



Burkhard J. Berkmann

(ordinario di diritto canonico nell'Università Ludwig-Maximilian
di Monaco di Baviera, Facoltà di Teologia Cattolica)

**La codificazione del diritto compromette la sua flessibilità?
Il diritto canonico comparato con altri diritti religiosi¹**

SOMMARIO: 1. Cento anni di codificazione - 2. Il bisogno di flessibilità - 3. Varietà degli strumenti di flessibilizzazione - 4. I motivi della flessibilità - 5. Necessità - 6. Utilità - 7. Motivi teologici - 8. Flessibilità e codificazione - 9. La codificazione porta all'irrigidimento? - 10. La codificazione agevola i cambiamenti? - 11. Varie funzioni della flessibilizzazione - 12. Piano interpretativo, applicativo o legislativo?

1 - Cento anni di codificazione

Il 1917 costituisce un importante anno di riferimento nella storia del diritto della Chiesa cattolica: per la prima volta venne realizzata una codificazione. In occasione del suo 100° anniversario, oggi diverse conferenze e pubblicazioni affrontano questo tema, soprattutto il congresso della *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo* intitolato "Codificazione Piano-Benedettina e Culture Giuridiche".

La codificazione può essere osservata da molti punti di vista. In particolare, attualmente merita attenzione la questione: la codificazione del diritto compromette la sua flessibilità? Tale questione è stata dibattuta intensamente già nella fase in cui è nato il codice nel 1917. Allora il diritto canonico veniva confrontato soprattutto con le codificazioni statali. Oggi, visto l'attuale pluralismo religioso, esiste l'opportunità di confrontare il codice cattolico con i diritti religiosi che non conoscono codificazioni. Nel presente saggio si procede a una comparazione con tre tradizioni giuridiche: quella ortodossa, quella ebraica e quella islamica.

2 - Il bisogno di flessibilità

Innanzitutto si constata un aspetto comune fondamentale. In tutte le quattro tradizioni giuridiche risulta evidente il bisogno di flessibilità. Anche se le regole giuridiche restano invariate è tuttavia possibile prevedere un

¹ Contributo sottoposto a valutazione.



adeguamento a circostanze mutate o a casi particolari. Questo è quello che si intende per flessibilità. I concetti e gli strumenti che vengono scelti a tale scopo possono essere diversi, ma in ogni caso risulta esistere qualcosa che garantisca la funzione della flessibilità.

3 - Varietà degli strumenti di flessibilizzazione

Nel diritto canonico della Chiesa cattolica è nota una serie di strumenti vari di flessibilizzazione. “Tali istituti o tecniche sono, ad esempio: L’*aequitas* (canonica), l’*epikeia*, cause esimenti e scusanti, il riconoscimento del foro interno come foro giuridico, la dispensa dalla legge, la tolleranza e la dissimulazione”².

Il diritto della Chiesa ortodossa si distingue per l’*oikonomia*.

“Perché il principio dell’economia ecclesiastica implica sempre la funzionalità della legge alla salvezza del singolo [...], essa può comportare non solo una sospensione o una riduzione, ma anche, se pastoralmente opportuno, un inasprimento delle sanzioni previste dai canoni”³.

Nel diritto ebraico il principio di base con cui si risponde alle nuove questioni di diritto religioso è la conclusione per analogia⁴. Questioni che nel corso dei secoli successivi sono state sollevate da nuove circostanze, sviluppi sociali e invenzioni tecniche non vengono esplicitamente citate nella Legge sinaitica. Tuttavia le disposizioni allora rivelate, sancite dalla Torah, forniscono i principi e i criteri con cui si risponde a nuove questioni⁵.

Nel diritto islamico le varie scuole e orientamenti hanno sviluppato i propri metodi di flessibilizzazione.

“Il *qiyās* è il ragionamento analogico, che permette di applicare a una situazione o a un atto nuovi la regola che disciplina una situazione o un atto già noti e che trova il suo fondamento in un testo. [...] Gli hanafiti sostengono la legittimità dell’*istiḥsān*, il ragionamento guidato dal senso di giustizia che permette al giurista di staccarsi dalla stretta analogia; i malikiti praticano l’*istiṣlāḥ*, prendendo in considerazione

² H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: Possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, in *Ius Ecclesiae*, 2000, p. 376.

³ E. MORINI, *La chiesa ortodossa: storia, disciplina, culto*, ESD-Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1996, p. 343.

⁴ D. BOLLAG, *Jüdisches Recht*, in R. PAHUD DE MORTANGES, P. BLEISCH BOUZAR, D. BOLLAG, C. TAPPENBECK, *Religionsrecht. Eine Einführung in das jüdische, christliche und islamische Recht*, Schulthess, Zürich, 2010, p. 13.

⁵ D. BOLLAG, *Jüdisches Recht*, cit., p. 13.



l'interesse generale per allontanarsi dal metodo consueto di estrazione delle regole dalle fonti"⁶.

4 - I motivi della flessibilità

Quando è giusta la flessibilità e quando è fuori luogo? Anche dal punto di vista delle motivazioni della flessibilità esistono somiglianze, benché vi siano differenze nella portata e nell'applicazione.

5 - Necessità

Un motivo che si presenta spesso consiste nel fatto che un allontanamento dalle regole di diritto generali sia assolutamente necessario o nel fatto che sarebbe impossibile attenersi inflessibilmente all'osservanza delle stesse. Già nelle antiche Chiese in Oriente si accettavano la possibilità di una situazione d'emergenza - dovuta ad esempio a pericolo di morte o malattia - o altre condizioni di impossibilità⁷. Secondo la dottrina cattolica si può applicare l'*epikeia* nel caso in cui risulti impossibile l'adempimento alla legge. "Nel caso della *impossibilitas moralis* da parte del destinatario di una legge o un precetto giuridico, in linea di principio valgono gli stessi criteri e gli stessi effetti come nel caso della *impossibilitas absoluta*"⁸. Il diritto islamico conosce i cosiddetti interessi da proteggere necessariamente (*ḍarūriyyāt*)⁹. *Istiḥsān* viene tra l'altro applicato per motivi di necessità (*ḍarūra*)¹⁰.

6 - Utilità

Sino a ora i metodi di flessibilizzazione tuttavia non sono stati estesi solo ai casi di necessità, ma anche a quelli di utilità.

⁶ R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Il diritto islamico*, in S. Ferrari, A. Neri (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Reggiani Editore, Lugano, 2007, p. 210 s.

⁷ Cfr. H. KAUFHOLD, *Oikonomia bei den altorientalischen Kirchen*, in *Kanon XXIV*, 2016, pp. 5 e 7.

⁸ Cfr. H. PREE, *Le tecniche*, cit., p. 415: "Necessitas non habet legem".

⁹ S. KURNAZ, *Der Diskurs über Maqāṣid aṣ-Ṣarī'a - Eine begriffshistorische Untersuchung*, in J. Ben Abdeljelil, S. Kurnaz, *Maqāṣid aṣ-Ṣarī'a. Die Maximen des islamischen Rechts*, EB-Verlag, Berlin, 2014, p. 102.

¹⁰ M.H. KAMALI, *Equity and Fairness in Islam*, Islamic Texts Society, Cambridge, 2005, p. 36.



Nelle antiche Chiese in Oriente l'utilità per i fedeli o per la Chiesa veniva accettata quale motivo di inosservanza di un canone¹¹. In ambito cattolico l'epikeia si applica quando viene meno lo scopo della legge o in caso di minaccia di grave svantaggio¹². Tolleranza e dissimulazione vengono esercitate per evitare un male maggiore¹³.

Nell'ebraismo la *sevara* rappresenta un metodo di dinamizzazione dell'*Halachà*. Si tratta della riflessione autonoma, fondata nell'intelletto umano, con cui si possono trovare delle norme che non sono contenute nei testi¹⁴.

Nell'Islam alcune correnti riconoscono gli interessi orientati al bisogno. Obiettivo dell'*istihsān* è sollevare da fatiche e difficoltà che verrebbero a risultare da una conclusione per analogia¹⁵. Il metodo dell'*istiślāh* si basa su ciò che viene ritenuto utile¹⁶. Mentre un rispetto preciso delle norme della *sharia* a volte implicherebbe per le persone gravi oneri e sforzi inutili, la considerazione dei principi che stanno alla base della *sharia* porta gioia e semplifica la vita¹⁷.

7 - Motivi teologici

Oltre alle considerazioni relative alla necessità e all'utilità esistono anche motivi teologici. Essi sono di particolare interesse quando si tratta di tradizioni di diritto religioso.

Pree definisce la salvezza dell'anima quale *norma normans* dell'intero ordinamento giuridico della Chiesa cattolica: "Dato che la *salus animarum* è *norma normans* dell'intero ordinamento canonico [...], quest'ordinamento e tutte le sue componenti richiedono una specifica flessibilità"¹⁸. In modo del tutto simile, Anapliotis vede l'obiettivo dell'applicazione del diritto nel diritto canonico ortodosso nella salvezza dell'anima¹⁹. Se si prescinde da

¹¹ Cfr. H. KAUFHOLD, *Oikonomia*, cit., p. 7.

¹² Cfr. H. PREE, *Le tecniche*, cit., p. 416.

¹³ Cfr. H. PREE, *Le tecniche*, cit., pp. 410 e 412.

¹⁴ Cfr. N. WIEDERBLANK, *How are we to determine what God wants? Reason, Revelation, or Both*, in *Hakirah*, 2014, p. 107.

¹⁵ S. KURNAZ, *Der Diskurs*, cit., p. 106; M.H. KAMALI, *Equity*, cit., p. 44.

¹⁶ Cfr. S. KURNAZ, *Der Diskurs*, cit., pp. 104 s.; J. BEN ABDELJELIL, *Die Maximen der islamischen Jurisprudenz - Überlegungen zu einer modernen islamischen Rechtsphilosophie*, in J. BEN ABDELJELIL, S. KURNAZ, *Maqāṣid aš-Šarī'a. Die Maximen des islamischen Rechts*, EB-Verlag, Berlin, 2014, p. 78 ss.

¹⁷ Cfr. J. BEN ABDELJELIL, *Die Maximen*, cit., p. 78.

¹⁸ H. PREE, *Le tecniche*, cit., p. 380.

¹⁹ A. ANAPLIOTIS, *Die so genannten "Apostolischen Kanones"*. Eine Einführung, in A.



un'applicazione rigida della legge, allora ciò avviene nel diritto della Chiesa cattolica e nel diritto ortodosso per misericordia²⁰ o per grazia²¹.

L'aggiornamento del diritto ebraico non punta verso il nuovo ai fini del nuovo stesso, ma verso l'ideale della santificazione della vita. Un esempio di principio di equità è presente già nella Bibbia ebraica: "Farai ciò che è giusto e buono agli occhi del Signore" (Dt 6, 18)²².

Nell'Islam la flessibilità del diritto può essere giustificata dalla misericordia di Dio²³ e dalla filantropia dei comandamenti divini²⁴. Ciò si fonda su molteplici versetti del Corano. Un esempio è sura II:185 nel contesto della mitigazione degli obblighi di digiuno nel mese del Ramadan: "Allah vi vuole facilitare e non procurarvi disagio [...]"²⁵.

8 - Flessibilità e codificazione

Tra i vari diritti religiosi esistono enormi differenze relative a quali fonti di diritto predominino²⁶. Benché si debbano evitare generalizzazioni, si può dire in linea di massima che nel diritto ebraico e in quello islamico il diritto degli studiosi svolge un ruolo importante, mentre in ambito cristiano è più importante il diritto scritto.

Il fattore della fonte di diritto predominante ha ripercussioni sulla questione della flessibilità? Due ipotesi contrastanti sono pensabili. L'una dice che una codificazione del diritto comporti una maggiore rigidità,

Anapliotis (a cura di), *Τεροι Κανόνες τών άγιών και πανσέπτων Αποστόλων. Heilige Kanones der heiligen und hochverehrten Apostel*, EOS-Verlag, St. Ottilien, 2009, p. 7.

²⁰ Cfr. H. PREE, *Le tecniche*, cit., p. 384.

²¹ Cfr. F. SCHUPPE, *Die pastorale Herausforderung - Orthodoxes Leben zwischen Akribeia und Oikonomia. Theologische Grundlagen, Praxis und ökumenische Perspektiven*, Echter, Würzburg, 2006, p. 435 s.

²² Cfr. G. LIBSON, *A few Remarks on Equity in Islamic, Jewish and English Law*, in A.M. Rabello (a cura di), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Harry and Michael Sacher Institute, Jerusalem, 1997, p. 158.

²³ Cfr. H. AFCHAR, *Equity in Musulman Law*, in R. Newman (a cura di), *Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1973, p. 116 s.

²⁴ H. AFCHAR, *Equity in Musulman Law*, cit., p. 116.

²⁵ Altri versetti: II: 143: "Fu una dura prova, eccetto che per coloro che sono guidati da Allah. Allah non lascerà che la vostra fede si perda. Allah è dolce e misericordioso con gli uomini"; XVI: 90: "In verità Allah ha ordinato la giustizia e la benevolenza e la generosità nei confronti dei parenti. Ha proibito la dissolutezza, ciò che è riprovevole e la ribellione".

²⁶ J. VANDERLINDEN, *Religious Laws as Systems of Law. A comparatist's view*, in A. Huxley (a cura di), *Religion, Law and tradition. Comparative studies in religious law*, Routledge, London, 2002, p. 169.



poiché un codice stabilisce il diritto una volta per tutte, proprio per garantire così la certezza del diritto. L'altra dice che la codificazione implichi maggiore flessibilità, poiché il legislatore, che ha emanato una legge scritta, la può anche modificare di nuovo facilmente nel caso in cui nuove circostanze lo richiedano.

9 - La codificazione porta all'irrigidimento?

L'ipotesi di rigidità è supportata da certi timori che erano collegati alla prima codificazione del diritto canonico cattolico nel 1917²⁷. Secondo il modello dei codici nati in molti Stati europei si era mirato a un codice unico che costituisse un sistema chiuso in sé, privo di contraddizioni²⁸ e che prevedesse una soluzione chiara a qualsiasi questione di diritto futura²⁹. Alcuni fautori della codificazione pensavano persino:

²⁷ Per esempio **A. MOTILLA**, *La idea de la codificación en el proceso de formación del codex de 1917*, in *Ius Canonicum*, 1988, p. 715 s.; **M. TEDESCHI**, *La codificazione canonica. Problemi metodologici*, in **M. TEDESCHI**, *Scritti di diritto ecclesiastico*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 25; **C. FANTAPPIÈ**, *Chiesa romana e modernità giuridica*, tomo II, *Il Codex iuris canonici (1917)*, Giuffrè, Milano 2008, p. 1147: “[Boudhinon sosteneva] che il nuovo diritto codificato, per un verso avrebbe impedito quello scambio costante e fecondo tra la giurisprudenza e la legislazione ecclesiastica, su cui si era fondato il diritto antico, e relegato la prima a una funzione meramente interpretativa della legge in mano ai pratici del diritto e, per un altro verso, avrebbe asservito i canonisti sempre di più alla lettera della legge e alle intenzioni del legislatore, facendo perdere loro la nobile funzione che avevano all'epoca del Decreto e delle Decretali”.

²⁸ Cfr. **G. FELICIANI**, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 1977, p. 134: “Quando [sic] alle caratteristiche formali di una siffatta raccolta si sottolinea in primo luogo l'opportunità che essa ricomprenda tutte le leggi di diritto comune vigenti in modo da ovviare radicalmente all'inconveniente della molteplicità e della dispersione delle fonti”.

²⁹ Cfr. **C. FANTAPPIÈ**, *Chiesa*, cit., p. 1155: “Si porta cioè a compimento un processo plurisecolare in base al quale si abbandona definitivamente un concetto storico e ordinante di norma della Chiesa, contraddistinto da una singolare plasticità nell'applicazione al caso concreto - come ancora si trovava nelle compilazioni medievali -, e le si attribuisce un carattere atemporale e uniforme promanante, secondo la concezione volontaristica moderna, dalla più alta autorità umana nella Chiesa - come viene acchiuso nel codice canonico”; p. 1156: “Conseguentemente la dimensione orizzontale dell'attività sinodale e collegiale, per quanto continui a essere tenuta in valore, diventa nel restante Novecento funzionale all'assetto gerarchico-verticale irrigidito dal Codice, limitandosi a svolgere il ruolo di strumento dell'omogeneizzazione legislativa, di anello o di fase di coordinamento tra il centro e la periferia, invece di costituire la principale spinta propulsiva della produzione e dell'adeguamento normativo”.



“È, infatti, evidente che se, grazie alla codificazione, le leggi divenissero talmente chiare e semplici da fornire facilmente a chiunque indicazioni univoche - come sembrano ritenere possibile non pochi dei fautori di una «*reformatio iuris*» - non sarebbero più necessari approfonditi studi da parte dei giuristi, i quali, in ogni caso, non troverebbero rilevanti problemi da porre a tema delle loro riflessioni”³⁰.

Gli emendamenti non sarebbero stati necessari o perlomeno sarebbero rimasti delle eccezioni. La codificazione ha comportato inevitabilmente una perdita di flessibilità³¹. I sostenitori della codificazione lo hanno messo consapevolmente in conto:

“Si può, quindi, ipotizzare che un secondo orientamento comune ai fautori della codificazione sia la tendenza favorevole a un’esaltazione della *lex scripta* che tornerebbe necessariamente a scapito del valore della consuetudine e dello spazio lasciato sia ai poteri discrezionali dell’autorità che alla interpretazione dottrinale con una conseguente e inevitabile diminuzione dell’elasticità dell’ordinamento canonico”³².

L’obiettivo era una certezza del diritto il più possibile elevata e quindi un margine d’interpretazione ristretto³³. Oppositori hanno messo in evidenza l’esagerata perfezione e immutabilità³⁴. Feliciani descrive lo scetticismo nei confronti del progetto di codificazione:

“Lo stesso sfavore emerge nei confronti dei poteri discrezionali spettanti all’autorità ecclesiastica nell’attuazione della legge e, più in generale, nei confronti di quegli istituti - come l’*aequitas*, l’*epikeia*, la dispensa, la *gratia*, il *tolerari potest* - in cui si manifesta quella elasticità del diritto della Chiesa che appare difficilmente conciliabile con una

³⁰ G. FELICIANI, *Concilio*, cit., p. 278.

³¹ Cfr. A. MOTILLA, *La idea*, cit., p. 698; P. LOMBARDÍA, *Técnica jurídica del nuevo código (una primera aproximación al tema)*, in P. LOMBARDÍA, *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesíastico del estado*, vol. V, Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, p. 193.

³² G. FELICIANI, *Concilio*, cit., p. 279.

³³ Cfr. G. FELICIANI, *Concilio*, cit., p. 135: «Il desiderio che la nuova legislazione riduca il più possibile lo spazio lasciato alla “interpretatio” è condiviso anche da altri padri, ma viene in genere espresso in forma positiva come esigenza di certezza del diritto, di chiarezza delle fonti e, di facile comprensione delle norme anche da parte di chi non sia specificamente versato nella scienza giuridica».

³⁴ Cfr. G. FELICIANI, *Concilio*, cit., p. 142: «Da parte loro i fautori della codificazione non dedicano molta attenzione a questa obiezione ma si dimostrano non poco preoccupati della ben più radicale opposizione di quanti negano la necessità di una riforma del diritto della Chiesa. A questo proposito monsignor Strossmayer riferisce di aver udito enunciare “in hoc augusto coetu” la sconcertante tesi secondo cui il Corpus sarebbe talmente perfetto e immutabile “ut ne unum quidem lapillum ex hoc artis et scientiae monumento mutari possit, quin totum grande hoc aedificium ruinam minetur”».



uniformità e una certezza fondate, prevalentemente se non esclusivamente, sulla *lex scripta*»³⁵.

D'altro canto proprio nel fatto che il 'codice' venisse acquisito nel diritto della Chiesa come nuovo tipo di fonte di diritto si può identificare un adeguamento all'evoluzione nel diritto secolare. Alcuni autori volevano cogliere l'occasione per introdurre modifiche anche contenutistiche nel diritto della Chiesa.

«Infatti se è fuori discussione che la Chiesa possa e debba mutare la sua disciplina con il variare delle situazioni storiche in cui si trova a vivere [...] la richiesta di un "adattamento" può anche nascondere una volontà di compromesso che, mediante l'adozione di istituti propri alle società civili circostanti, miri ad attenuare il contrasto tra il mondo e la Chiesa, ponendo in ombra la specificità irriducibile della missione di quest'ultima»³⁶.

In retrospettiva, Corecco descrive la codificazione del 1917 come segue:

«È noto che le radici delle codificazioni europee si nutrono, da una parte alle istanze universalistiche del giusnaturalismo del XVII secolo [...]; dall'altra all'irresistibile istanza di penetrazione di tutto il reale (sistema legislativo compreso) con la forza ordinatrice della ragione: istanza espressa dal secolo dei lumi; da ultimo, alla scelta di dare un apporto decisivo ai processi di unificazione nazionali degli Stati assolutistici moderni attraverso l'unificazione del diritto. Il CIC del 1917 è nato come rampollo ecclesiastico di questo processo culturale laico realizzando quasi tutti i requisiti formali fondamentali della codificazione, elaborati dalla teoria generale del diritto: impianto rigorosamente giuridico che scavalca la sistematica medioevale delle decretali, germanica nella sua disarticolata concretezza, ma teologica, perché lascia emergere elementi costituzionali e sacramentali inconfondibili ("iudex", "clerus", "connubia"); assunzione della tripartizione delle istituzioni romane, inattaccabile nella sua capacità sintetica [...]; il principio della legislazione unica del can. 27, che pur salvando teoricamente il principio della quasi parità tra legge e consuetudine dà in concreto un durissimo colpo a quest'ultima; il principio della compiutezza del can. 20; il principio della esclusività che ammette solo due eccezioni: quella dello "ius liturgicum" (can. 2) e quella dello "ius concordatarium" (can. 3); il principio che l'interpretazione autentica compete al legislatore per cui la giurisprudenza "facit ius (tantum) inter partes"(can. 17)»³⁷.

³⁵ G. FELICIANI, *Concilio*, cit., p. 277 s.

³⁶ G. FELICIANI, *Concilio*, cit., p. 280.

³⁷ E. CORECCO, *I presupposti culturali ed ecclesiologici del nuovo "Codex"*, in E.



Con riferimento al codice del 1983, Corecco ammette però che la codificazione può avvenire anche in un modo adeguato alla peculiarità del diritto della Chiesa:

“La nuova codificazione non è più condotta nel segno della penetrazione razionale dell’ordinamento canonico, ma nel segno dello svolgimento istituzionale e giuridico dei contenuti della fede. Non prevale più il principio giuridico (almeno nella parte più nuova del codice), ma quello teologico”³⁸.

Nell’ortodossia non esistono codici di leggi in tal senso, ma esiste il diritto della Chiesa Antica messo per iscritto nei primi secoli, che venne creato da concili e sinodi e dai Padri e capi della Chiesa e che ancora resta in vigore³⁹. “I canoni del *corpus canonicum* [...] sono stati sempre ritenuti immutabili, revocabili solo da un concilio ecumenico (o oggi, da un concilio panortodoso)”⁴⁰.

È vero che nel diritto ebraico c’è stato storicamente un periodo di codificazioni⁴¹, tuttavia non si tratta di emanazioni da parte di un’autorità legislativa. Piuttosto gli studiosi del diritto hanno operato sistematizzazioni del diritto esistente, il cui peso dipende dall’autorità dell’autore e dalla ricezione durante la storia. La più nota di queste raccolte, lo *Shulchan Aruch*, viene definito quale “codice definitivo e autoritativo per tutti gli ebrei; non cessarono però anche le critiche”⁴². In particolare è stato obiettato che avrebbe reso impossibile contraddirlo, avrebbe represso la discussione halachica e infine avrebbe compromesso la vivacità dell’*Halachà*⁴³.

“Si può vedere qui un aspetto del tutto particolare della grande discussione che divide il mondo giuridico moderno, sulla necessità di una codificazione, sul suo valore rispetto alla tradizione, sul suo valore per una società in continua evoluzione: nei testi del Diritto ebraico non si parla certo di *Common Law* e *Civil Law*, di *Codificazione* e di *Decodificazione*, ma un accurato esame della problematica dimostra che anche il Diritto ebraico ha avuto discussioni non molto diverse di

CORECCO, *Ius et Communio. Scritti di Diritto Canonico*, Edizioni Piemme, Casale Monferrato, 1997, p. 623.

³⁸ E. CORECCO, *I presupposti*, cit., p. 627.

³⁹ G. MORI, *Il diritto delle Chiese ortodosse*, in S. Ferrari, A. Neri (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Reggiani Editore, Lugano, 2007, p. 86.

⁴⁰ G. MORI, *Il diritto delle Chiese ortodosse*, cit., p. 87.

⁴¹ Cfr. D. BOLLAG, *Jüdisches Recht*, cit., p. 25.

⁴² A.M. RABELLO, *Il diritto ebraico*, in S. Ferrari, A. Neri (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Reggiani Editore, Lugano, 2007, p. 193.

⁴³ Cfr. D. BOLLAG, *Jüdisches Recht*, cit., p. 33.



quelle che si sono avute e si hanno oggi nel mondo giuridico occidentale⁴⁴.

Nel giudaismo è diffusa una concezione del diritto contrapposta all'idea di codificazione. Le contraddizioni qui non vengono viste quale problema, ma quale tensione fruttuosa che genera il diritto⁴⁵. Il diritto non è definito una volta per tutte, ma si genera dal discorso degli esperti giuridici.

Nel diritto islamico gli sforzi di codificazione risalgono solo al XIX secolo e avvengono a opera dello Stato⁴⁶. Il grado di codificazione sino a oggi resta relativamente ridotto. La codificazione incontra resistenza proprio perché così il pluralismo di opinioni che caratterizza l'Islam e la natura aperta degli affari relativi allo stato civile potrebbero perdersi, i tribunali si vincolerebbero in modo permanente alla legge e resterebbe preclusa la possibilità di un ulteriore sviluppo⁴⁷.

10 - La codificazione agevola i cambiamenti?

Cosa supporta ora la tesi contraria secondo cui la codificazione agevolerebbe i cambiamenti? Il codice del 1917 stesso ha portato regole del tutto nuove che rispecchiano i rinnovamenti necessari. Inoltre in nessun modo gli è stata concessa una durata infinita. Venne abrogato nel 1983, dopo che già dal Concilio Vaticano Secondo era stato sostituito ampiamente da altre leggi. Nel 1983 è entrato in vigore un nuovo codice che dovrebbe consentire una maggiore flessibilità⁴⁸. Esso doveva trasformare le novità e gli aggiornamenti apportati dal Concilio Vaticano Secondo in norme di diritto. Nella sua genesi è stato ampiamente avvertito il rischio di irrigidimento. Per affrontare questo problema, il terzo principio direttivo per la revisione del codice stabiliva:

“In iure condendo Codex non tantum iustitiam sed etiam sapientem aequitatem colat, quae fructus est benignitatis et caritatis, ad quas virtutes exercendas Codex discretionem atque scientiam Pastorum et iudicum excitare satagat. [...] Bonum praeterea Ecclesiae postulare

⁴⁴ A.M. RABELLO, *Il diritto ebraico*, cit., p. 193.

⁴⁵ Cfr. W. HOMOLKA, *Das Jüdische Eherecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 2009, p. 23: *Halachà* quale processo dialettico.

⁴⁶ Cfr. M. ROHE, *Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart*, C.H.Beck, München, 2011, p. 182.

⁴⁷ Cfr. M. ROHE, *Das islamische Recht*, cit., p. 184.

⁴⁸ Cfr. M. TEDESCHI, *La codificazione*, cit., p. 32; P. LOMBARDÍA, *Codificación y ordenamiento canónico*, in P. LOMBARDÍA, *Escritos de derecho canónico*, cit., p. 184 s.



videtur ut normae Codicis futuri nimis rigidae non sint. Etenim maior quaedam libertas Ordinariis concessa, praesertim in determinatis adiunctis prout in missionibus, multum conferre aestimatur ut indoles pastoralis iuris canonici magnopere emergat⁴⁹.

Dal 1983 il codice è già stato emendato quattro volte, ove le distanze tra i singoli emendamenti si sono sempre più ridotte⁵⁰. In futuro la giurisprudenza assumerà un ruolo importante nel ridare vita all'*aequitas* quando si tratta di cercare la giustizia nel singolo caso⁵¹.

Per quanto riguarda l'ambito ortodosso, Mori ritiene:

«Il problema dell'interpretazione delle fonti si pone all'interno dell'Ortodossia in termini del tutto diversi (e da certi punti di vista più complessi) da quelli propri all'ordinamento canonico latino. Semplificando, possiamo porci nella prospettiva del rapporto tra immutabilità dei canoni e loro adattabilità a situazioni storiche del tutto differenti. Ciò comporta chiedersi, tra l'altro, in che senso i "sacri canoni" della tradizione ortodossa possano appunto essere riformati e se sia ipotizzabile la redazione di un codice comune»⁵².

Benché in ambito ortodosso non esista ancora nessun codice, Anapliotis contempla la possibilità di una futura codificazione. Egli raccomanda di lasciare da parte i canoni divenuti irrilevanti a causa dell'*achresia*⁵³. *Achresia* significa l'abolizione di una legge canonica per mancato utilizzo. Appare chiaro che una codificazione non sia in alcun modo da equiparare a una riproduzione automatica di un diritto antico.

Se una codificazione comporti una maggiore o minore flessibilità dipende dalla rispettiva cultura di diritto, dalle circostanze e dagli organi competenti. Un'altra questione è tuttavia se gli strumenti di flessibilizzazione assumano funzioni diverse in un sistema di diritto codificato.

11 - Varie funzioni della flessibilizzazione

⁴⁹ *Communicationes*, 1969, pp. 77-85.

⁵⁰ Codex Iuris Canonici (25 gennaio 1983), in AAS, II, 1983, pp. 1-317; Motu proprio *Ad tuendam fidem* (18 maggio 1998), in AAS, 1998, pp. 457-461; Motu proprio *Omnium in mentem* (15 dicembre 2009), in AAS, 2010, pp. 8-10; Motu proprio *Mitis iudex* (15 agosto 2015), in AAS, 2015, pp. 958-970; Motu proprio *De concordia inter Codices*, 31 maggio 2016, in: *Osservatore Romano* (16 settembre 2016), p. 4.

⁵¹ Cfr. P. LOMBARDÍA, *Técnica*, cit., p. 220.

⁵² G. MORI, *Diritto*, cit., p. 91.

⁵³ A. ANAPLIOTIS, *Kanones*, cit., p. 20.



Gli strumenti di flessibilizzazione possono assumere sostanzialmente due funzioni: primo, l'adeguamento di norme giuridiche che sono generali e astratte a singoli casi concreti e, secondo, l'adeguamento del diritto tradizionale alle nuove circostanze della vita. Quindi è possibile costruire la tesi secondo cui la prima funzione subentra soprattutto negli ordinamenti ove prevale la legislazione come fonte primaria, mentre la seconda funzione nel caso di ordinamenti giuridici che non hanno un legislatore propriamente detto⁵⁴. Come si può motivare questa tesi?

Un legislatore emana leggi, o addirittura codici. Essi contengono norme di diritto generali e astratte che non possono prendere in considerazione ogni singolo caso. Poiché tuttavia possono verificarsi casi non previsti dal legislatore, nei quali l'osservanza rigida della legge risulti iniqua, occorrono strumenti di flessibilizzazione, che consentano una soluzione divergente in un tale singolo caso concreto. Invece, la realizzazione della seconda funzione, ovvero l'adeguamento del vecchio diritto alle nuove circostanze, è attesa dal legislatore in un tale sistema. Questo può e deve modificare la legge. Se non lo fa, chi applica il diritto si vede costretto ad applicare le norme superate attribuendo la responsabilità principalmente al legislatore.

Per quanto riguarda invece il diritto canonico della Chiesa ortodossa, la situazione è diversa. Finché perdura la mancanza di un legislatore attivo come un concilio panortodosso, risulta il bisogno di altri strumenti per l'adattamento⁵⁵. Benché nel diritto della Chiesa ortodossa non sia tuttavia prevista esplicitamente alcuna deroga formale ai canoni sacri, l'*oikonomia* in molti casi costituisce una soluzione⁵⁶.

In una tradizione giuridica come quella talmudica, che sostanzialmente consiste in decisioni prese per singoli casi⁵⁷, non occorre

⁵⁴ Cfr. **S. FERRARI**, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 171 s.: "Nell'ordinamento canonico il problema di interpretare e integrare il diritto divino, adattandolo alle mutevoli esigenze della comunità cristiana, è stato largamente affrontato per via legislativa." pp. 173 s.: "Nel mondo ebraico e in quello islamico non sono mancate istituzioni che hanno goduto di un certo potere legislativo: ma il loro impatto sullo sviluppo dei due ordinamenti giuridici è stato incomparabilmente minore. Tanto il diritto ebraico che quello islamico sono diritti di produzione dottrinale. La fonte del diritto *par excellence* è l'interpretazione dello studioso e non la normazione del legislatore".

⁵⁵ **G. MORI**, *Diritto*, cit., p. 87.

⁵⁶ Cfr. **R. POTZ**, **E. SYNEK**, *Orthodoxes Kirchenrecht. Eine Einführung*, Plöchl Druck-GmbH, Freistadt, 2014, p. 242.

⁵⁷ **A.M. RABELLO**, *Il diritto ebraico*, cit., p. 186: "Il Talmud è basato sulla discussione viva che si svolgeva nelle scuole, le *Yeshivot*, discussione alla quale segue, talvolta, alla [sic] decisione formale".



adeguare norme generali e astratte a casi concreti⁵⁸. Piuttosto sussiste la necessità di adattare regole tradizionali a nuove circostanze sociali e individuali.

Nel diritto islamico gli strumenti di flessibilità fungono da importante presupposto e supporto nel processo di riforma⁵⁹ e come strumento per la ricerca di soluzioni ai problemi che non sono stati ancora affrontati nelle fonti di testo⁶⁰. Ciò non significa che l'*istihsān* non abbia anche la funzione di adeguare alle specificità del singolo caso le regole formulate obiettivamente⁶¹. Libson cita un esempio che dimostra che lo stesso problema giuridico nel diritto ebraico viene risolto con considerazioni sull'equità, mentre nel diritto islamico si opta per una soluzione legislativa⁶².

12 - Piano interpretativo, applicativo o legislativo?

Su quale piano del trattamento del diritto si collocano gli strumenti di flessibilità? Rientrano nell'interpretazione, come riteneva Weber⁶³, o nell'applicazione del diritto o addirittura nella produzione dello stesso? Oppure tra applicazione e legislazione esiste un ulteriore livello 'evolutivo', ossia quello del aggiornamento del diritto, al quale appartenerebbero questi strumenti?

A seconda della funzione svolta dagli strumenti di flessibilizzazione in un determinato ordinamento giuridico, essi assumono o meno un potere evolutivo. Se la funzione consiste nell'adeguare il vecchio diritto alle nuove situazioni, l'obiettivo dell'aggiornamento del diritto è evidente.

Reichman descrive nel diritto ebraico sia la deduzione⁶⁴ che l'abduzione⁶⁵ come metodo di aggiornamento del diritto⁶⁶. L'abduzione

⁵⁸ Cfr. D. BOLLAG, *Jüdisches Recht*, cit., p. 39.

⁵⁹ Cfr. J. BEN ABDELJELIL, *Die Maximen*, cit., p. 82.

⁶⁰ Cfr. S. KURNAZ, *Der Diskurs*, cit., p. 147.

⁶¹ Cfr. M.H. KAMALI, *Equity*, cit., p. 4.

⁶² G. LIBSON, *A few Remarks on Equity in Islamic, Jewish and English Law*, in A.M. Rabello, (a cura di), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Harry and Michael Sacher Institute, Jerusalem, 1997, p. 158.

⁶³ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1980, p. 348.

⁶⁴ R. REICHMAN, *Abduktives Denken und talmudische Argumentation. Eine rechtstheoretische Annäherung an eine zentrale Interpretationsfigur im babylonischen Talmud*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2006, p. 48.

⁶⁵ R. REICHMAN, *Abduktives Denken*, cit., p. 263.

⁶⁶ In Tedesco: "Rechtsfortbildung". Letteralmente: "ulteriore costruzione" ossia



implica un'interpretazione che non si ferma al testo. Tuttavia l'allentamento del legame con il testo non è fine a sé stesso. Si tratta piuttosto di creare condizioni quadro metodologiche che siano fondate nella ragione. In tal modo nel discorso sull'aggiornamento del diritto si possono trovare nuove interpretazioni⁶⁷.

Per quanto riguarda il diritto islamico, uno studio di Kurnaz si rivela illuminante. Esso confuta l'idea secondo cui il diritto islamico sia congelato e immutabile (non dinamico)⁶⁸ e mostra come una tale dinamica sia oltremodo necessaria, poiché le fonti testuali non offrono alcuna risposta diretta al progresso tecnico e medico e ai problemi sociali che ne derivano⁶⁹.

Una reticenza maggiore riguardo all'aggiornamento del diritto mediante strumenti di flessibilità si riconosce negli approcci dei diritti cristiani. Nel diritto della Chiesa ortodossa si sottolinea innanzitutto che *oikonomia* e *akribeia* rappresentino solo "modalità di applicazione"⁷⁰ e che l'*oikonomia* non possa essere confusa con il diritto consuetudinario⁷¹. Mentre il diritto consuetudinario deriva da un comportamento costante e uniforme e presuppone la convinzione che tale comportamento sia obbligatorio, questa convinzione non esiste nell'*oikonomia*. Questa resta piuttosto un'eccezione nel caso concreto per motivi pastorali. Anapliotis tuttavia spiega che esisterebbero impulsi verso un avvicinamento tra *oikonomia* e diritto consuetudinario nella teoria dell'*achresia*⁷².

Nell'ambito del diritto della chiesa cattolica, Pree attribuisce agli strumenti di flessibilizzazione una "funzione evolutiva", poiché "ogni atto suppletivo, correttivo, interpretativo e applicativo è anche più o meno nomopoietico, cioè contiene degli elementi creativi oltre a quelli riproduttivi"⁷³. Questo aspetto nel diritto canonico della Chiesa cattolica svolge tuttavia un ruolo subordinato, tanto più che i metodi d'interpretazione stabiliti dallo stesso legislatore (c. 17 CIC) hanno piuttosto un effetto conservativo⁷⁴. Gli strumenti di flessibilizzazione si collocano qui

"perfezionamento del diritto", "sviluppo del diritto".

⁶⁷ Cfr. R. REICHMAN, *Abduktives Denken*, cit., p. 263.

⁶⁸ S. KURNAZ, *Der Diskurs*, cit., p. 146.

⁶⁹ S. KURNAZ, *Der Diskurs*, cit., p. 147.

⁷⁰ A. ANAPLIOTIS, *Kanones*, cit., p. 14.

⁷¹ A. ANAPLIOTIS, *Kanones*, cit., p. 16.

⁷² A. ANAPLIOTIS, *Kanones*, cit., p. 20.

⁷³ H. PREE, *Le tecniche*, cit., p. 388.

⁷⁴ Cfr. T. SCHÜLLER, *Die Barmherzigkeit als Prinzip der Rechtsapplikation in der Kirche im Dienste der salus animarum. Ein kanonistischer Beitrag zu Methodenproblemen der Kirchenrechtstheorie*, Echter, Würzburg, 1993, pp. 262 e 284; H. MÜLLER, *Barmherzigkeit in der Rechtsordnung der Kirche? Heribert Hallermann zur Vollendung des 65. Lebensjahres*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1990, p. 364 s.



piuttosto sul piano dell'applicazione che su quello dell'interpretazione. A differenza dell'interpretazione, l'applicazione lascia più spazio per trattare il diritto più liberamente, poiché l'organo che applica il diritto non può non agire in modo creativo per dare contenuto alle norme canoniche formulate in modo astratto⁷⁵. Pertanto l'*aequitas* non è solo un principio di applicazione, ma consente anche un aggiornamento dinamico del diritto⁷⁶. Va infine ricordato che l'*aequitas* era uno dei principi direttivi per la revisione del codice e che in tal modo ha influenzato la nuova legislazione.

⁷⁵ Cfr. T. SCHÜLLER, *Die Barmherzigkeit*, cit., p. 286.

⁷⁶ T. SCHÜLLER, *Die Barmherzigkeit*, cit., p. 436 s. (riferendosi al c. 19 CIC).