiesa » che vive ancora per secoli una vita appartatissima nell'ambito della Chiesa universale, quasi avulsa dal ceppo generale delle comunità cattoliche e, verso la quale i Padri del secolo IV avranno parole di severità e di rampogna. Cfr. LEBRETON-ZEILLER, *L'Eglise primitive*, cit., pp. 393-395, e anche BARFFOL, *La Chiesa nascente*, cit.