

PETER LANDAU

## IL CONCETTO GIURIDICO DEL DIRITTO ECCLESIALE IN PROSPETTIVA FILOSOFICO-STORICA (\*)

I. Introduzione. — II. Il concetto filosofico di diritto. — III. La questione della validità del diritto. — IV. La giustizia nel diritto ecclesiale. — V. Certezza del diritto nel diritto ecclesiale. — VI. Diritti soggettivi e diritti fondamentali nel diritto ecclesiale. — VII. Problemi principali per una fondazione filosofica del diritto ecclesiale. — VIII. L'importanza costitutiva del diritto ecclesiastico per la Chiesa.

### I. *Introduzione.*

Non esiste praticamente nessun lavoro preliminare a cui possa far riferimento la riflessione filosofico-giuridica sul concetto giuridico del diritto ecclesiale. La filosofia classica tedesca, alla quale dobbiamo le grandi teorie filosofico-giuridiche di Kant<sup>(1)</sup>, Fichte<sup>(2)</sup> e Hegel<sup>(3)</sup>, non ha considerato il fenomeno del diritto

---

(\*) Traduzione di Gerhard Kuck. Originale tedesco: *Der Rechtsbegriff des Kirchenrechts in philosophisch-historischer Sicht*, in G. RAU/H.-R. REUTER/K. SCHLAICH (a cura di), *Das Recht der Kirche*, vol. I, *Zur Theorie des Kirchenrechts*, Gütersloh 1997, pp. 199-235. Ci auguriamo che la diffusione di questo lavoro dell'autorevole giurista e storico del diritto prof. Peter Landau, tedesco, di confessione evangelica, possa essere un contributo al dialogo ecumenico nell'ambito del diritto ecclesiale e un'occasione di migliore comprensione di tale diritto anche in ambito cattolico. Ringraziamo la consulenza di Mons. Antonio Filipazzi e di Mons. Georg Gänswein per la versione italiana, soprattutto circa la terminologia giuridica (Nota della Redazione).

(1) I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, a cura di B. Ludwig, Hambrug 1986, in seguito citato secondo l'edizione italiana: I. KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. e note a cura di G. Vidari, Roma-Bari 1989.

(2) J.G. FICHTE, *Grundlage des Naturrechts*, Hamburg 1960, in seguito citato secondo l'edizione italiana: J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza*, a cura di Luca Fomesu, Roma/Bari 1994.

(3) G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke VII, Frank-

ecclesiale nel definire e delimitare il concetto di diritto. Kant affronta, nei *Principi metafisici della dottrina del diritto*, solo il rapporto tra Chiesa e Stato. Egli vede la Chiesa per principio subordinata allo Stato, e giustifica tale posizione con l'argomento che non possono esserci due poteri supremi, e che, di conseguenza, la Chiesa deve appartenere allo Stato «come cosa sua»; sarebbe di per sé evidente che solo una tale costituzione possa sussistere<sup>(4)</sup>. E i credenti dovrebbero sottomettersi «alle sofferenze del secolo, sotto il predominio degli uomini di questo mondo»<sup>(5)</sup>. Sotto questo aspetto, il diritto ecclesiale è un diritto corporativo all'interno di un concetto giuridico definito dall'angolo visuale dello Stato. Nella sua filosofia della religione Kant afferma, certo, che sarebbe possibile dedurre a priori, dalla ragione pura, l'idea di un popolo di Dio, ma ammette nello stesso tempo che tale idea sarebbe attuabile, tra gli uomini, solo nella forma di una Chiesa<sup>(6)</sup>. Una vera Chiesa necessita, secondo Kant, di una *costituzione* che, però, non si può far derivare in analogia alle forme politiche di costituzione, ma deve basarsi sulla fede in una rivelazione storica<sup>(7)</sup>. La costituzione della Chiesa non può essere, secondo Kant, né monarchica,

---

furt a.M. 1970, in seguito citato secondo l'edizione italiana: G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari 1990. Sull'importanza della filosofia di Kant e di Hegel cfr. soprattutto H. FOLKERS, *Der Begriff der Kirche in philosophischer Sicht. Der Ansatz Kants und Hegels*, in G. RAU/H.-R. REUTER/K. SCHLAICH (a cura di), *Das Recht der Kirche*, vol. I (cfr. nt. iniziale), p. 76 sgg.

(4) KANT, *Metafisica dei costumi* (cfr. nt. 1), p. 211.

(5) *Ibid.*, p. 212. Le concezioni kantiane sul rapporto tra Stato e Chiesa corrispondono dunque assai all'ordinamento territorialistico del diritto ecclesiale previsto dal Codice generale prussiano (*Allgemeines Landrecht — ALR*) del 1794. Per il diritto ecclesiale nell'ALR cfr. ora P. LANDAU, *Das Kirchenrecht des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten im 19. Jahrhundert*, in B. DÖLEMEYER/H. MOHNHAUPT (a cura di), *Zweihundert Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, Frankfurt a.M. 1995, pp. 145-185.

(6) I. KANT, *Die Religion innerhalb der Grenzen der reinen Vernunft*, a cura di K. Vorländer (Philosophische Bibliothek 45), Leipzig 1950<sup>5</sup>, citato qui secondo l'edizione italiana: *La religione nei limiti della semplice ragione*, in I. KANT, *Scritti morali*, a cura di P. Chiodi, Torino 1970, pp. 425-428. Secondo Kant, la Chiesa visibile è l'unione effettiva degli uomini in un insieme che concordi con l'ideale di una comunità etica sotto una legislazione morale di Dio. È interessante che Kant annoveri, tra i «segni della vera Chiesa» che si deducono a priori dall'idea di un popolo di Dio, anche l'*immutabilità della costituzione*.

(7) *Ibid.*, p. 428.

né aristocratica, né democratica — egli la vede invece in analogia *alla società domestica oppure alla famiglia* <sup>(8)</sup>. La filosofia kantiana sostiene dunque, diversamente ad esempio dalla posizione successiva di Sohm, che regolamenti giuridici sono legittimi, anzi, necessari nella Chiesa, ma che il diritto ecclesiale non è altro che un caso specifico del diritto delle società. Le categorie della filosofia del diritto vengono sviluppate sulla base del diritto pubblico e possono essere applicate solo parzialmente al diritto ecclesiale.

Anche *Fichte* prende le mosse, nel suo *Fondamento del diritto naturale*, da un concetto giuridico che egli sviluppa esclusivamente sul modello del diritto statale. La Chiesa esiste, all'intero dello Stato, come « società morale di coazione » <sup>(9)</sup>. Qualche volta però *Fichte* vede nelle istituzioni del diritto ecclesiale dei modelli storici che possono servire a esplicitare una costruzione giusnaturalistico-filosofica. Così, com'è noto, la costituzione giusnaturalistica dello Stato proposta da *Fichte*, culmina nell'istituzione dell'*eforato* che, quale assoluto potere proibitivo, può sospendere ogni altro potere pubblico <sup>(10)</sup>. A quest'istanza, inserita nell'organismo dello Stato per la sospensione di ogni potere pubblico, dev'essere attribuita la competenza di emanare un *interdetto dello Stato*; *Fichte* accenna in questo contesto espressamente all'interdetto ecclesiastico <sup>(11)</sup>. L'idea, però, che questo eforato, secondo una dottrina medievale dei due poteri, possa essere esercitato dalla Chiesa, è lontanissima da *Fichte*, in quanto contemporaneo della Rivoluzione francese; a suo avviso gli efori andrebbero eletti dal popolo <sup>(12)</sup>. Sebbene *Fichte* nello sviluppo successivo del suo pensiero, a partire dal *Sistema della dottrina morale* del 1798, abbia affrontato diverse volte il rapporto tra Stato e Chiesa, non considerò mai il diritto ecclesiale nella sua elaborazione del concetto filosofico di diritto <sup>(13)</sup>.

<sup>(8)</sup> *Ibid.*, p. 428. Kant definisce la Chiesa, qui, come « unità di cuori spontanea, generale e durevole ».

<sup>(9)</sup> FICHTE, *Fondamento* (cfr. nt. 2), p. 288.

<sup>(10)</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>(11)</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>(12)</sup> *Ibid.*, p. 160. Il problema di un fallimento degli efori, in quanto potrebbero eventualmente allearsi con l'esecutivo nel comune intento di opprimere il popolo, è stato riconosciuto da *Fichte*; come rimedio egli vede solo il diritto alla resistenza, alla ribellione legittima; cfr. *ibid.*, p. 161.

<sup>(13)</sup> Cfr. H. VERWEYEN, *Kirche und Staat in der Philosophie J.G. Fichtes*, in *Phi-*

*Hegel* si occupa del diritto ecclesiale nel § 270 della sua *Filosofia del diritto* del 1820, dove esamina il rapporto dello Stato con la religione. A suo parere Stato e Chiesa non devono formare un'unità, ma devono giungere ciascuno ad un'esistenza propria<sup>(14)</sup>. In quanto però lo Stato è, per Hegel, l'istanza suprema dell'eticità basata sulla ragione, la Chiesa è chiaramente subordinata allo Stato, non avendo neppure il diritto di regolare autonomamente gli «atti del culto»<sup>(15)</sup>. È dunque coerente che nell'opera classica di Hegel lo sviluppo dell'idea di diritto avvenga senza il minimo riferimento al diritto ecclesiale quale momento del ragionamento dialettico.

Neanche la tradizione della Scuola storica delle scienze giuridiche del XIX secolo contribuì a far considerare il fenomeno del diritto ecclesiale all'interno dell'elaborazione, complessivamente solo abbozzata, di una teoria del diritto. Il teorico più importante di questo indirizzo, *Georg Friedrich Puchta* (1798-1846), fece risalire, sulle orme di Savigny, tutto il diritto alla categoria fondamentale del diritto consuetudinario, il quale sarebbe, a sua volta, un prodotto dello spirito del popolo, e dovrebbe dunque basarsi su una «convinzione nazionale»<sup>(16)</sup>. Dati questi presupposti, ogni elaborazione di principi giuridico-filosofici poteva ignorare il diritto ecclesiale<sup>(17)</sup>.

---

*Iosophisches Jahrbuch* 81 (1974), pp. 298-313. Nella tarda fase della sua filosofia Fichte supponeva una «religione di Stato» e una «Chiesa nazionale».

<sup>(14)</sup> HEGEL, *Lineamenti* (cfr. nt. 3), p. 215. Hegel attribuisce allo Stato l'universalità del pensiero, alla Chiesa il momento logico della particolarità nell'esistenza di *particolari Chiese*. Nel sistema hegeliano perciò non è più previsto, diversamente da Kant, un posto per una *sola Chiesa*.

<sup>(15)</sup> HEGEL, *Lineamenti* (cfr. nt. 3), p. 210. Nel conflitto sulla riforma liturgica, che all'epoca si accese in Prussia, la posizione di Guglielmo Federico III poteva dunque essere fondata sulla filosofia hegeliana; cfr. A. NIEBERGALL, art. *Agende*, in *Theologische Realenzyklopädie*, vol. 2 (1977), pp. 55-60.

<sup>(16)</sup> G.F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, vol. II, Erlangen 1837, pp. 264-273. Per la dottrina di Puchta sulle fonti del diritto cfr. P. LANDAU, *Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit*, Lund 1993, pp. 69-89. Successivamente, però, Puchta stesso ha dato, nella sua opera *Einleitung in das Recht der Kirche*, un fondamento al diritto ecclesiale che egli fa derivare in prima linea dalla comunità del culto (cfr. p. 65).

<sup>(17)</sup> I tentativi, intrapresi dai giuristi tedeschi Scheurl e Schulte, di rendere la teoria giuridica della scuola Storica proficua anche per il diritto ecclesiale, non hanno lasciato durevoli tracce nell'Ottocento. Cfr. a questo proposito P. LANDAU, *Die Theorie des Gewohnheitsrechts im katholischen und evangelischen Kirchenrecht des 19. und*

Il tentativo di tener conto del diritto ecclesiale nella filosofia del diritto fu intrapreso, nel 1918, da *Rudolf Stammler*, allora il più autorevole filosofo neokantiano del diritto; alla fine della prima guerra mondiale, nel periodo dei rivolgimenti rivoluzionari, egli tenne a Wernigerode, in un seminario di apologetica, una serie di conferenze che furono raccolte e pubblicate nel 1919 con il titolo *Diritto e Chiesa. Considerazioni sulla dottrina della comunità e della possibilità di un diritto ecclesiale*. Nella sua filosofia del diritto Stammler partiva dalla differenza tra regole convenzionali e ordinamenti giuridici; le regole convenzionali costituivano a sua avviso solo un'esortazione, mentre egli definiva il concetto di diritto come un *volere inviolabile, vincolante e sovrano* <sup>(18)</sup>. Sebbene Stammler, con il criterio del potere sovrano, sottolineasse fortemente la restrizione della libertà operata dal diritto, egli tentava dall'altra parte di separare il diritto, in quanto vincolo continuo, cioè duraturo, dall'arbitrio. La definizione avrebbe dovuto rendere possibile lo sviluppo di un concetto di diritto che fosse basato sulla logica e slegato dalla possibilità di imporsi che ha un ordinamento giuridico <sup>(19)</sup>. Per essere duratura, l'associazione ecclesiale avrebbe dovuto essere indipendente, nella sua persistenza, dall'arbitrio soggettivo operante nell'adempiere regole convenzionali: «La fondazione della Chiesa sarebbe da effettuare nel senso di un volere giuridico» <sup>(20)</sup>. Stammler tentava di distanziarsi dalle dottrine giusnaturalistico-collegialistiche, secondo cui la Chiesa si fonda su un contratto sociale religioso, utilizzando il concetto di «comunità» per la Chiesa, e presupponendo che solo un'associazione di persone, determinata dall'idea di rettitudine della volontà, potesse creare un diritto ecclesiale <sup>(21)</sup>. In questo contesto Stammler adoperava però dei concetti che, come spiegava egli stesso, erano stati formati nella prospettiva dell'ideale sociale ed erano poco atti a comprendere un ordinamento giuridico ecclesiale sviluppatosi storicamente. Si può

---

20. *Jahrhunderts*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 77 (1991), pp. 156-196.

<sup>(18)</sup> R. STAMMLER, *Recht und Kirche*, Berlin/Leipzig 1919, pp. 62-66. È pubblicato anche in ID., *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge II*, Charlottenburg 1925, pp. 141-187.

<sup>(19)</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>(20)</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>(21)</sup> *Ibid.*, p. 105.

considerare merito duraturo dell'elaborazione concettuale di Stammler solo il fatto che egli abbia eliminato l'approccio di legare il concetto di diritto allo Stato quale istanza generante.

La successiva letteratura tedesca, che ha trattato i problemi di fondo del diritto ecclesiale in modo sistematico, ha scarsamente tenuto conto del neokantismo formale di Stammler. Dopo la seconda guerra mondiale, i problemi del diritto ecclesiale non vennero più discussi nella letteratura filosofico-giuridica. Gustav Radbruch è stato l'ultimo filosofo del diritto tedesco a dedicare al diritto ecclesiale una trattazione a parte, nella sua filosofia del diritto apparsa nel 1932<sup>(22)</sup>. Egli vi espone sostanzialmente le discussioni intorno al rifiuto del diritto ecclesiale da parte di Rudolph Sohm, constatando che l'organizzazione della Chiesa cattolica è di natura transpersonale-gerarchica, mentre attribuisce alla Chiesa protestante, con riferimento a Günther Holstein, una volontà costitutiva di indirizzo individualistico-cooperativistico<sup>(23)</sup> che sarebbe sboccata in una struttura costituzionale di tipo democratico-liberale. Nell'architettura sistematica della sua filosofia del diritto, però, il diritto ecclesiale non ha nessun'importanza.

Le esposizioni nei moderni manuali di filosofia del diritto, usciti negli ultimi anni, evitano il diritto ecclesiale forse anche perché presuppongono, come alcuni approcci teologico-giuridici, una fondamentale differenza tra il concetto giuridico del diritto ecclesiale e quello secolare, sicché non possono essere compresi, neanche minimamente, da concetti comuni. Nel contesto della teologia del diritto protestante, *Johannes Heckel* ha sostenuto, richiamandosi a Lutero, che un concetto spirituale del diritto non può essere annoverato tra le categorie della filosofia del diritto secolare<sup>(24)</sup>. *Erik Wolf* sottolineava già nella prefazione al suo manuale del 1961 di volersi tenere libero da ogni premessa filosofico-giuridica o dogmatico-giuridica<sup>(25)</sup>, ma di procedere solamente sulla base di presupposti teologico-giuridici. Diversamente dagli autori finora

(22) Nuova edizione in G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, a cura di A. Kaufmann, vol. 2, Heidelberg 1993, pp. 206-450, qui pp. 424-430.

(23) Cfr. G. HOLSTEIN, *Die Grundlagen des evangelischen Kirchenrechts*, Tübingen 1928, in particolare, pp. 259-264. Va però aggiunto che l'opera di Holstein, troppo poco considerata, non si caratterizza solo per il concetto della teoria cooperativistica.

(24) J. HECKEL, *Lex charitatis*, Darmstadt 1973<sup>2</sup>, prima ed. 1953, p. 97.

(25) E. WOLF, *Ordnung der Kirche*, Frankfurt a.M. 1961, VI.

menzionati, *Hans Dombois* sostiene un concetto del diritto che comprende di per sé il diritto ecclesiale e quello secolare, poi però colloca il diritto ecclesiale, in quanto diritto della grazia, in una tipologia diversa da quella del diritto secolare, determinata dalla giustizia e dalla normatività; in tal modo Dombois coglie solo parzialmente i problemi principali dell'odierna filosofia del diritto, e in termini fuorvianti, nonostante la monumentalità di tutta la sua opera <sup>(26)</sup>.

Il mio presente tentativo ipotizza invece la possibilità di poter trattare i problemi di fondo di una filosofia del diritto moderna anche sul terreno del diritto ecclesiale, e di poter dimostrare casomai che solo nel contesto della discussione di questioni concrete la riflessione filosofico-giuridica trovi il suo limite nella trascendenza del diritto ecclesiale, sulla quale insiste Erik Wolf. Intendo, qui, il diritto ecclesiale come ordinamento giuridico positivo delle Chiese cristiane, non come ideale del diritto ecclesiale nel senso di Stammler.

## II. *Il concetto filosofico di diritto.*

È ragionevole cominciare con il concetto filosofico di diritto. La necessità di elaborare un concetto di diritto specifico per il diritto ecclesiale si porrebbe solo nel caso in cui le definizioni finora proposte di diritto risultassero inutilizzabili per gli ordinamenti giuridici ecclesiali. La moderna filosofia del diritto segue, in gran parte, una *tradizione liberale*, il cui principio filosofico-giuridico è stato formulato nel modo più chiaro da Kant. Com'è noto, egli ne

---

<sup>(26)</sup> È fondamentale il cap. III dell'opera principale di Dombois: cfr. H. DOMBOIS, *Das Recht der Gnade. Ökumenisches Kirchenrecht I*, Witten 1969<sup>2</sup>, pp. 163-233. Per il concetto di diritto in Dombois cfr. i contributi nel volume: H. FOLKERS (a cura di), *Zugänge zum «Recht der Gnade»*. *Studien zu Kirchenrecht und Theologie II, Texte und Materialien der Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft*, Reihe A, Nr. 33, Heidelberg 1990. Nella più recente canonistica cattolica il diritto ecclesiale viene spesso denominato *diritto analogo*, al quale non è applicabile un concetto generale di diritto; cfr. a questo proposito le riflessioni informative e critiche di L. MÜLLER, *Kirchenrecht analoges Recht? Über den Rechtscharakter der kirchlichen Rechtsordnung*, St. Ottilien 1991 (Dissertationen. Kanonistische Reihe, vol. 6). Müller a sua volta vede nel diritto ecclesiale un diritto *sui generis* che però, come il diritto internazionale, costituirebbe una possibile forma di attuazione del diritto (cfr. p. 117). A suo avviso, il concetto generale di diritto dovrebbe poter comprendere anche il diritto ecclesiale.

dà la seguente definizione: « Il diritto è dunque l'insieme delle condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà »<sup>(27)</sup>. Questa definizione presuppone che il diritto possa riferirsi solo ai rapporti esteriori di una persona con un'altra, e che si debba eliminare dal concetto di diritto la « materia dell'arbitrio ». Un tale concetto di diritto sarebbe effettivamente insufficiente per il diritto ecclesiale, essendo strettamente legato all'idea dello *stato di natura*, al quale rimanda il concetto dell'arbitrio che andrebbe arginato dal diritto<sup>(28)</sup>. Si concepisce il diritto come ordinamento per delimitare le sfere individuali che andrebbero condotte a un rapporto di « ben ordinata libertà »<sup>(29)</sup>. Il diritto ecclesiale non si coglie con queste categorie. Alla fine il modello kantiano del diritto non è utilizzabile per il diritto ecclesiale, perché questo trae la sua legittimità non dalla formazione di una volontà generale attraverso un contratto originario, ma dalla comunità dei battezzati che si basa sulla fede<sup>(30)</sup>.

La Chiesa che si fonda, secondo la concezione cristiana, sulla fede e sul battesimo, non è un'associazione creata da un contratto sociale che potrebbe servire da modello per raffigurare la Chiesa: ciò condurrebbe alla rinascita del « collegialismo » giusnaturalistico, di fronte al quale è giustificata la critica di Rudolph Sohm. La concezione della Chiesa come associazione puramente umana, che persegue determinati fini etici, non si concilia dal punto di vista logico con il terzo articolo del credo cristiano. Perciò sarebbe pure impossibile applicare il concetto filosofico di diritto al diritto ecclesiale, ammesso che la definizione kantiana avesse validità generale.

(27) KANT, *Metafisica dei costumi* (cfr. nt. 1), p. 34 sg.

(28) Per la storia del concetto dello stato di natura è fondamentale H. HOFMANN, *Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung*, in *Rechtstheorie* 13 (1982), pp. 226-252; anche in: ID., *Recht-Politik-Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, Frankfurt a.M. 1986, pp. 93-121.

(29) W. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit, Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Berlin 1983.

(30) Per un'eccellente analisi del contrattualismo di Kant, basato sul diritto di ragione, anche nel distinguerlo da altri modelli del contratto sociale, cfr. W. KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt 1994, pp. 180-216.

Tuttavia, fin dall'antichità ci sono stati, nella storia della filosofia del diritto, molti altri tentativi per definire il diritto. Innegabilmente la filosofia del diritto sviluppata da Aristotele, e rimasta viva grazie all'aristotelismo latino anche dopo la Riforma e fino all'epoca moderna, ha potuto elaborare il concetto di diritto senza il modello del contratto sociale<sup>(31)</sup>. Questo concetto aristotelico di diritto presuppone la natura sociale dell'uomo, precedente a ogni contratto fittizio, e concepisce gli ordinamenti giuridici quali elementi fondamentali antropologici dell'essere umano. Tale approccio, che è stato ripreso di recente, in forma attualizzata, dall'etica sociale dei comunitaristi americani (*communitarians*)<sup>(32)</sup>, può essere utilizzato anche per la Chiesa, vista come comunità di persone nel senso di una polis creata con l'evento pentecostale, purché non si fraintenda la libertà del cristiano come se fosse una liberalizzazione totale da ogni legame giuridico, sulla base di uno spiritualismo estremo non corroborato da nessuna testimonianza biblica. Contro questa concezione del pensiero filosofico giuridico di tradizione aristotelica si solleva però l'obiezione secondo cui, a partire dall'opera epocale di Thomas Hobbes, ogni filosofia pratica deve partire dal dato fondamentale del contratto sociale, e che un ordinamento giuridico può ricevere legittimità solo mediante l'ipotesi del contratto<sup>(33)</sup>. A partire da Hobbes si possono comprendere sia una parte delle dottrine giusnaturalistiche, nate nella prima epoca moderna, sia il positivismo giuridico del XIX e XX secolo, il quale ha

---

<sup>(31)</sup> Per l'aristotelismo politico, in modo riassuntivo, cfr. KERSTING (cfr. nt. 28), pp. 1-18; anche ID., *Thomas Hobbes zur Einführung*, Hamburg 1992, pp. 13-24. Per l'intreccio tra concetto di diritto e polis in Aristotele è fondamentale J. RITTER, «*Naturrecht*» bei Aristoteles. Zum Problem einer Erneuerung des Naturrechts (res pubblica vol. 6), Stuttgart 1963; anche in ID., *Metaphysik und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*, Frankfurt a.M. 1969, pp. 133-179.

<sup>(32)</sup> Nell'attuale dibattito filosofico giuridico, almeno negli ambienti anglo-americani, è centrale la discussione tra i filosofi del diritto americani di orientamento comunitarista, pur nella grande diversità delle loro posizioni particolari, e la filosofia del diritto di John Rawls che si pone nel solco della tradizione kantiana. Utile per un primo orientamento K. SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, München 1994, pp. 187-193; A. HÖNNETH, *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Frankfurt a.M./New York 1993. S. MULHALL/A. SWIFT, *Liberals and Communitarians*, Oxford/Cambridge/Mass. 1992.

<sup>(33)</sup> In questo senso KERSTING (cfr. nt. 28), p. 354, in relazione però a un diritto statale fondato sul principio della sovranità popolare.

trovato, nel campo della filosofia del diritto, la sua espressione più imponente nell'opera di Hans Kelsen <sup>(34)</sup>.

Prescindendo dai tre presupposti: 1. del contratto sociale, 2. dell'ordinamento giuridico come delimitazione dell'arbitrio individuale, e 3. della separazione del concetto di diritto dai criteri materiali di giustizia, anche la dimensione del diritto ecclesiale può essere introdotta nel discorso filosofico-giuridico. Storicamente va ricordato che, dopo Hobbes e Kant, i tre presupposti sono stati respinti, nel XIX secolo, sia da Hegel che dalla teoria giuridica della scuola storica. Alcuni tentativi attuali della filosofia del diritto in parte si rifanno a Gustav Radbruch; la sua filosofia culturale del diritto contiene elementi non positivistic e non kantiani, in quanto Radbruch riteneva decisivo, nella definizione del concetto di diritto, il riferimento del diritto ai valori <sup>(35)</sup>. Sulle orme di Radbruch, anche il suo allievo Arthur Kaufmann pone accanto al concetto di diritto, per il quale riprende la definizione kantiana, *l'idea del diritto* come componente di un concetto allargato di diritto, e indica in questo contesto, quali elementi dell'idea del diritto, *l'uguaglianza*, *l'utilità* e la *certezza del diritto* <sup>(36)</sup>. Ci si deve però domandare se la contrapposizione tra *concetto di diritto* e *idea di diritto*, consueta nella filosofia del diritto tedesca fin dai tempi del neokantismo, possa essere trasferita al diritto ecclesiale; essa è forse plausibile solo per il diritto secolare, ma non per la *communio* dei battezzati. Altri autori definiscono il diritto quale organizzazione della vita sociale che si potrebbe sviluppare anche indipendentemente dall'esistenza di uno Stato (Brieskorn) <sup>(37)</sup>, o come sistema normativo stabilito autoritativamente, socialmente efficace e obbligato a criteri di esattezza materiale

<sup>(34)</sup> Cfr. per la teoria di Kelsen il breve riassunto H. KELSEN, *Was ist juristischer Positivismus?*, in *Juristenzeitung* 1965, pp. 465-469.

<sup>(35)</sup> Per Radbruch la filosofia del diritto significava «considerazione del valore giuridico»; cfr. la sua definizione del concetto di diritto in RADBRUCH, *Rechtsphilosophie II* (cfr. nt. 22), p. 255: «Il diritto è quella realtà che ha come senso di servire il valore del diritto, l'idea del diritto».

<sup>(36)</sup> Cfr. l'esposizione riassuntiva in A. KAUFMANN, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, München 1994, pp. 139-174. Kaufmann identifica il concetto della «idea di diritto» con quello della giustizia, e accentua tre aspetti della giustizia: 1) uguaglianza (giustizia in senso stretto), 2) utilità (giustizia sociale o giustizia del bene comune), 3) certezza del diritto (pace giuridica).

<sup>(37)</sup> N. BRIESKORN, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1990, p. 38.

(Dreier) <sup>(38)</sup>. Ognuno di questi concetti di diritto rende possibile il tener conto anche del diritto ecclesiale, nell'elaborazione concettuale della filosofia del diritto, benché ciò non avvenga esplicitamente nei lavori filosofico-giuridici e teorico-giuridici neppure di quegli autori che, come Dreier e Brieskorn, hanno pubblicato monografie sul diritto ecclesiale <sup>(39)</sup>. L'evidente fenomeno dell'elusione del diritto ecclesiale nell'odierna discussione filosofico-giuridica si spiega probabilmente con il fatto che si crede di indebolire la forza persuasiva della propria posizione se si utilizza un argomento tratto dal diritto ecclesiale. In ogni caso va ricordato che le definizioni filosofico-giuridiche del concetto di diritto, recentemente presentate, non sono affatto incompatibili con il diritto ecclesiale, sicché un dialogo sarebbe impossibile solo nel caso in cui lo stesso diritto ecclesiale dovesse chiudersi, da parte sua, di fronte al discorso filosofico-giuridico. Tuttavia, il diritto ecclesiale non può rifiutare argomentazioni provenienti dalla filosofia o dalla teoria del diritto, se la disciplina si sottopone alle regole della *razionalità pratica*; il che è indispensabile per ogni scienza giuridica, ed è stato attuato, nel caso specifico del diritto ecclesiale, almeno a partire dal XII secolo da Graziano che, com'è noto, apre la sua opera fondamentale con la recezione e sviluppo del pensiero giusnaturalistico antico sviluppato da Isidoro di Siviglia <sup>(40)</sup>. Se lo studioso del diritto ecclesiale è disposto, in linea di massima, a partecipare al discorso filosofico-giuridico, egli deve esaminare in quale misura le tematiche della discussione filosofica siano valide per il diritto ecclesiale, e se queste possano essere modificate mediante il coinvolgimento del diritto ecclesiale. Senza pretenderne la completezza, vorrei indicare i seguenti temi centrali per la filosofia del diritto: validità del diritto, giustizia, certezza del diritto, diritti fondamentali soggettivi, principi giuridici.

---

<sup>(38)</sup> R. DREIER, *Der Begriff des Rechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, pp. 890-896; ora anche in R. DREIER, *Recht-Staat-Vernunft. Studien zur Rechtslehre* 2, Frankfurt a.M. 1991, pp. 95-119 con un'appendice.

<sup>(39)</sup> Per R. Dreier però va ora menzionato il suo contributo *Der Rechtsbegriff des Kirchenrechts in juristisch-rechtstheoretischer-Sicht*, in G. RAU/H.-R. REUTER/K. SCHLAICH (a cura di), *Das Recht der Kirche* (cfr. nt. iniziale), pp. 171-198.

<sup>(40)</sup> Cfr. in proposito J. GAUDEMET, *La doctrine des sources dans le Décret de Gratien*, in *Revue de droit canonique* 1 (1951), pp. 5-31; anche in: ID., *La formation du droit canonique médiéval*, London 1980, no. VIII.

### III. *La questione della validità del diritto.*

Secondo la teoria degli imperativi, formulata per la prima volta in modo chiaro dal teorico inglese del diritto John Austin (1790-1859), il diritto costituisce, nel suo complesso, un insieme di imperativi uniti a sanzioni che provengono da un sovrano collocato per principio al di fuori dell'ordinamento giuridico, e ai cui comandi generalmente si obbedisce<sup>(41)</sup>. La validità del diritto presuppone dunque tre elementi: 1) la relazione tra comando e obbedienza, che si manifesta nel concetto dell'imperativo, 2) l'idea di sovranità, espressa generalmente negli ordinamenti giuridici attuali mediante il principio della sovranità popolare, che legittima democraticamente colui che comanda, e 3) la garanzia dell'obbedienza mediante l'effettività di un apparato sanzionatorio, perché un ordinamento giuridico valido non è pensabile senza una regolare possibilità di imposizione. Anche se la teoria degli imperativi sulla validità del diritto è stata modificata più volte da diversi elementi nella moderna teoria del diritto, da Hart ad esempio con la distinzione tra regole giuridiche primarie e secondarie, e da Kelsen con il presupposto ipotetico di una norma fondamentale, essa può essere ancora considerata la teoria più influente del pensiero giuridico strettamente positivistico<sup>(42)</sup>. L'inserimento del diritto ecclesiale in una tale teoria della validità suscita però gravissime riserve; e ciò in relazione a tutti gli elementi sottolineati.

In primo luogo si presenta il problema se la normatività del diritto ecclesiale possa essere colta con il concetto di un insieme di imperativi. Gli imperativi potrebbero provenire da un legislatore divino oppure umano; di conseguenza si dovrebbero distinguere degli ambiti di *ius divinum* e di *ius humanum*. Secondo la concezione protestante della fede non si può isolare lo *ius divinum*, come ambito autonomo, dallo *ius humanum*: come ha detto Hans Dombois, noi abbiamo lo *ius divinum* sempre solo nella forma dello *ius humanum*<sup>(43)</sup>. Anche presupponendo che la comunità dei

---

(41) Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford 1961, pp. 18-25. L'opera fondamentale della teoria degli imperativi è quella di J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence determined* (prima ed. 1832, nuova ed. London 1954 con un'introduzione di H.L.A. Hart).

(42) Cfr. ad esempio SEELMANN (cfr. nt. 30), pp. 45 sg.

(43) H. DOMBOIS, *Das Recht der Gnade I* (cfr. nt. 25), p. 1009. Cfr. in propo-

cristiani si basi su mandati o direttive divini, questi non possono essere interpretati semplicemente come imperativi di un'ordinamento giuridico positivo *iuris divini*, ma necessitano, per assumere un carattere di precetto giuridico, di una trasformazione nell'ambito di convinzioni normative di una comunità religiosa. In questo mi sembra stia una fondamentale differenza tra il diritto ecclesiale cristiano e il diritto sacro dell'Islam che ha un carattere molto più tradizionalistico per il suo completo radicamento in fonti giuridiche sacrosante di una determinata epoca storica<sup>(44)</sup>. Nella teologia cattolica e nella canonistica è stata abbandonata attualmente, in gran parte, la concezione dello *ius divinum* come complesso di proposizioni giuridiche di validità metastorica; si presuppone invece una concretizzazione storica dello *ius divinum*<sup>(45)</sup>. In tal modo si riconosce che lo *ius divinum* può trovare la sua positivazione nei principi di un ordinamento giuridico, solo attraverso la comunità del popolo di Dio, cioè la Chiesa.

Nella misura, però, in cui anche nel diritto ecclesiale l'ordinamento giuridico si basa su una regolamentazione positiva, la teoria degli imperativi potrebbe essere utilizzata quale modello esplicativo teorico-giuridico della validità del diritto ecclesiale positivo. Tuttavia, una tale interpretazione non considera i legami materiali che vincolano la legislazione ecclesiastica a *contenuti di fede costitutivi di una comunità che, a loro volta, hanno un carattere giuridico*, e che precedono ogni imperativo giuridico proveniente da un'istanza normativa. La validità giuridica non può essere semplicemente ricondotta, nel diritto ecclesiale, al fatto che un'istanza, presupposta come sovrana — sia pure il popolo di Dio — si è costituita socialmente, e con ciò giuridicamente, in modo specifico; ne segue implicitamente l'inadeguatezza sia del concetto di *societas* per la

---

sito W. LIENEMANN, *Ius divinum bei Hans Dombos*, in *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 32 (1987), pp. 423-435.

(44) Cfr. J. SCHACHT, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964, in part. pp. 199-211.

(45) K. RAHNER, *Über den Begriff des « ius divinum » im katholischen Verständnis* in *Schriften zur Theologie* V, Zürich-Köln V, pp. 249 sgg.; già prima in *Existenz und Ordnung*, Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1962, p. 62-86. G. LUF, *Rechtsphilosophische Grundlagen des Kirchenrechts*, in *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, a cura di J. List/ H. Möller/ H. Schmitz, Regensburg 1983, pp. 24-31, in part. p. 31, nt. 31.

Chiesa, sia di un principio protestante della comunità in analogia con la sovranità popolare. Una teoria filosofico-giuridica della validità del diritto nell'ambito del diritto ecclesiale può corrispondere alla fattualità del diritto ecclesiale solo quando si cerca il punto di riferimento della validità del diritto nella convinzione giuridica della Chiesa come *communio* <sup>(46)</sup>. Solo così ad esempio si riesce a interpretare il fatto che nonostante la lunga divisione della Chiesa e nonostante il fatto che essa forse non è mai esistita come organizzazione unitaria, c'è un fondo essenziale di diritto ecclesiale ecumenico che si può concretizzare in principi giuridici sul battesimo, sulla comunità e sul ministero <sup>(47)</sup>.

Una teoria sulla validità del diritto, che fa risalire filosoficamente tale validità alla convinzione di una comunità, è stata sviluppata nella Germania dell'Ottocento dalla teoria giuridica della scuola storica, anche se elaborata solo in modo frammentario. La formulazione più conosciuta di questa dottrina è stata quella secondo cui, in fondo, tutto il diritto è diritto consuetudinario (Savigny) <sup>(48)</sup>; in questo contesto, però, il concetto di diritto consuetudinario non è stato definito tradizionalisticamente nel senso di pratica di lunga durata, ma legato esclusivamente alle convinzioni deontologiche di una comunità (Puchta) <sup>(49)</sup>.

---

<sup>(46)</sup> L'utilizzo del concetto di *communio* per descrivere la Chiesa si è affermato nella canonistica cattolica dopo il Concilio Vaticano II: cfr. O. SAIER, «*Communio*» in *der Lehre des Zweiten Vatikanischen Konzils*, München 1973. Per il significato del concetto di comunità (*communio*) nell'ecclesiologia evangelico-luterana, cfr. ad esempio W. HÄRLE, art. *Kirche VII*, in *Theologische Realenzyklopädie*, vol. 18 (1989), pp. 277-317, in part. pp. 283-285.

<sup>(47)</sup> Cfr. a questo proposito il fondamentale tentativo di formulazione da parte di H. DOMBOIS, *Das Recht der Gnade II*, Bielefeld 1974, pp. 222-224.

<sup>(48)</sup> Così F.C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 13, qui citato secondo l'edizione italiana, *Della vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, prima versione sulla terza edizione tedesca del 1840 per L. Lo Gatto e V. Janni, Napoli 1847, pp. 9 sg.: «La somma di questa opinione intanto è che ogni diritto trae origine da...[questo modo, al quale] per accettazione universale si suol dare, in verità con non molta giustezza, il nome di *diritto consuetudinario*...».

<sup>(49)</sup> A proposito della teoria di Puchta sul diritto consuetudinario cfr. J. SCHRÖDER in G. KLEINHEYER/J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg 1989<sup>3</sup>, pp. 215-218; inoltre P. LANDAU, *Die Rechtsquellenlehre* (cfr. nt. 16) e *Das Gewohnheitsrecht im Staatskirchenrecht*, in *Handbuch des Staatskirchenrechts*

Già nell'Ottocento il cultore del diritto ecclesiale luterano *Scheurl* aveva trasferito questo approccio teorico-giuridico al diritto ecclesiale<sup>(50)</sup>. Tale approccio non dovrebbe essere superato neppure dalla più recente teoria del diritto, nella quale si contrappone ripetutamente la *teoria del riconoscimento* alla *teoria della coazione* sulla validità giuridica<sup>(51)</sup>. Con una teoria del riconoscimento sulla validità giuridica si possono fondare, nella loro validità, sia un diritto ecclesiale codificato, quale si presenta nel *Codex Iuris Canonici* della Chiesa cattolica, sia il diritto ecclesiale protestante molto meno consolidato normativamente.

Ma può il diritto ecclesiale rivestire un carattere giuridico, nel caso in cui lo Stato, rivendicando il monopolio del potere, toglie alla Chiesa, in casi estremi, la possibilità di far valere il suo ordinamento giuridico? Questa domanda riconduce la validità giuridica all'efficacia delle norme giuridiche mediante l'azione coattiva di un sovrano. Nel mondo medievale, con la sua dottrina dei due poteri sviluppata a partire da Gelasio I, non poteva essere messa in dubbio la validità del diritto canonico accanto a quello secolare<sup>(52)</sup>; nell'epoca moderna, in fondo a partire dalla teoria della sovranità elaborata da Jean Bodin, la validità del diritto ecclesiale viene messa in dubbio. Tuttavia, non è indispensabile né far derivare il diritto da un unico sovrano come punto di riferimento, né identificare l'ordinamento giuridico con degli imperativi.

---

*der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di v. J. Listl/ D. Pirson, Berlin 1994<sup>2</sup>, pp. 333-343, in part. p. 335.

<sup>(50)</sup> Cfr. P. LANDAU, *Die Theorie des Gewohnheitsrechts* (cfr. nt. 17).

<sup>(51)</sup> Così esplicitamente in E.R. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, vol. I, Gotha 1877, nuova ed. 1965, e di recente diffusamente sul punto J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Darmstadt 1994<sup>4</sup>, qui citato secondo l'edizione italiana *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Milano 1996, pp. 38-53: «L'intreccio strutturale dell'effettiva accettazione fondante fatti con l'ideale accettabilità delle pretese di validità» (p. 50). Una dottrina sulla validità del diritto «orientata al consenso» sostiene da tempo con fermezza K. LÖDERSEN nei suoi saggi dedicati al problema e raccolti in K. LÖDERSEN, *Genesis und Geltung in der Jurisprudenz*, Frankfurt/M. 1996, qui soprattutto la parte II: *Allgemeine Kriterien der konsensorientierten Rechtsgeltung* (cfr. pp. 125-247). Löderssen si riferisce, tra l'altro, espressamente a Bierling, il quale aveva sviluppato la sua teoria del riconoscimento come cultore del diritto ecclesiale.

<sup>(52)</sup> Fondamentale per la dottrina dei due poteri è W. ULLMANN, *Der Grundsatz der Arbeitsteilung bei Gelasius I.*, in *Historisches Jahrbuch* 97/98 (1978), pp. 41-70.

Sia la storia del diritto che la sociologia del diritto dimostrano che il concetto di sovrano, e in generale l'idea di un'origine, situata esattamente nel tempo, di tutta la vita giuridica di una comunità, non è un presupposto teorico necessario per il concetto di ordinamento giuridico. La storia del diritto insegna che l'identificazione dello Stato con l'ordinamento giuridico, e quindi il concetto statale del diritto, è un prodotto dell'Europa moderna; fin dalla sua creazione da parte di Eugen Ehrlich, la sociologia moderna del diritto si è basata spesso, ed esplicitamente, sulla possibile coesistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici<sup>(53)</sup>. Il diritto internazionale, di per sé co-costitutivo della coscienza giuridica del mondo odierno, non può essere ricondotto alle disposizioni normative di uno o più sovrani. Si arriva dunque alla conclusione che la concezione filosofico-giuridica della validità del diritto non deve ricorrere necessariamente al concetto di sovrano. La teoria della sovranità è componente di uno *Ius Europaeum* che viene reso obsoleto nella coscienza giuridica di una società mondiale. Tuttavia, il pluralismo degli ordinamenti giuridici presuppone, come nel diritto internazionale, un generale consenso sui valori giuridici comuni, che va cercato idealmente all'interno di un consenso, frutto anche del cristianesimo, circa la giustizia di una società mondiale.

#### IV. *La giustizia nel diritto ecclesiale.*

Fin dall'antichità la riflessione filosofico-giuridica è stata caratterizzata sostanzialmente da tentativi di definire il concetto di giustizia. Anche le trattazioni moderne della filosofia del diritto se ne occupano normalmente, come ad esempio quella di Arthur Kaufmann<sup>(54)</sup>. Se la giustizia nella filosofia del diritto viene concepita, a partire dal neokantismo (Stammler, Radbruch), come elemento dell'*idea di diritto* nel senso di un principio regolatore, ciò serve ad alleggerire gli ordinamenti giuridici positivi da richieste massimalistiche di giustizia. Spesso però il moderno pensiero filosofico-giuridico ha ricusato anche i tentativi di definire il concetto di giustizia, perché privi di contenuto o illegittimi dal punto di vista della

<sup>(53)</sup> E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin 1967<sup>3</sup>, prima ed. 1913, in part. pp. 110-137.

<sup>(54)</sup> A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie* (cfr. nt. 36), pp. 139-174.

teoria della conoscenza; l'esempio più impressionante di ciò si ha nell'opera di Hans Kelsen<sup>(55)</sup>. Per il diritto ecclesiale, in quanto diritto di una comunità che non è pensabile come mera comunità coattiva data l'importanza di per sé costitutiva della professione di fede, non è possibile definire il concetto di diritto senza riferimento alla giustizia. Il riferimento del diritto ecclesiale a un concetto materiale di giustizia è stato valorizzato efficacemente dal diritto canonico medievale, in quanto ha recepito nel *Decretum Gratiani* — la più grande conquista intellettuale nella storia del diritto ecclesiale — le dottrine giusnaturalistiche antiche. Nella sua trattazione del diritto naturale Graziano si richiama espressamente a *Platone*, e ritiene ovvia la superiorità del diritto naturale rispetto al diritto positivo, chiamato da lui « consuetudo »<sup>(56)</sup>. Se nell'approccio teologico-giuridico di Hans Dombois il diritto ecclesiale viene distinto espressamente, come « diritto della grazia », dal diritto della giustizia, tale distinzione non è accettabile dal punto di vista della storia del diritto ecclesiale<sup>(57)</sup>. Se però il diritto ecclesiale è per principio un « diritto della giustizia », i tentativi di definire la giustizia devono avere rilevanza anche per il diritto ecclesiale.

---

(55) H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?*, Wien 1975<sup>2</sup>. Per la separazione di diritto e giustizia in Kelsen, cfr. H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* (Fundamenta Juridica 1), Baden-Baden 1986, pp. 160-166. Cfr. pure le argomentazioni di R. DREIER, *Recht und Gerechtigkeit* in ID., *Recht-Staat-Vernunft* (cfr. nt. 38), pp. 8-38.

(56) *Decretum Gratiani*, Dict. p. Dist. 8, c. 9: « Liquidum apparet, quod consuetudo naturali iuri postponitur ». Per la dottrina giusnaturalistica di Graziano cfr. R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus* (Münchener theologische Studien. Kanonistische Abteilung 26), München 1967, pp. 132-140. Per Graziano e Platone, cfr. S. KUTTNER, *Gratian and Platon*, in C.N.L. BROOKE/D.E. LUSCOMBE/G.H. MARTIN/N.M. OWEN (a cura di), *Church and Government in the Middle Ages*, Cambridge 1976, pp. 93-117.

(57) Critico sulla distinzione di principio tra il diritto della giustizia e il diritto della grazia in Dombois anche R. DREIER, *Bemerkungen zum «Recht der Gnade»*, in FOLKERS (a cura di), *Zugänge zum Recht der Gnade* (cfr. nt. 26), pp. 9-31, in part. p. 21; prima in *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 29 (1984), pp. 405-422. Fortemente critico verso tale distinzione anche H. FOLKERS, *Der Rechtsbegriff in Hans Dombois' «Recht der Gnade»*, in FOLKERS (a cura di), *Zugänge* (cfr. nt. 26), pp. 61-94. Cfr. pure H.-R. REUTER, *Der Rechtsbegriff des Kirchenrechts in systematisch-theologischer Sicht*, in G. RAU/H.-R. REUTER/K. SCHLAICH, *Das Recht der Kirche*, vol. 1 (cfr. nt. iniziale), pp. 236 sgg.

La definizione classica della giustizia, sviluppata da Aristotele nella «Etica Nicomachea», identifica la giustizia con l'uguaglianza ovvero la *proporzionalità*<sup>(58)</sup>. Per Aristotele ciò è evidente, quando osserva: «cosa che tutti riconoscono anche senza bisogno di un ragionamento»<sup>(59)</sup>. Com'è noto, Aristotele distingue poi tra le due forme fondamentali della giustizia: quella della distribuzione dei beni tra i cittadini di una comunità (*iustitia distributiva*) e quella dei rapporti contrattuali giusti (*iustitia commutativa*)<sup>(60)</sup>. Tommaso riprende nella *Quaestio* 61 della *Pars Secunda Secundae* della *Summa Theologiae* i concetti aristotelici<sup>(61)</sup>. Anche la filosofia moderna del diritto utilizza concetti aristotelici, almeno come punto di partenza per riflessioni sulla giustizia, perché la giustizia può essere distinta dall'arbitrio solo mediante il concetto di uguaglianza. A prima vista si potrebbe invece pensare che le distinzioni aristoteliche non siano pertinenti per l'ambito del diritto ecclesiale, perché esse non considerano la dimensione trascendente del diritto ecclesiale. Tuttavia, anche qui non può essere negata a priori la possibilità di applicare dei concetti giuridico-filosofici.

L'idea dell'*uguaglianza dei figli di Dio* è fondamentale per il diritto ecclesiale<sup>(62)</sup>. Mentre in ambito secolare, prima dell'affermarsi della concezione moderna dei diritti dell'uomo, la schiavitù è stata senz'altro ammessa come istituto giuridico, la Chiesa cristiana, pur non combattendola rivoluzionariamente, ha ritenuto irrilevante, per la comunità cristiana, lo status giuridico dello schiavo già ai tempi della Chiesa primitiva, in quanto secondo la lettera di Paolo a Filemone anche lo schiavo era da considerare un fratello amato<sup>(63)</sup>. Di conseguenza, il diritto ecclesiale, diversa-

(58) ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1131a-b, cit. secondo l'edizione greco-italiana (introduzione, traduzione, note e apparati) di Claudio Mazzarelli, Milano 1994<sup>2</sup>.

(59) *Ibid.*, 1131a.

(60) *Ibid.*, 1130b-1131a.

(61) TOMMASO d'AQUINO, *Summa Theologica* II-II, q. 61, con l'osservazione riassuntiva: «Generalis forma iustitiae est aequalitas, in qua convenit iustitia distributiva cum commutativa» (art. 2, ad 2).

(62) L'idea dell'*uguaglianza dei figli di Dio* è stata messa in evidenza da Burcardo di Worms intorno all'anno 1000 d. C., nella fase decisiva di formazione per il diritto matrimoniale della Chiesa; cfr. P. LANDAU, *Die Eheschließung von Freien und Unfreien bei Burhard von Worms und Gratian*, in *Cristianità ed Europa, Miscellanea Luigi Prosdocimi I* (a cura di C. Alzati), Roma etc. 1994, pp. 453-461, in part. p. 457.

(63) Fm 1,16.

mente dal diritto romano, riconobbe allo schiavo la facoltà di contrarre matrimonio, anche se, d'altra parte, nel diritto canonico ancora fino al 1983, in linea di massima, si precludeva all'uomo non libero l'ordinazione<sup>(64)</sup>. Nonostante tutta l'accentuazione dell'autorità del ministero nel Nuovo Testamento e dell'obbedienza, l'uguaglianza dei battezzati e l'uguaglianza del sacerdozio comune<sup>(65)</sup> costituiscono il vero fondamento della Chiesa e, quindi, anche del pensiero cristiano sulla giustizia.

Anche le due forme fondamentali del *concetto aristotelico di giustizia* sono rilevanti per il diritto ecclesiale. Il concetto della giustizia distributiva è indispensabile per la Chiesa, nella misura in cui si concepisce la corretta amministrazione dei sacramenti, nel senso della Confessione Augustana, come una caratteristica essenziale della Chiesa<sup>(66)</sup>; anche i diritti e doveri dei fedeli, codificati per la Chiesa cattolica nei can. 208-223 del C.I.C. del 1983, possono essere concretizzati solo in riferimento a un principio di giustizia distributiva<sup>(67)</sup>. Per quanto riguarda la giustizia commutativa, a prima vista si tende forse a vedervi esclusivamente un principio per l'ambito del diritto privato. Tuttavia, il pensiero giuridico medievale ha costruito, soprattutto sulla base della giustizia commutativa, un'ampia dottrina della restituzione, la quale non solo ha influenzato il diritto secolare per il risarcimento dei danni, ma è stata applicata anche nel diritto ecclesiale come diritto al rispetto ovvero

---

(64) Cfr. P. LANDAU, *Frei und Unfrei in der Kanonistik des 12. und 13. Jahrhunderts am Beispiel der Ordination der Unfreien*, in J. FRIED (a cura di), *Die abendländische Freiheit vom 10. zum 14. Jahrhundert* (Vorträge und Forschungen. Konstanzer Arbeitskreis für Mittelalterliche Geschichte 39), Sigmaringen 1991, pp. 177-196. È di fondamentale importanza per la concezione giuridica della Chiesa cristiana il fatto che nel Deuteronomio venga messa in dubbio, probabilmente per la prima volta nella storia dell'umanità, la legittimità della schiavitù; cfr. Dt 23, 16-17, e in generale sul codice giuridico in esso contenuto C.M. CARMICHAEL, *The Laws of Deuteronomy*, Ithaca/London 1974.

(65) 1 Pt 2,5.

(66) Cfr. art. VII Confessio Augustana. Per una critica di fondo ai difetti di questo articolo «De Unitate Ecclesiae» cfr. H. DOMBOIS, *Das Recht der Gnade*, vol. III, Bielefeld 1981, pp. 178-187.

(67) Si tratta qui del titolo «De omnium Christifidelium obligationibus et iuribus» che inizia nel can. 208 con una dichiarazione programmatica sull'uguaglianza di tutti i cristiani nella loro dignità e azione («vera viget quoad dignitatem et actionem aequalitas»).

alla ricostituzione dell'integrità personale<sup>(68)</sup>. La dottrina della restituzione nel diritto ecclesiale estende la giustizia commutativa oltre l'ambito del diritto patrimoniale, creando in tal modo un presupposto essenziale per un concetto di giustizia di carattere personale.

Dal XIX secolo, in particolare a partire dall'opera epocale di Jhering *Lo scopo nel diritto*, è stata utilizzata spesso la *convenienza*, accanto all'uguaglianza, per definire un moderno concetto di giustizia. Tuttavia, al concetto formale di convenienza possono essere dati diversi contenuti, sicché il concetto di scopo serve come veicolo di una storicizzazione del concetto di giustizia (oggi, ad esempio, nella «economic analysis of law» come idea di giustizia di una società di mercato). Nel diritto ecclesiale, l'approccio teleologico quale elemento dell'idea di giustizia è corrente già nel diritto canonico classico del medioevo, ma qui lo scopo viene identificato con la salvezza delle anime («salus animarum»)<sup>(69)</sup>. Il diritto ecclesiale evangelico non può conciliare senza tensioni l'obiettivo della «salus animarum» con la fissazione di norme da parte del diritto ecclesiale, ad esempio nel conflitto tra la predicazione del pastore e l'orizzonte di valori della comunità; d'altra parte però esso deve badare a non stabilire delle norme dannose per la salvezza delle anime. In quanto anche il diritto ecclesiale evangelico trova il suo traguardo finale, in ultima analisi, nell'ambito spirituale, costituendo pertanto un diritto spirituale, il concetto della «salus animarum» può essere utilizzato anche come pietra di paragone per il diritto ecclesiale evangelico; ciò significa dal punto di vista filosofico-giuridico che l'idea dello scopo come elemento del concetto di giustizia non è aliena al diritto ecclesiale evangelico.

Infine però va posta la questione se un diritto ecclesiale evangelico, e oggi anche ecumenico, non debba oltrepassare una conce-

(68) Fondamentale per la dottrina teologica e canonistica della restituzione è K. WEINZIERL, *Die Restitutionslehre der Frühscholastik*, München 1936; cfr. pure U. WOLTER, *Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB* (Schriften zur Rechtsgeschichte H. 36), Berlin 1985, in part. p. 82.

(69) Cfr. a questo proposito G. LE BRAS, *L'originalité du droit canon*, in *Etudes Juillot de la Morandière* (1964), pp. 265-275; Ch. LEFEBVRE, «*Aequitas canonica*» et «*periculum animae*» dans la doctrine d'Hostiensis, in *Ephemerides iuris canonici* 8 (1952), p. 29; ora pure P. LANDAU, *Aequitas in the Corpus Iuris Canonici*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 20 (1994), pp. 97-104.

zione secolare della giustizia, nella misura in cui esso non può limitare la giustizia a un ordinamento utilitaristico di necessità, ma deve unire il concetto di giustizia a quello dell'amore (« caritas »), e pertanto conservare nel profondo, in quanto pensiero messianico della giustizia, una differenza insopprimibile rispetto alla concezione secolare della giustizia<sup>(70)</sup>. Anche qui è di aiuto uno sguardo alla storia del diritto ecclesiale. Già prima della nascita della canonicistica scientifica, Ivo di Chartres, il più importante canonista prima di Graziano, riconobbe il collegamento indissolubile tra *misericordia* e *iustitia* nel diritto canonico<sup>(71)</sup>. I canonisti classici, l'Ostiense ad esempio, svilupparono più tardi il concetto della « aequitas canonica » per esprimere gli specifici valori fondamentali del diritto canonico<sup>(72)</sup>. Questa tradizione medievale non riuscì a conservarsi nel diritto ecclesiale evangelico, determinato per secoli dall'assetto dei principati protestanti. Dal punto di vista etico-giuridico il diritto ecclesiale evangelico mostra perciò, fino ad oggi, deficienze di origine storica; ciò si osserva attualmente, con particolare evidenza, nella discussione intorno all'asilo ecclesiastico, nella quale il diritto ecclesiale evangelico ha abbandonato, già nella prima età moderna, la tradizione giuridica dell'asilo ecclesiastico medievale<sup>(73)</sup>.

L'idea di un principio di giustizia del diritto ecclesiale, distinto dal diritto secolare, ma che possa essere anche formulato in termini filosofici, può richiamarsi infine a una tradizione filosofico-giuridica andata persa. Si tratta della definizione medievale della giustizia come aiuto per molti (in adiutorium multorum inventa:

---

(70) Un resoconto molto informativo della discussione ecumenica sul concetto di giustizia ora in W. LIENEMANN, *Gerechtigkeit*, Ökumenische Studienhefte 3 (Bensheimer Hefte 75), Göttingen 1995.

(71) Cfr. in proposito P. LANDAU, *Ivo von Chartres*, in *Theologische Realenzyklopädie*, vol. 16 (1987), pp. 422-427, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(72) Cfr. in proposito P. LANDAU, *Aequitas in the Corpus Iuris Canonici* (cfr. nt. 69), e Ch. LEFEBVRE (cfr. nt. 69).

(73) Cfr. ad esempio U.K. JACOBS, *Kirchliches Asylrecht. Aspekte zu seiner geschichtlichen und gegenwärtigen Geltungskraft*, in *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 35 (1990), pp. 25-43. Sul ruolo del diritto d'asilo nella storia del diritto ecclesiale cfr. i contributi di H.-R. Reuter und H. Ehnes in G. RAU/H.-R. REUTER/K. SCHLAICH (a cura di), *Das Recht der Kirche* (cfr. nt. iniziale), vol. III, e P. LANDAU, *Traditionen des Kirchenasyls*, in K. BARWIG/D.R. BAUER (a cura di), *Asyl am Heiligen Ort*, Ostfildern 1994, pp. 47-61.

originariamente in Martino di Braga), come sostegno agli indigenti («in subveniendis miseris»: Agostino e, più tardi, Pietro Lombardo), come sostegno a coloro che hanno limitate capacità («iustitia que plurimum prodest his qui minimum possunt»: commentario di Calcidio a Platone). L'articolata sopravvivenza di tali definizioni, che non avevano un'origine specificamente teologica, ma possono essere ricondotte al pensiero giuridico della Stoa, è stata studiata da Stephan Kuttner per la canonistica medievale<sup>(74)</sup>. In filosofia questa tradizione è stata abbandonata quasi completamente nei tempi moderni, ma c'è comunque un filosofo di primo piano che si ricollega coscientemente a queste concezioni, e cioè Gottfried Wilhelm Leibniz con la sua definizione della giustizia come «caritas sapientis» e la sua idea di una «iustitia universalis»<sup>(75)</sup>. Leibniz è anche stato l'unico filosofo a definire il concetto di giustizia nel senso di *gradi di giustizia*. In questa teoria, che senz'altro costituisce il suo contributo più originale alla filosofia del diritto, viene indicato come primo e più basso grado lo *ius proprietatis*, che Leibniz identifica con la giustizia commutativa aristotelica, e al quale associa la regola del «neminem laedere»; come secondo grado lo *ius societatis* — identificato con la giustizia distributiva aristotelica e riferito al bene comune il più grande possibile — che è determinato dai principi della «aequitas»; come terzo e più alto grado, infine, lo *ius pietatis* che si fonda sulla comunità dell'uomo con Dio — la «cité de Dieu» leibniziana — e che si riferisce alla felicità eterna. Nello *ius pietatis* lo scopo del diritto è di elevare la

(74) S. KUTTNER, *A forgotten definition of justice*, in *Studia Gratiana XX* (Mélanges G. Fransen II, 1976), pp. 73-109; anche in ID., *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*, London 1980, n. V.

(75) Fondamentale per la filosofia del diritto di Leibniz è H.P. SCHNEIDER, *Iustitia universalis, Quellenstudien zur Geschichte des «christlichen Naturrechts» bei Gottfried Wilhelm Leibniz* (Juristische Abh. VII), Frankfurt a.M. 1967, in part. pp. 380-386. L'importanza della filosofia del diritto di Leibniz per un ordinamento fondamentale, della comunità ecclesiale, costituito su una base del diritto del prossimo, è stata notata già da Erik Wolf; cfr. E. WOLF, *Leibniz als Rechtsphilosoph*, in ID., *Rechtsphilosophische Studien* (Ausgewählte Schriften I), a cura di A. Hollerbach, Frankfurt a.M. 1972, pp. 246-269, in part. p. 258, prima in *Leibniz. Sein Leben – sein Wirken – seine Welt*, a cura di W. Totok/ C. Haase, Hannover 1966, pp. 465-488. Inoltre E. WOLF, *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf* (Philosophische Abhandlungen XV), Frankfurt a.M. 1958, pp. 20 sg: Leibniz avrebbe abbozzato — certo solo in forma d'esempio — una soluzione per una filosofia del diritto del prossimo.

perfezione del prossimo; esso corrisponde alla definizione della giustizia, utilizzata da Leibniz, come «*caritas sapientis*»<sup>(76)</sup>. Ciò significa che il concetto aristotelico di giustizia, secondo questi criteri, è indispensabile per il diritto ecclesiale, ma non sufficiente. All'interno di una formazione di principi relativi ai diversi gradi di giustizia, e sulla via di definire la giustizia come «*caritas sapientis*», si può integrare, però, nel concetto di giustizia la dimensione della *diaconia*, costitutiva del diritto ecclesiale. Riallacciandosi a Leibniz, l'elaborazione concettuale del diritto ecclesiale non deve neppure limitarsi a constatare l'antinomia tra giustizia e grazia. La tradizione, qui ripresa, renderebbe invece possibile di riconoscere le origini cristiane del principio della *solidarietà*, e di valutare sulla base di esso la legittimità del diritto ecclesiale positivo. Si noti in questo contesto, per inciso, che *solidarietà* e *giustizia* sono state collegate, nella moderna filosofia del diritto, in particolare dalla filosofia di Karl Christian Friedrich Krause che ha fortemente influenzato il pensiero giuridico iberico e latino-americano<sup>(77)</sup>. Complessivamente, la riformulazione dei principi di giustizia resterà un compito ancora da svolgere dal diritto ecclesiale evangelico.

#### V. *Certezza del diritto nel diritto ecclesiale.*

Nella moderna filosofia del diritto, ad esempio in quella di Gustav Radbruch, la certezza del diritto viene considerata, accanto alla giustizia, quale elemento di validità generale dell'idea di diritto<sup>(78)</sup>. Arthur Kaufmann distingue, all'interno del concetto di

(76) Cfr. SCHNEIDER (cfr. nt. 75), pp. 413-419; inoltre G. GRUA, *Jurisprudence universelle et Théodicée selon Leibniz*, Paris 1953. Leibniz riassume questa teoria dei gradi della giustizia in particolare nella Praefatio del suo *Codex juris gentium diplomaticus*, Hannover 1693. Per questa teoria dei gradi della giustizia cfr. pure P. LANDAU, *Stufen der Gerechtigkeit. Zur Rechtsphilosophie von Gottfried Wilhelm Leibniz und Karl Christian Friedrich Krause*, in *Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, 1995, fasc. 7.

(77) Per la filosofia del diritto di Krause, in forma riassuntiva, P. LANDAU, *Karl Christian Friedrich Krauses Rechtsphilosophie*, in K. KODALLE (a cura di), *Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832), Studien zu seiner Philosophie und zum Krausismo* (Schriften zur Transzendentalphilosophie vol. 5), Hamburg 1985, pp. 80-92; su Krause in generale cfr. E.M. UREÑA, *K.C.F. Krause, Philosoph, Freimaurer, Weltbürger* (Spekulation und Erfahrung II, vol. 22), Stuttgart 1991.

(78) G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie II* (cfr. nt. 22), pp. 302-307 (§ 9).

certezza del diritto, i momenti della *positività*, *praticabilità*, e *invariabilità* (costanza) del diritto<sup>(79)</sup>. La certezza del diritto deve portare alla pace giuridica, ma può anche entrare in un'antinomia di fondo con il principio della giustizia materiale, come si vede, ad esempio, nel rifiuto, basato sul principio «Nulla poena sine lege», di perseguire un reato, anche se il diritto naturale chiede la punizione. L'importanza del problema della certezza del diritto nel diritto ecclesiale, si riconosce dal fatto che Rudolph Sohm, quale critico più autorevole del diritto ecclesiale, ha motivato la sua famosa tesi sulla contraddizione tra la natura della Chiesa e la natura del diritto ecclesiale soprattutto con la natura formale del diritto, cioè con il fatto che ogni facoltà di carattere giuridico è legata a fatti del passato<sup>(80)</sup>. In questa proposizione di Sohm, da un lato, il concetto di diritto viene definito mediante il concetto della positività del diritto, dall'altro lato viene contestata la legittimità di ogni ordinamento giuridico positivo per l'ambito della Chiesa cristiana. Con ciò, però, Sohm presuppone indirettamente che il principio della certezza del diritto sia un elemento indispensabile per ogni ordinamento giuridico.

Una delle lacune della moderna teologia evangelica del diritto è che il tema della *certezza del diritto* viene quasi completamente ignorato nel diritto ecclesiale. Si deve pertanto ricorrere anche in questo caso alla storia del diritto ecclesiale, se si vuole arrivare a conclusioni fondate sull'importanza che l'idea della certezza del diritto ha per il diritto ecclesiale. Sulla base della concezione secondo cui il diritto certo si riconosce soprattutto dalla sua positività, va sottolineato, in un primo momento, il fatto che il diritto ecclesiale è stato messo per scritto già molto presto in alcune collezioni canoniche di larga diffusione, e che per i padri conciliari era naturale vincolare un concilio ecumenico ai canoni, come ad esempio è avvenuto per il Concilio di Calcedonia nel 451<sup>(81)</sup>. L'autorità del diritto scritto, tramandato in raccolte giuridiche come quelle di

(79) A. KAUFMANN, *Grundprobleme* (cfr. nt. 36), pp. 170 sg.

(80) R. SOHM, *Kirchenrecht* vol. I, Leipzig 1892, p. 23. Cfr. in questo proposito pure A. BÖHLER, *Kirche und Staat bei Rudolph Sohm* (Basler Studien zur historischen und systematischen Theologie 6), Zürich 1965, pp. 50-54.

(81) Cfr. in proposito il contributo fondamentale di E. SCHWARTZ, *Die Kanonensammlungen der alten Reichskirche*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 25 (1936), pp. 1-114, in part. pp. 1 sg.

*Dionigi il Piccolo* <sup>(82)</sup>, crea una continuità che giunge dalla Chiesa della tarda antichità fino al medioevo cristiano, e anche oggi essa è un fattore ecumenicamente importante nei rapporti con la Chiesa orientale. Il processo di graduale messa per scritto del diritto, osservabile nel medioevo, è stato stimolato e modellato sostanzialmente dalla Chiesa <sup>(83)</sup>. La legislazione ecclesiastica è stata un modello per i codici giuridici secolari, sicché Max Weber ha potuto giustamente caratterizzare il diritto canonico della Chiesa come battistrada della razionalità giuridica moderna <sup>(84)</sup>. Va sottolineato in questo contesto che il concetto del diritto positivo è stato elaborato per la prima volta nella canonistica medievale <sup>(85)</sup>, e che la questione dell'effetto retroattivo delle leggi, centrale per la certezza del diritto, è stata regolata già nel XII secolo, con divieti di retroattività, nelle collezioni giuridiche ecclesiastiche <sup>(86)</sup>. Nel *Corpus Iuris Canonici*, sviluppatosi in due secoli tra l'Alto e il Basso Medioevo, si può anche vedere, accanto al corpo giuridico giustiniano, la più grande testimonianza storica di una concezione della certezza del diritto. Lo stesso si potrà dire delle grandi codificazioni del diritto ecclesiale cattolico, avvenute nel XX secolo, e da ultimo del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* del 1990 <sup>(87)</sup>.

---

<sup>(82)</sup> Cfr. M. RICHTER, art. *Dionysius Exiguus*, in *Theologische Realenzyklopädie*, vol. 9 (1981), pp. 1-4.

<sup>(83)</sup> Cfr. il volume *Recht und Schrift im Mittelalter*. (Vorträge und Forschungen. Konstanzer Arbeitskreis für Mittelalterliche Geschichte 23), Sigmaringen 1977; in part. tra l'altro H. MORDEK, *Kirchenrechtliche Autoritäten im Frühmittelalter*, pp. 237-256, e O. HAGENEDER, *Papstregister und Dekretalenrecht*, pp. 319-348. W. HARTMANN, *Autoritäten im Kirchenrecht und Autorität des Kirchenrechts in der Salierzeit*, in *Die Salier und das Reich*, vol. 3, a cura di S. Weinfurter con la collaborazione di H. Seibert, Sigmaringen 1991, pp. 425-446.

<sup>(84)</sup> M. WEBER, *Rechtssoziologie*, a cura di J. Winckelmann (Soziologische Texte, vol. 2), Neuwied 1960, pp. 236-239.

<sup>(85)</sup> In questo proposito S. KUTTNER, *Sur les origines du termes « droit positif »*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 4<sup>e</sup> série 15 (1936), pp. 728-740; ID., *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*, London 1980, n. III; inoltre S. GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala 1960, pp. 210-214.

<sup>(86)</sup> Cfr. in questo proposito P. LANDAU, *Allgemeine Rechtsprinzipien in der Geschichte des kanonischen Rechts*, letto al convegno della Deutsche Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Berlin 1994.

<sup>(87)</sup> Testo del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, Vatican City 1990. Diversamente dal CIC della Chiesa latina del 1983, il Codice orientale pone all'inizio

Il diritto ecclesiale evangelico invece non è stato codificato, ma con la recezione del *Corpus Iuris Canonici*, avvenuta già durante la Riforma, si è riallacciato coscientemente a una tradizione storico-giuridica che riconosceva il valore della certezza del diritto. Il diritto ecclesiale evangelico quindi è vincolato fundamentalmente dai momenti caratterizzanti della positività, praticabilità e invariabilità. Tutt'al più si potrebbe discutere se l'invariabilità vada riconosciuta come valore fondamentale di una Chiesa la quale si autocomprende sempre anche come *ecclesia semper reformanda*. Si dovrà però ricordare che, nella storia del diritto ecclesiale, vi è stata sempre, accanto all'accettazione della tradizione, anche l'apertura verso una nuova legislazione, sicché già nel medioevo il diritto ecclesiale non ha rappresentato un blocco impenetrabile di diritto sacro<sup>(88)</sup>. Riassumendo si può dire che l'idea della certezza del diritto come unione tra un ideale universalistico di giustizia e la decisione storicamente contingente del legislatore — un'idea forse particolarmente specifica della cultura giuridica occidentale — ha ricevuto il suo profilo in gran parte dalla legislazione e dalla scienza del diritto ecclesiale. Per la filosofia del diritto non è più concepibile una cultura giuridica senza la certezza del diritto, proprio per la rielaborazione teorica delle esperienze di ingiustizia nel XX secolo. In questo contesto va menzionata, ad esempio, la filosofia del diritto di Ronald Dworkin che caratterizza, nella sua opera principale *Law's Empire*, il diritto come un ordinamento di «integrity», il quale non può essere interpretato né convenzionalisticamente solo come applicazione di regole formatesi storicamente, nel senso del positivismo giuridico classico, né pragmatisticamente come tecnica esplicativa per il perseguimento di obiettivi, desiderabili dal punto di vista socio-politico, nel senso di un'idea di diritto come «social engineering»<sup>(89)</sup>. Con la parola «integrity» Dworkin vuole indicare che ogni ordinamento giuridico è, nello stesso tempo, le-

---

dell'opera un paragrafo su diritti e doveri dei fedeli (can. 7-26), vale a dire un catalogo di diritti fondamentali secondo il modello delle costituzioni moderne. Per il contenuto invece questo catalogo concorda con quello del CIC del 1983.

<sup>(88)</sup> Cfr. in questo proposito P. LANDAU, *Wandel und Kontinuität im kanonischen Recht bei Gratian*, in *Sozialer Wandel im Mittelalter*, a cura di J. Miethke/ K. Schreiner, Sigmaringen 1994, pp. 215-233.

<sup>(89)</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge Mass. 1986.

gato alla tradizione e aperto: il diritto è paragonabile, secondo lui, a una storia raccontata successivamente da diversi autori, in quanto possiede *un* nesso logico che attraversa le generazioni e non può essere interrotto arbitrariamente. Al diritto ecclesiale appartiene, con la sua continuità bimillenaria, una particolare *integrity* che va almeno equiparata a quella del moderno Stato costituzionale, preso da Dworkin come esempio principale. Le categorie filosofico-giuridiche di questo autore, che forse ha presentato il tentativo moderno più considerevole di aprire una terza via tra diritto naturale e positivismo giuridico, potrebbero essere rese feconde anche per il diritto ecclesiale.

Nell'ambito della teologia sarebbe auspicabile, dal punto di vista del giurista, una maggiore attenzione per le questioni riguardanti la certezza del diritto. Dalla prospettiva teologica si dovrebbe considerare se il principio della certezza giuridica non sia radicato, in modo profondissimo, nell'alleanza eterna di Dio con gli uomini (Gen 9,12), la quale abbraccia, secondo la concezione ebraica e cristiana, tutta l'umanità. In ultima analisi, già l'idea dell'alleanza di Dio con tutta l'umanità, attuata nel patto con Noè dopo il diluvio, contiene un *principio di fiducia* che è fondamentale anche per il diritto ecclesiale della Nuova Alleanza. Le esperienze, fatte da Israele durante l'Antica Alleanza, possono forse contribuire ad aprire nuovi orizzonti di comprensione anche per la coscienza giuridica della Chiesa cristiana<sup>(90)</sup>.

## VI. *Diritti soggettivi e diritti fondamentali nel diritto ecclesiale.*

Il diritto ecclesiale evangelico sulla linea di Karl Barth si è rifiutato di introdurre l'idea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico ecclesiale, adducendo l'argomento che nella Chiesa non può esserci nessun'altro diritto soggettivo fuorché quello di Cristo,

---

<sup>(90)</sup> Su questi problemi, che in ultima analisi portano alla questione fondamentale sulla misura in cui il pensiero giusnaturalistico sia connesso al diritto biblico, è molto efficace e ineguagliato H. COHEN, *Religion der Vernunft aus den Quellen des Judentums* (1928<sup>2</sup>), nuova ed. Darmstadt 1966, pp. 131-166. Il punto decisivo è che già nella Torah l'estraneo diventa un compagno di diritto, che può far valere autonomamente il suo diritto (cfr. pp. 140 sg.). Cohen conclude pertanto che già nel Pentateuco il diritto dei forestieri viene dedotto dal monoteismo (cfr. p. 145); il diritto di Noè sarebbe il precursore del diritto naturale per lo Stato e anche per la libertà di coscienza (cfr. p. 143).

il Signore della Chiesa<sup>(91)</sup>. Di fronte al diritto di Cristo non si potrebbero rendere autonomi nella Chiesa i diritti soggettivi dei singoli individui. Questo ragionamento teologico non considera che il diritto di Cristo impedisce il riconoscimento di diritti soggettivi solo nella misura in cui esso viene reso presente direttamente da un'istituzione del diritto ecclesiale positivo; una rappresentazione per la quale manca ogni presupposto nel diritto ecclesiale evangelico, e che non viene rivendicata neanche per l'istituzione del papato nella Chiesa cattolica.

Dietrich Pirson ha espresso, con un ragionamento giuridico, le sue riserve relative a una semplice recezione di una teoria secolare dei diritti dell'uomo da parte del diritto ecclesiale<sup>(92)</sup>. Secondo l'autore, lo scopo giuridico del diritto ecclesiale sta nell'adempiere al mandato della predicazione; tale diritto dunque non obbedisce primariamente alle esigenze soggettive dei membri della Chiesa. Per lui il diritto ecclesiale è un diritto comunitario ordinato in modo funzionale, dove non esiste qualcosa di analogo al conflitto d'interessi tra Stato e individuo, presupposto del diritto secolare. Nel diritto ecclesiale i diritti vanno intesi, secondo Pirson, solamente nel senso di un mandato adempiuto nell'interesse generale. Infatti, nei testi del diritto ecclesiale evangelico in vigore ci sono, finora, pochi passi, ai quali potrebbero riallacciarsi dei diritti fon-

---

(91) K. BARTH, *Kirchliche Dogmatik*, vol. IV/1, Zürich 1960, pp. 768-770 e 782.

(92) D. PIRSON, *Grundrechte in Recht und Tradition der reformatorischen Kirchen*, in *Die Grundrechte des Christen in Kirche und Gesellschaft*. Akten des IV. Internationalen Kongresses für Kirchenrecht, Fribourg 6.-11 ottobre 1980, Fribourg 1981, pp. 683-712. Inoltre ID., *Innerkirchliche Grundrechte aus der Sicht der evangelischen Kirchenrechtslehre*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 67 (1981), pp. 339-375. Critica questa posizione di Pirson già K. SCHLAICH, *Kirchenrecht und Kirche. Grundfragen einer Verhältnisbestimmung heute*, in *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 28 (1983), pp. 337-369, in part. p. 368. In ogni caso, per gli ultimi anni si può constatare nel diritto ecclesiale evangelico un'accentuazione più forte dei diritti fondamentali all'interno della Chiesa, anche con tentativi di formulare un catalogo di tali diritti fondamentali; cfr. H. EHNES, *Grundrechte in der Kirche*, in *Kirche im Übergang*. Festschrift für Nikolaus Becker, Neuwied/Frankfurt a.M. 1989, pp. 9-22; K. OBERMAYER, *Aufgabe einer evangelischen Kirchenverfassung in dieser Zeit*, in *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 32 (1987), pp. 599-612; cfr. inoltre diverse pubblicazioni di W. HUBER, fra cui ora W. HUBER e H. EHNES, *Grundrechte in der Kirche*, in G. RAU/H.-R. REUTER/K. SCHLAICH (a cura di), *Das Recht der Kirche* (cfr. nt. iniziale), vol. 1, pp. 518 sgg.

damentali. Tuttavia, potrebbe trattarsi di una deficienza del diritto ecclesiale positivo protestante, se si ritiene che il primo compito dell'ordinamento giuridico ecclesiale sia la descrizione normativa di uno *status fondamentale* del cristiano all'interno della comunità ecclesiale, da rispettarsi anche dal legislatore ecclesiastico. In questo senso Wolfgang Huber e altri autori si sono di recente pronunciati energicamente per la ricezione di diritti fondamentali nel diritto ecclesiale positivo.

Storicamente il diritto ecclesiale non si è affatto sviluppato senza una — pur minima — concezione dei diritti soggettivi. Si ricordi in questo contesto prima di tutto il diritto beneficiale medievale che ha fatto del diritto ufficiale della Chiesa un fitto complesso di diritti soggettivi, e che ha rappresentato un contrappeso a tutte le rivendicazioni di una potente gerarchia<sup>(93)</sup>.

Le regole giuridiche stabilite a proposito dell'ufficio e del beneficio non costituivano affatto, anche da un punto di vista funzionale, un traviamiento non cristiano; esse si basavano in ogni caso sul modello dei diritti soggettivi, i quali erano tutelati contro ogni atto arbitrario di destituzione e trasferimento, anche se non nel senso di diritti fondamentali sovrapositivi<sup>(94)</sup>. Tuttavia anche l'idea di un diritto fondamentale sovrapositivo è stata concepita già dal diritto canonico medievale, in un testo giuridico stilato intorno a 1100, e ripreso da Graziano; esso ribadisce la libertà di entrare in un ordine monastico con la motivazione che ogni cristiano, nella sua coscienza, possiede una *lex privata*, la quale è superiore all'ordinamento giuridico positivo della Chiesa denominato *lex publica*<sup>(95)</sup>.

<sup>(93)</sup> Cfr. P. LANDAU, *Beneficium*, Theologische Realenzyklopädie vol. 5 (1979), pp. 577-583.

<sup>(94)</sup> Sulla questione se si può presupporre la figura giuridica del diritto soggettivo negli ordinamenti premoderni e in particolare nel medioevo, esiste una vasta e discordante bibliografia. Secondo una tesi, sviluppata dal filosofo del diritto Michel Villey, il concetto del diritto soggettivo si basa sulla filosofia nominalistica del basso medioevo, ed è stato scoperto da Wilhelm von Ockham; cfr. M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, in *Archives de philosophie de droit* 9 (1964), pp. 97-127. Per la critica a Villey cfr. in part. B. TIERNEY, *Villey, Ockham and the Origin of Individual Rights*, in J. WITTE/F.S. ALEXANDER, *The Weightier Matters of the Law. A Tribute to Harold Berman*, Atlanta 1988, pp. 1-31; pure K.W. NÖRR, *Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, in *Festschrift Heinrich Lange*, Stuttgart 1992, pp. 193-204.

<sup>(95)</sup> Si tratta della C. 19, q. 2, c. 2 in Graziano. I passi decisivi sono: «Duae

Questo famoso testo, attribuito probabilmente a torto al papa Urbano II, contiene in nuce una sorprendente anticipazione della dottrina moderna dei diritti dell'uomo, anche se nel diritto canonico medievale non sono state tratte le conseguenze che sarebbero state possibili su questa base. Oltre a tali esempi storici, ci si può chiedere per il presente e il futuro del diritto ecclesiale, se non sarà possibile, forse addirittura su base ecumenica, determinare alcuni diritti fondamentali dei cristiani all'interno della Chiesa, e ciò per lo *status negativus* (l'irrinunciabile diritto all'individualità e alla propria forma di vita anche all'interno della Chiesa), per lo *status activus* (il diritto proprio della comunità di fronte al ministero), e infine per lo *status positivus* (il diritto ad azioni diaconali, e il diritto al soccorso da parte del fratello cristiano e del titolare di un ufficio ecclesiale in situazioni di necessità).

#### VII. *Problemi principali per una fondazione filosofica del diritto ecclesiale.*

Ogni riflessione filosofica sul diritto ecclesiale avviene nel contesto di una coscienza storica del diritto che presuppone determinate strutture fondamentali di un ordinamento giuridico come costitutivi storici del diritto di diritto, sulla base dei quali si misura la legittimità di un ordinamento giuridico positivo. Secondo l'attuale concezione giuridica secolare possono essere identificati i seguenti concetti fondamentali costitutivi:

a) *il controllo dell'esercizio del potere* con criteri giuridici, il vincolo fondamentale di ogni « potestas » al diritto e alla giustizia ed a corretti principi procedurali, come definito nel quinto emen-

---

sunt, inquit leges: una publica, altera privata. Publica lex est que a sanctis Patribus scriptis est confirmata ut lex est canonum, que quidem propter transgressionem est tradita (...) Lex vero privata est, que instinctu S. Spiritus in corde scribitur (...) quia lege privata ducitur, nulla ratio exigit, ut a publica lege constringatur. Dignior est enim lex privata quam publica (...) Iusto enim lex non est posita, sed ubi Spiritus Dei, ibi libertas, et si Spiritu Dei ducimini, non estis sub lege». Per questo singolare testo cfr. P. LANDAU, *Die «Duae leges» im kanonischen Recht des 12. Jahrhunderts*, in Id., *Officium und Libertas Christiana*, in *Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-Historische Klasse* 1991, H.3, e ora in P. LANDAU, *Reflexionen über Grundrechte der Person in der Geschichte des kanonischen Rechts*, in *Theologia et Ius Canonicum*, H.J.F. REINHARDT (a cura di), *Festschrift für Heribert Heinemann*, Essen 1995, pp. 517-532.

damento alla costituzione degli USA attraverso il concetto di «*rule of law*» oppure di «*due process of law*»; b) ancor di più, il principio della *divisione dei poteri*; c) il *principio della democrazia*; d) la fondamentale possibilità di *sanzione* come criterio per distinguere un ordinamento giuridico dalla cooperazione basata esclusivamente sulla volontarietà.

a) La categoria del *due process of law*, forse la più fondamentale per la concezione giuridica americana, può essere caratterizzata oggi come base di ogni cultura giuridica nel mondo moderno<sup>(96)</sup>. È il principio secondo cui si ha un ordinamento giuridico solo nella misura in cui esso offre un minimo di regole procedurali: l'esistenza di tribunali come istituzioni indipendenti, il diritto di essere ascoltato dal giudice, il regolare decorso procedurale, l'efficacia esecutiva del giudizio del tribunale. Un regime di esercizio del potere in un dato territorio, o all'interno di un dato gruppo, eventualmente anche di un'associazione religiosa, che ritenesse superflue tali garanzie procedurali, non potrebbe essere concepito quale *comunità giuridica*. La storia ecclesiastica dimostra facilmente, senza la necessità di complicati ragionamenti, che la coscienza del «*due process of law*» era presente già dai tempi della Chiesa primitiva. L'esistenza dei concilii, e la recezione di regole procedurali dal mondo circostante romano-ellenistico ed ebraico, offrono a questo proposito un gran numero di

---

<sup>(96)</sup> Il concetto di «*due process of law*» è stato formulato nel 1791, in forma classica, nel quinto emendamento (articolo aggiuntivo) della Costituzione degli Stati Uniti; cfr. il testo in G. FRANZ, *Staatsverfassungen*, München 1964<sup>2</sup>, p. 39. Nell'evoluzione costituzionale tedesca l'idea corrispondente è stata derivata dal *principio dello Stato di diritto*. La Costituzione americana garantisce il «*due process of law*» in tutti i processi in relazione a «*life, liberty and property*». Nel diritto canonico della Chiesa cattolica il principio del «*due process of law*» richiederebbe probabilmente l'istituzione di una giurisdizione amministrativa ecclesiastica, la quale non è avvenuta nel CIC del 1983, nonostante una relativa delibera del Sinodo dei Vescovi del 1967; cfr. G. MAY, *Grundfragen kirchlicher Gerichtsbarkeit*, in *Handbuch* (cfr. nt. 45), pp. 953-961, in part. p. 960. Nel diritto canonico medievale è stata richiesta una larga tutela giuridica con la massima «*Parum est iura condere nisi sit qui eadem tueatur*», apparsa per la prima volta nella costituzione «*Ubi periculum*» sull'elezione del pontefice, emanata dal secondo Concilio di Lione 1274 (VI 1.6.3. § 3). Sul principio del «*due process*» nell'opera dell'Ostiense, il più importante canonista del XIII secolo, cfr. C. GALLAGHER, *Canon Law and the Christian Community* (Analecta Gregoriana 208), Roma 1978, pp. 154-162.

prove<sup>(97)</sup>. Certo si può obiettare che nella storia della Chiesa ci sono stati anche travimenti nelle forme procedurali, i quali difficilmente possono essere collocati nella categoria del «due process»; l'inquisizione contro gli eretici e i processi alle streghe sono gli esempi più noti che continuano a essere citati anche nella moderna polemica anti ecclesiastica. Ma proprio in questi terribili travimenti appare l'importanza dell'idea procedurale per la coscienza giuridica della Chiesa, in quanto le persecuzioni avvenivano in forme processuali appositamente elaborate. La constatazione storica secondo cui alcune elementi essenziali del moderno diritto processuale provengono dal diritto canonico<sup>(98)</sup>, non si riferisce solamente a un fatto storico casuale, dovuto alla preminenza organizzativa della Chiesa sullo Stato nel medioevo. Va invece detto che il collegamento tra l'idea di diritto del diritto ecclesiale e *la giustizia procedurale* è talmente ovvio che raramente viene discusso in particolare; tuttavia, dal punto di vista filosofico si trova qui un fattore essenziale che rende compatibile il diritto ecclesiale e quello statale in una comune cultura giuridica.

b) Diversamente stanno le cose riguardo al principio della *divisione dei poteri* che a partire da Montesquieu viene sempre sviluppato come separazione dei poteri esecutivo, legislativo e giudiziario. Per il diritto ecclesiale cattolico è rimasta indiscussa, fino ad oggi, *l'unità dei poteri*, in quanto anche il C.I.C. del 1983 presuppone l'unità dei detentori di tutt'e tre i poteri, benché, diversamente dal Codice del 1917, in quello più recente vengano chiaramente definite e distinte le funzioni di ogni potere<sup>(99)</sup>. Ma la di-

---

<sup>(97)</sup> Per il diritto procedurale della Chiesa Antica è fondamentale A. STEINWENTER, *Der antike kirchliche Rechtsgang und seine Quellen*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 23 (1934), pp. 1-116; per la Didascalia siriana del secolo III, la fonte più antica per il diritto procedurale ecclesiale, cfr. U. MOSEK, *Das altkirchliche Prozeßrecht im Spiegel der Didaskalie*, in *Österreichisches Archiv für Kirchenrecht* 16 (1965), pp. 183-209.

<sup>(98)</sup> Sull'influenza delle decretali papali sul processo civile cfr. K.W. NÖRR, *Päpstliche Dekretalen und römisch-kanonischer Zivilprozeß*, in W. Wilhelm (a cura di), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Helmut Coing zum 28. Februar 1972*, Frankfurt a.M. 1972, pp. 53-65; sul processo penale è fondamentale W. TRUSEN, *Der Inquisitionsprozeß. Seine historischen Grundlagen und frühen Formen*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 74 (1988), pp. 168-230.

<sup>(99)</sup> Per l'evoluzione storica cfr. A. STICKLER, *Die kirchliche Regierungsgewalt in der klassischen Kanonistik. Einheit der Träger und Unterscheidung der Funktionen*,

stinzione tra potere legislativo ed esecutivo non è neppure un tratto essenziale del diritto ecclesiale evangelico, come ha sottolineato l'importante giurista ecclesiale evangelico Emil Herrmann già nel secolo XIX, epoca in cui fu introdotto il sinodo come istituzione costituzionale<sup>(100)</sup>. Dal punto di vista filosofico-giuridico si pone il problema se il rifiuto della divisione dei poteri non debba essere valutato come un difetto di legittimità del diritto ecclesiale. L'obiezione è pertinente, ma convince solo se la costituzione ecclesiale viene ricondotta, come le costituzioni statali moderne, a un contratto sociale originario. Presupponendo un contratto sociale, la necessità del *controllo* resta sempre fondamentale; proprio per attuare tale controllo, l'umanità ha scoperto il principio della divisione dei poteri. Se si presuppone però la Chiesa come una comunità originaria, che nella professione di fede si assicura del sostegno dello Spirito Santo, allora un ordinamento giuridico non basato sulla divisione dei poteri è filosoficamente pensabile e teologicamente legittimo, forse anzi necessario in una comunità caratterizzata dalla polarità tra ministero e comunità, polarità che non è commensurabile attraverso il principio della divisione dei poteri nel senso di Montesquieu, ma che potrebbe essere forse compresa, a differenza della divisione dei poteri, con il concetto di *distribuzione dei poteri*. D'altra parte, questa polarità impedisce di sussumere la struttura costituzionale della Chiesa sotto il concetto della monarchia, come si soleva fare nella canonistica cattolica del XIX secolo<sup>(101)</sup>. L'esistenza del diritto ecclesiale può invece servire

---

in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 69 (1983), pp. 267-291.

<sup>(100)</sup> E. HERRMANN, *Die notwendigen Grundlagen einer die consistoriale und synodale Ordnung vereinigenden Kirchenverfassung*, Berlin 1862. Su Herrmann cfr. pure G. Rts, *Der «kirchenrechtliche Konstitutionalismus»*, in *Jus ecclesiasticum* 33, Tübingen 1988, pp. 153-158, e già HOLSTEIN (cfr. nt. 23), pp. 193-201, che caratterizza Herrmann giustamente come «il più grande esperto pratico della legislazione ecclesiale nel secolo XIX» (cfr. p. 193).

<sup>(101)</sup> Il concetto di «monarchia» è stato utilizzato dall'autorevole canonista cattolico George Phillips, nel secolo XIX, per caratterizzare in particolare la costituzione ecclesiale della Chiesa cattolica; cfr. G. PHILLIPS, *Kirchenrecht*, vol. I, Regensburg 1855, nuova ed. 1959, pp. 245-257: Pietro sarebbe stato prefigurato dal re Davide (cfr. p. 258). Per l'applicazione del concetto di monarchia alla costituzione ecclesiale nel basso medioevo, è fondamentale A. BLACK, *Monarchy and Community: Politi-*

per aprire una nuova dimensione anche nella discussione circa l'universalità del modello della divisione dei poteri.

c) L'esame della possibilità di introdurre dei modelli *democratici* nel diritto ecclesiale, e la critica della mancanza di strutture decisionali democratiche come difetto di legittimità, dovrebbero portare a risultati non molto diversi. La democrazia si basa sul principio moderno della sovranità del popolo, reso positivo in Germania dall'art. 20 della sua Legge fondamentale. Il diritto è il prodotto delle decisioni del potere esercitato in nome del popolo. Nel presente contesto si può lasciare da parte la questione se negli Stati moderni, organizzati democraticamente, il principio della sovranità popolare non necessiti a sua volta di una limitazione; nel diritto pubblico tedesco l'art. 79, comma 3, della Legge fondamentale va in questa direzione. In ogni caso, per la Chiesa non è possibile costituire il suo ordinamento giuridico sulla base del principio della sovranità popolare, perché il popolo di Dio è sottoposto alla regalità di Cristo e perciò non è sovrano<sup>(102)</sup>. Di nuovo si pone qui il problema della legittimità di un ordinamento giuridico, per la cui caratterizzazione vengono spesso utilizzati concetti come Chiesa ufficiale e gerarchia in un'accezione peggiorativa<sup>(103)</sup>. In ogni caso, alla rivendicazione di validità universale dei principi democratici per ogni ordinamento giuridico pensabile, si può contrapporre, da un punto di vista filosofico, che anche questo ragionamento appare stringente solo quando si presuppone un contratto sociale. Il diritto ecclesiale però non trae la sua legittimazione da un contratto sociale; questa è una di quelle scoperte dell'opera di Rudolph Sohm che resteranno valide. Ciò non significa, però, che la comu-

---

*cal Ideas in the Later Conciliar Controversy* (Cambridge Studies in medieval life and thought 32), Cambridge 1970.

<sup>(102)</sup> L'idea della «regalità di Cristo» è stata sviluppata dalla recente teologia evangelica soprattutto nel contesto dell'etica politica e non tanto del diritto ecclesiale; cfr. D. WALTHER, art. *Königsherrschaft Christi*, in *Theologische Realenzyklopädie*, vol. 19 (1989), pp. 311-323. Nel diritto ecclesiale questo concetto teologico fondamentale appare, evidentemente, come parte della dottrina dei *tria munera* (tre funzioni). Sull'importanza ecumenica di questa dottrina cfr., in modo esauriente, e con molti accenni alla discussione cattolica, H. DOMBOIS, *Recht der Gnade III* (cfr. nt. 66), pp. 334-360 e 412-416.

<sup>(103)</sup> Un'analisi strutturale che non utilizza il linguaggio spregiativo, oggi prevalente, in H. DOMBOIS, *Hierarchie, Grund und Grenze einer umstrittenen Struktur*, Freiburg i.Br. 1971.

nità non abbia un'importanza fondamentale nel diritto ecclesiale; il diritto ecclesiale evangelico, invece, presupporrà sempre l'integrazione del principio della comunità nella costituzione ecclesiastica<sup>(104)</sup>, cosa che però va distinta chiaramente da un principio di sovranità della comunità. Dal punto di vista filosofico-giuridico il principio della comunità significa che le « procedure discorsive di consultazione e deliberazione » (Habermas)<sup>(105)</sup> creano legittimità anche nel diritto della Chiesa; ma esse sono fondate e limitate da qualcosa di non disponibile, alla quale si riferisce il concetto del diritto ecclesiale confessionale, e che da parte sua vieta l'utilizzo del concetto di sovranità per caratterizzare qualunque detentore di potere ecclesiastico.

d) Infine va ancora trattato il problema della *sanzione* nel diritto ecclesiale. La distinzione del diritto dal costume morale e dalla convenzione mediante il concetto di sanzione come strumento coattivo, adoperato da un apparato coattivo, è stata formulata in

---

<sup>(104)</sup> Per il ruolo della comunità nel diritto ecclesiale evangelico è fondamentale H. FROST, *Strukturprobleme evangelischer Kirchenverfassung*, Göttingen 1972, pp. 32-155; A. STEIN, *Evangelisches Kirchenrecht*, Neuwied 1980, pp. 75-81. Nella letteratura del XIX secolo va notato G.F. PUCHTA, *Einleitung in das Recht der Kirche*, Leipzig 1840, pp. 115-155. Sull'opera di Puchta cfr. HOLSTEIN (cfr. nt. 23), pp. 165-175, e CH. LINK, *Die Grundlagen der Kirchenverfassung im lutherischen Konfessionalismus des 19. Jahrhunderts insbesondere bei Theodosius Harnack* in *Jus ecclesiasticum* 3 (1966), pp. 111-142. Sull'attuale dibattito nell'ambito del diritto ecclesiale evangelico è istruttivo M. HECKEL, *Kirchenformfragen im Verfassungssystem. Zum Befristung von Leitungsämtern in einer lutherischen Landeskirche*, in *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 40 (1995), pp. 280-319. Per l'ambito cattolico, cfr. soprattutto F. KLOSTERMANN, *Gemeinde - Kirche der Zukunft*, 2 voll., Berlin 1974; inoltre W. SIMONIS, *Demokratie in der Kirche? Zum Problem des Ursprungs und der Begründung von kirchlicher Leitungsgewalt*, in *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft*, Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, a cura di D. SCHWAB/D. GIESEN/J. LISTL/W. STRÄTZ, Berlin 1989, pp. 650-664. Simonis considera come fonte permanente del potere la fede della comunità (*sensus fidelium*), che però identifica troppo frettolosamente con la « *volonté générale* » (cfr. p. 660). Mi sembra tuttavia corretto che anche secondo il diritto ecclesiale cattolico la comunità dei fedeli è parzialmente costitutiva per il sorgere del diritto ecclesiale (can. 23 CIC 1983).

<sup>(105)</sup> HABERMAS, *Fatti e norme* (cfr. nt. 51), p. 153. Diversamente dal ragionamento proposto da Habermas nella sua opera principale sulla filosofia del diritto, per il diritto ecclesiale andrebbe postulata una certa disgiunzione del collegamento tra principio discorsivo e principio democratico. Forse possono essere trovati, per questa via, dei criteri filosofico-giuridici per la distinzione, necessaria nel diritto ecclesiale, tra principio comunitario e sovranità comunitaria.

forma classica soprattutto da Max Weber nella sua sociologia giuridica<sup>(106)</sup>. Nonostante la critica a questo modello weberiano, anche la moderna filosofia del diritto non può probabilmente fare a meno del concetto di sanzione per definire quello del diritto. Ed effettivamente, un ordinamento carismatico nel senso di Sohm, come pure un ordinamento espresso esclusivamente in forma di raccomandazioni e direttive, non rappresenterebbe un ordinamento giuridico. Di fronte a ciò va ricordato anzitutto che già la testimonianza del Nuovo Testamento chiaramente associa delle sanzioni all'ordinamento ecclesiale<sup>(107)</sup>, e che nella storia ecclesiastica la Chiesa cattolica conosce, fino ad oggi, un diritto ecclesiale penale, mentre la Chiesa evangelica ha conservato, in modo rudimentale, la tradizione della *disciplina ecclesiastica*<sup>(108)</sup>. Sanzioni nel senso delle moderne concezioni sociologico-giuridiche non sono dunque estranee al diritto ecclesiale. Viceversa ci si può chiedere se nell'ottica filosofico-giuridica un ordinamento comunitario, basato sui principi della responsabilità e della grazia, non presupponga già l'esistenza di sanzioni. In questo senso la domanda filosofico-giuridica potrebbe essere se una comunità confessionale non debba testimoniare la serietà della confessione anche mediante sanzioni<sup>(109)</sup>. Questo ragionamento porta direttamente alla domanda se il diritto ecclesiale sia costitutivo per la Chiesa cristiana, o se vada considerato come elemento secondario additivo.

#### VIII. *L'importanza costitutiva del diritto ecclesiastico per la Chiesa.*

Effettivamente, mi sembra che l'analisi filosofico-giuridica delle conseguenze della fede cristiana conduca a una concezione costitutiva del diritto ecclesiale. La formula adoperata sulla scia di Rudolf Bultmann, secondo cui il diritto ecclesiale ha nella Chiesa

<sup>(106)</sup> M. WEBER (cfr. nt. 84), pp. 53-62.

<sup>(107)</sup> Cfr. R. BOHREN, *Das Problem der Kirchengenossenschaft im NT*, Zürich 1952; W. DOSKOCIL, *Der Bann in der Urkirche* (Münchener theologische Studien. Kanonistische Abteilung 11), München 1958.

<sup>(108)</sup> Cfr. J.H. LEITH, art. *Kirchengenossenschaft 4-5*, in *Theologische Realenzyklopädie*, vol. 19 (1989), pp. 183-191.

<sup>(109)</sup> Affermativo sulla possibilità di sanzioni nel diritto ecclesiale evangelico anche M. HONECKER, art. *Kirchenrecht II. Evangelische Kirchen*, in *Theologische Realenzyklopädie*, vol. 18 (1989), pp. 724-749, in part. pp. 738 sg.

una funzione regolativa e non costitutiva, non è pertanto convincente qualora si cerchi l'origine del diritto ecclesiale nella professione di fede della cristianità<sup>(110)</sup>. Dalla professione di fede, che fino ad oggi unisce le Chiese separate, derivano *principi giuridici ecumenici*, sintetizzati per la prima volta da Hans Dombois in una specie di tavola<sup>(111)</sup>. Prima di tutto si tratta, in questo contesto, della concezione del battesimo il quale, secondo il terzo articolo della professione di fede di Nicea, è di per sé costitutivo per la fede cristiana; il battesimo è stato in uso nella comunità fin dall'inizio secondo la testimonianza degli Atti degli Apostoli (At 2,38), e ha comportato l'appartenenza alla comunità come conseguenza giuridica: va dunque inteso come *atto giuridico*<sup>(112)</sup>. Nel dialogo ecumenico matura la concezione secondo cui le Chiese cristiane hanno conservato, nonostante tutte le differenze di comunicazione, un'eredità comune di principi giuridici per il battesimo, la comunità e il ministero. Se però esiste una base giuridica comune delle Chiese fin dalle origini, se ne può trarre la conclusione che il diritto ecclesiale appartenga a *l'esse*, e non solo al *bene esse* della Chiesa. Tale osservazione non sminuirà necessariamente il senso critico verso le tradizioni giuridiche illegittime e i traviamenti della Chiesa. Dalla convinzione di un vincolo tra la professione di fede e il diritto ecclesiale può invece derivare anche la conseguenza della *ecclesia reformanda*: un ragionamento che nel diritto ecclesiale evangelico può richiamarsi a Calvino. La filosofia del diritto può esplicitare le conseguenze logiche degli orizzonti di comprensione propri del diritto ecclesiale. Se la proposizione «*Fides quaerens intellectum*» di Anselmo da Canterbury vale anche per i principi di un diritto ecclesiale fondato sulla professione di fede<sup>(113)</sup>, la filoso-

(110) R. BULTMANN, *Theologie des Neuen Testaments*, Berlin 1959<sup>3</sup>, pp. 449 sg.; sullo sviluppo storico è fondamentale H.V. CAMPENHAUSEN, *Kirchliches Amt und geistliche Vollmacht in den ersten drei Jahrhunderten*, (Beiträge zur historischen Theologie 14), 2<sup>a</sup> ed., Tübingen 1963.

(111) H. DOMBOIS, *Recht der Gnade II* (cfr. nt. 47), pp. 222-224.

(112) Cfr. O. HEGGELBACHER, *Die christliche Taufe als Rechtsakt nach dem Zeugnis der frühen Christenheit* (Paradosis VIII), Freiburg/Schweiz 1953, in part. p. 26, nt. 8: Le fonti per la testimonianza relativa al comandamento del battesimo (Mt 28, 19) nella letteratura cristiana delle origini.

(113) Cfr. la classica opera di K. BARTH, *Fides quaerens intellectum. Anselms Beweis der Existenz Gottes im Zusammenhang seines theologischen Programms*, Darmstadt 1958<sup>2</sup>, in part. p. 14 per la formulazione di Karl Barth che si appoggia su An-

fia del diritto ha un compito legittimo nell'ambito del diritto ecclesiale; e tale compito non può essere sostituito da un lavoro di fondazione teologico-giuridica. La filosofia del diritto può così contribuire a far riconoscere la posizione paradossale del diritto ecclesiale che, nella sua esistenza e nei suoi principi parzialmente diversi rispetto al diritto statale, contiene una critica ai criteri del diritto secolare, mentre d'altra parte partecipa allo sviluppo di una cultura giuridica mondiale che dovrebbe basarsi sulla pace e sulla riconciliazione.

---

selmo da Canterbury: «Nel compiere l'*intelligere* si verifica anche ... la gioia». Forse può la riflessione filosofica intorno ai principi del diritto ecclesiale contribuire a un approccio più gioioso al diritto ecclesiale.