

SALVATORE BERLINGÒ

## LA TIPICITÀ DELL'ORDINAMENTO CANONICO

(nel raffronto con gli altri ordinamenti  
e nell'« economia » del « diritto divino rivelato ») (\*)

1. Il criterio ermeneutico. — 2. L'ordinamento del « diritto divino ». — 3. Il « fatto » costitutivo dell'ordinamento canonico. — 4. Di alcune significative convergenze delle ricerche teologiche e filosofico-giuridiche sulle nozioni di « diritto divino » e di « diritto naturale ». — 5. Gli approfondimenti ecclesiologici contemporanei sui rapporti tra « diritto divino » e « costituzione » della Chiesa. — 6. La dinamica della « Rivelazione »-« Tradizione » e la struttura costitutiva e fondante dell'ordinamento canonico. — 7. Prime (limitate) trascrizioni canonistiche delle più recenti acquisizioni ecclesiologiche sul « diritto divino ». — 8. Premesse per nuovi approfondimenti teorici sull'ordinamento canonico. — 9. La « positività » del « diritto divino » e del nucleo giustificativo di ogni ordinamento. — 10. L'« esperienza tipica » e la « fonte » originale dell'ordinamento della Chiesa. — 11. Il « diritto divino » e le sue forme di « concretizzazione ». — 12. La proiezione dinamica del « diritto divino ». — 13. Le istituzioni e direttive di « diritto divino ». — 14. Il diritto canonico « ecclesiastico » e il diritto canonico « divino rivelato » (e « vigente »). — 15. La tipicità dell'ordinamento canonico. — 16. Il « senso » giuridico originario ed il « tipico » nesso tra momento « istitutivo » e momento « giustificativo » dell'ordinamento della Chiesa. — 17. La staticità degli ordinamenti etico-confessionali secondo la teoria normativista. — 18. La prospezione normativista degli ordinamenti ed i suoi limiti. — 19. Le peculiarità dinamiche dell'ordinamento canonico. — 20. La « elasticità » dell'ordinamento canonico: fenomenologia e fondamento. — 21. La « provvisoria definitività » dell'ordinamento canonico. — 22. L'« economia-dispensa » come espressione della tipicità dell'ordinamento canonico. — 23. I tratti caratteristici e « dialogici » dell'« economia » canonica.

### 1. *Il criterio ermeneutico.*

In base al criterio ermeneutico fissato nella Costituzione apostolica « *Sacrae disciplinae leges* », il nuovo Codice di diritto canonico va sempre confrontato con un referente principale (« *primarium exemplum* »), cioè con l'« *imago Ecclesiae* » scaturita dalla dottrina del

---

(\*) Lo scritto è destinato alla raccolta di studi in memoria di Pedro Lombardía.

Vaticano II e, risalendo sino alle origini, con la sua prima sorgente (« primus fons »), vale a dire l'« hereditas iuris, quae in libris Veteris et Novi Testamenti continetur » (1).

Il richiamo a tale criterio tanto più si rende presente quanto più si pone attenzione a quella parte del Codice che si presenta come la definizione e la traduzione in termini canonici (« in sermonem canonicum ») della struttura fondamentale per la vita giuridica della Chiesa, per questo tramite ricondotta ad un fattore soprannaturale. Siffatta componente primaria dell'ordinamento è designata come « diritto divino », « positivo » o « rivelato ».

Senza dover prendere espressamente posizione nel dibattito relativo al riparto di competenza fra teologi e canonisti sulla disamina di tale aspetto dell'esperienza giuridica ecclesiale, pare tuttavia legittimo constatare che la dottrina del Vaticano II e gli sviluppi da essa propiziati anche in epoca postconciliare hanno attinto notevoli progressi, in ispecie nel campo dell'ermeneutica scritturistica, delle riflessioni sulla realtà e la dinamica trinitarie, delle ricerche in materia liturgico-sacramentale. È opportuno verificare quindi se abbiano avuto esiti altrettanto soddisfacenti le coeve elaborazioni registrabili in sede canonistica, proprio riguardo alla cruciale tematica sull'immediata e originaria « giuridicità » del « diritto divino » che è il principio di legittimazione specifico dell'ordinamento canonico.

## 2. *L'ordinamento del « diritto divino ».*

Già da tempo un Autore ha giustamente ed energicamente evidenziato che il nucleo di « diritto divino », anzi « l'ordinamento giuridico divino, rivelato e naturale, in quanto si trasfonde in un fatto *sociale* di coscienza, immediatamente operativo », non si risolve per la Chiesa in una mera istanza etica, ma è « esso medesimo un dato del reale normativo » (2).

(1) Su tale criterio ermeneutico cfr., da ultimo: R. CASTILLO LARA, *La communion ecclésiale dans le nouveau Code de droit canonique*, in *Studia can.*, 1983, 331 ss., in ispecie 348 (anche in nota); A. LONGHITANO, *Chiesa, diritto e legge nella Cost. Apost. « Sacrae disciplinae leges »*, in *Mon. eccl.*, 1983, 412 ss.; R. POTZ, *Ökumenische Interpretation. Zur gegenwärtigen Situation der kanonistischen Auslegungslehre*, in *Zwischen Tradition und Erneuerung (Willibald M. Ploechl zum Gedenken: Öst. Arch. f. Kirch.*, 1985/1-2), 68 ss., 76 ss.; ID., *Concetto di diritto ed evoluzione del diritto secondo il Codice di diritto canonico del 1983*, in *Concilium*, 1986/3, 37 s.

(2) Cfr. P. BELLINI, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico*, in *Dir. eccl.*, 1957, I, 140.

Per altro, la medesima dottrina, proprio a sostegno di tale assunto, ha ritenuto di dovere ipostatizzare il « diritto divino » in un ordinamento giuridico distinto e sovrordinato rispetto a quello canonico positivo, il quale ultimo si porrebbe soltanto come *derivato* dal primo. Questa teoria sembra dunque non trarre tutte le dovute conseguenze dalla circostanza che la « regola » in cui s'incentra il « diritto divino rivelato » — che in sé ricapitola anche i primi principi del « diritto (divino) naturale » —, cioè il « precetto » della carità evangelica, può cominciare a sussistere *come* (nucleo costitutivo di un) *ordinamento*, solo in una dimensione e su di un piano storicamente oggettivati e quindi nella realtà sociale della Chiesa vivente nel tempo <sup>(3)</sup>.

Quest'organismo storico-sociale ha, in vero, la funzione di rifrangere nel mondo (e dunque di essere « segno e strumento » del) la somiglianza del secondo con il primo comandamento della vita cristiana <sup>(4)</sup>. Per ciò esso assume alla base della propria costituzione una struttura che *tende* a captare un'*immagine* della realtà trinitaria e si propone come *dipendente* dalle « missioni » divine, cui tutta la comunità dei fedeli è stata in qualche modo chiamata a partecipare <sup>(5)</sup>. In tal senso la Chiesa, *nel suo insieme*, è *sacramento* (ma solo) *derivato* dal sacramento « *primordiale* » di Cristo <sup>(6)</sup>.

<sup>(3)</sup> Sul valore ricapitolativo del « precetto » della carità evangelica non solo del diritto divino « rivelato », ma anche dei primi principi del diritto divino « naturale » (*Gal* 5, 14), cfr., per tutti: D. COMPOSTA, *Il diritto naturale neo-testamentario*, in *Mon. eccl.*, 1972, 95 ss.; K. DEMMER, *Ius caritatis. Zur christologischen Grundlegung der augustinischen Naturrechtslehre*, Roma, 1961, 111 ss.; G. GILLEMANN, *Il primato della carità in teologia morale*, tra. it., Brescia, 1969, 326 ss.; D. VON HILDEBRAND, *Situations-ethik und kleinere Schriften*, Stuttgart-Regensburg, 1973, 147 ss.; S. LYONNET, *In dialogo col mondo (Fondamenti biblici della presenza della Chiesa nel mondo)*, Roma, 1987, 73 ss., 89 ss.; R. PIZZORNI, *Giustizia e carità*, Roma, 1980, in specie 108 ss., 120 ss.

<sup>(4)</sup> Cfr. LG 1 e 9. A tale riguardo bene si esprime E. SCHILLEBEECK, *Gott. Kirche. Welt*, trad. ted., Mainz, 1970, 259 s., quando afferma che la specifica sacramentalità della Chiesa trova la sua misura anche nella « universale sacramentalità della fratellanza umana », mentre quest'ultima ha una sua concretizzazione nella comunità della Chiesa, per cui « i sette sacramenti, il culto, l'annuncio, il governo della gerarchia sono soltanto le punte di diamante emergenti di questo impegno della Chiesa per il prossimo ». Sulla connessione fra la natura sacramentale della Chiesa e l'odierna problematica del « diritto divino », v. J.M. RIAS BRACONS, *El Derecho divino en el ordinamiento canónico*, in *Rev. esp. der. can.*, 1965, 267-320.

<sup>(5)</sup> Cfr. SC 5; LG 8 ss., 39 ss., 48; DV 2; AG 2; GS 24, 38 ss. Si veda pure, sul punto, B. FORTE, *Trinità come storia. Saggio sul Dio cristiano*, Milano, 1985, in particolare 201 ss.

<sup>(6)</sup> Sul tema la letteratura è ormai molto ampia. V., per tutti, da ultimo, E.

Tuttavia, il *modo*, il « *precetto* » o l'*ordinamento*, attraverso cui la Chiesa realizza questa partecipazione alla vita trinitaria, sono *originari* e sono *unic*, perché sussistenti ed operanti per la prima volta nel contesto storico in cui si è realizzato un *incontro* fra la gratuita iniziativa del Dio dei cristiani e la libera determinazione degli uomini che vi hanno corrisposto. Si tratta di un nesso (« *nexus mysteriorum* », « *complexio oppositorum* »), che non può rispecchiarsi su piani ordinamentali distinti o duplicati, pena il vanificarsi della sua « tipicità », compenetrata con le note specifiche dell'esperienza propria di questa fede religiosa.

La dottrina del Vaticano II è chiara al riguardo: « ...la comunità visibile e quella spirituale, la Chiesa terrestre e la Chiesa ormai in possesso dei beni celesti, non si devono considerare come due cose diverse, ma formano una sola complessa realtà risultante di un duplice elemento, umano e divino » (7).

A motivo, quindi, della costituzione teandrica della Chiesa, la valenza istituzionale del « diritto divino » non può considerarsi *prima* espressa in una dimensione giuridica separata, in sé definita, e poi riversata nell'ordinamento positivo.

Va, inoltre, considerato che una proiezione puramente meta- o sovra-storica del diritto canonico costituirebbe una *contradictio in adiecto*, perché qualsiasi realtà giuridica, propriamente intesa, ha in sé connotato un profilo diaconico. In una prospettiva strettamente giuridica è ammissibile pure concepire che una « regola » di origine divina irrompa nel tempo con una sua intrinseca carica prescrittiva (e rilevi quindi come una delle componenti del « reale normativo »), ma non appare possibile farne risalire la giuridicità a *prima* del suo avvento nella storia, cioè a *prima* della sua immediata ed imprescindibile traduzione nella veste oggettiva della struttura originaria ed elementare dell'ordinamento canonico.

Le ragioni della necessaria inerenza di strutture di giustizia alla vita e alla missione della Chiesa, sin dal suo inizio, risultano da più

---

RUFFINI - E. LODI, « *Mysterion* » e « *Sacramentum* » (*La sacramentalità negli scritti dei Padri e nei testi liturgici primitivi*), Bologna, 1987, 7 ss., 300 ss. Fra i canonisti italiani le ricerche più approfondite risultano quelle svolte da A. VITALE, *Sacramenti e diritto*, Freiburg-Roma, 1967 e da F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa come ordinamento sacramentale*, Milano, 1971. Le intuizioni più penetranti, in argomento, rimangono per altro quelle di E. GRAZIANI, *Persona e ordinamento nel diritto sacramentale*, in *Persona e ordinamento nella Chiesa*, Milano, 1975, 528 ss.

(7) Cfr. LG 8.

parti esaurientemente illustrate. In questa sede interessa soltanto ribadire, per meglio precisare il rapporto tra il nucleo genetico e fondante di tali strutture ed il concreto atteggiarsi dell'esperienza giuridica canonica, che il « diritto divino », quale istanza normativa primigenia dell'ordinamento, non viene ad esistere come tale anteriormente al « tempo della Chiesa », ma solo all'atto in cui questa si costituisce; esso ne innerva *immediatamente e continuamente* — non attraverso il sistema dei « rinvii » da un ordinamento all'altro — istituti e regole e trova *diretti* svolgimenti nella realtà positiva.

### 3. *Il « fatto » costitutivo dell'ordinamento canonico.*

In un'altra dottrina canonistica la genesi dell'ordinamento giuridico della Chiesa sembra ricevere una più congrua configurazione; per essa, infatti, « non una norma giuridica, sia pure di diritto divino, stabilì che Cristo avesse il potere di costituire la Chiesa e di determinare chi fosse il Capo visibile, bensì lo stesso fatto soprannaturale della manifestazione della volontà divina relativamente alla costituzione e ai poteri della Chiesa »<sup>(8)</sup>.

Attraverso tale affermazione viene, in vero, esattamente intuito che a porre la struttura giuridica di base dell'ordinamento canonico è un « fatto » e non una « norma sulla normazione » o « sulla produzione » — ovvero una norma, « fondamentale » per il diritto umano-ecclesiastico, proveniente *ab extrinseco* da un ordinamento superiore ed originario, rispetto al quale quello canonico positivo si presenterebbe alla stregua di un ordinamento inferiore e derivato (secondo l'accezione che di quest'ultimo ha la dommatica giuridica laica)<sup>(9)</sup>.

L'aver però ricondotto questo « fatto » genetico del diritto canonico ad una pura e semplice « manifestazione di volontà », assiologicamente non qualificata, ha prestato il fianco a più di una critica. Una prima obiezione concerne il rinvio — che in questa prospettiva sarebbe sotteso — ad un originario uso comunitario animato dal con-

(8) Cfr. P. CIPROTTI, *Lezioni di diritto canonico. Parte generale*, Padova, 1943, 52.

(9) Sulla distinzione fra ordinamento « originario » e ordinamento « derivato » cfr., dal punto di vista della teoria generale, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 63; con particolare riferimento all'esperienza canonistica, v. P.A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. I. Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano, 1956, 130; L. DE LUCA, *Fonti del diritto (dir. can.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 966 ss.

vincimento collettivo ispirato da quella « volontà ». Tale uso sarebbe inidoneo ad esprimere il fondamento « tipico » dell'ordine canonico: non tanto perché la struttura organizzativa della Chiesa dovrebbe piuttosto considerarsi « preformata » rispetto ad ogni esperienza storica e comunitaria, essendo dettata dal « diritto divino »<sup>(10)</sup>; quanto perché la « volontà » di Cristo, ispiratrice dell'*opinio iuris ac necessitatis*, viene presentata in modo del tutto simile a quello con cui si manifesta una volontà qualsiasi, nell'atto costitutivo di un fondatore meramente umano<sup>(11)</sup>. Un'altra obiezione è strettamente connessa a questo primo rilievo e riguarda la diretta dipendenza della prospettiva appena esaminata dalle teorie istituzioniste, di per sé inadatte a cogliere appieno la sostanza peculiare del fenomeno giuridico connesso alle origini cristiane<sup>(12)</sup>.

L'odierna dottrina ecclesiologica è pervenuta ad elaborazioni più mature: superando, d'un tratto, sia la visione storica del « diritto divino », sia lo schema del semplice « atto fondazionale », sia, infine, una riduzione al dato puramente « fattuale » dell'esperienza giuridica originaria della Chiesa, essa parla di un « processo storico », risultante dal concorso di fattori divini ed umani ad un tempo. Con la creazione dell'ordinamento canonico si produrrebbe una realtà ostensiva, quasi un riflesso, della « logica » inerente alle relazioni intertrinitarie (« ex fontali amore ») (*Tit* 3, 4; *1 Gv* 4, 8-16)<sup>(13)</sup>. Alla

<sup>(10)</sup> La critica è formulata, invece, nei termini di cui al testo da parte di L. DE LUCA, *Fonti*, cit., 967 s., che sembra così dare per scontata una nozione di « diritto divino » assiomatica e non più condivisibile, ove si tenga conto delle ragioni esposte nel precedente paragrafo e di quanto sarà ancora addotto nel seguito della trattazione.

<sup>(11)</sup> Quest'ultima critica, pur non essendo stata direttamente rivolta alla teoria di Ciprotti, ma alle scuole teologiche (Roma e Tübingen) che ne sorreggono l'impostazione, risulta particolarmente sviluppata in alcuni scritti di E. CORECCO, *Teologia del diritto canonico*, in *Nuovo Dizionario di Teologia*, a cura di G. BARBAGLIO e S. DIANICH, Alba, 1977, 1744 ss. e di A. ROUCO VARELA nell'opera realizzata in dialogo con E. CORECCO, *Sacramento e diritto: antinomia nella Chiesa? Riflessioni per una teologia del diritto canonico*, Milano, 1971, 29 ss., 37 ss.

<sup>(12)</sup> Per un'articolata illustrazione di quest'assunto rinvio alla voce *Diritto canonico latino*, di imminente pubblicazione nella nuova edizione del *Digesto* realizzata dalla UTET.

<sup>(13)</sup> Cfr. LG 2; AG 2; *Dominum et vivificantem*, I, 2, 10; II, 4, 39-40; COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE (in seguito sempre citata con la sigla CTI), *Temî scelti di ecclesiologia*, 1.4. Sui temi dell'enciclica pontificia v. pure E. LAMBIASI, *Lo Spirito santo: mistero e presenza*, Bologna, 1987; R. LAVATORI, *Lo Spirito santo dono del Padre e del Figlio*, Bologna, 1987.

luce di questa dottrina è corretto, quindi, osservare come non si tratti *soltanto* « di fare risalire l'istituzione della Chiesa ad un esplicito atto di volontà di Cristo — atto..., per altro, ...storicamente accertabile — ma di trovare la logica profonda che fa rientrare questo atto nell'*economia* salvifica e che, in definitiva, è individuabile solo in un gesto di coerenza di Cristo con l'*economia* a cui Egli stesso appartiene e di cui Egli stesso è il grande *segno-simbolo* »<sup>(14)</sup>. Un segno, tuttavia, che, pur costituendo il primordiale ed irripetibile « sacramento » di detta economia, non ne è l'unica manifestazione: non si esaurisce, infatti, nel solo « dato storico-documentabile » della persona di Cristo (o dei suoi espliciti comandi) tutta la carica epifanica e, quindi, originalmente normativa del « mistero » della Chiesa (*Is* 49, 6; *Dn* 12, 3; *Gv* 8, 12; *At* 13, 47)<sup>(15)</sup>.

(14) Cfr. E. RUFFINI, in « *Mysterion* », cit., 53. Anche per C.H. DODD, *Evan-gelo e legge*, trad. it., Brescia, 1981, 85, l'atto istitutivo della « nuova alleanza » « non fa altro che riflettere la natura e il disegno di Dio stesso ». V. anche *Ef* 1, 3-6, in aggiunta alle referenze offerte dai due Autori e, inoltre, H. LEGRAND, *Grâce et institution dans l'Église*, in AA.VV., *L'Église, institution et foi*, Bruxelles, 1979, 139-172.

(15) Cfr. ancora E. RUFFINI, in « *Mysterion* », cit., loc. cit., nonché 75 ss., 88. Sembra essere questa la traccia più calibrata per un'adeguata « risposta » dell'ecclesiologia cattolica alle esigenze fatte presenti da parte riformata (da Sohm a Klein, da Barth a Moltmann) attraverso le suggestioni estreme di una radicale « identificazione » della dinamica intratrinitaria con il « processo » o lo « svolgimento » inerente alla « storia » della salvezza. Quest'ultima, nella odierna dottrina cattolica più sicura (qualche ondeggiamento è, invece, in K. RAHNER, *Teologia dell'Incarnazione*, in *Saggi di cristologia e di mariologia*, trad. it., Roma, 1967, 93-121), « rivela », senza dubbio, la Trinità immanente, ma secondo un rapporto di « similitudine » o, meglio ancora, di « significazione », non già di pura e semplice « identificazione » (CTI, *Teologia - Cristologia - Antropologia*, I.C. 1-3; nonché: Y. CONGAR, *Credo nello Spirito Santo*, III, trad. it., Brescia, 1983, 24-31 e *Spirito dell'uomo, Spirito di Dio*, trad. it., Brescia, 1987, 18 s., 51; B. FORTE, *Trinità*, cit., 18 ss., 128 ss.). Per un esame critico delle teorie di Sohm e di Klein e delle « risposte » cattoliche, cfr. E. CORECCO, *Diritto*, in *Dizionario teologico interdisciplinare*, I, Casale Monferrato, 1977, 137 ss.; P. KRÄMER, *Theologische Grundlegung des kirchlichen Rechts. Die rechtstheologische Auseinandersetzung zwischen H. Barion und J. Klein im Licht des II Vatikanischen Konzil*, Trier, 1977; D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Sacramento-Iglesia-Derecho en el pensamiento de R. Sohm*, Oviedo, 1969; R. POTZ, *Die Geltung kirchenrechtlicher Normen. Prolegomena zu einer kritischhermeneutischen Theorie des Kirchenrechts*, Wien, 1978, 132 ss.; A. ROUCO VARELA, *Die katholische Reaktion auf das « Kirchenrecht I » von Rudolph Sohm*, in *Ius Sacrum (K. Mörsdorf zum 60. Geburtstag)*, München-Paderborn-Wien, 1969; M. USEROS CARRETERO, « *Statuta Ecclesiae* » y « *Sacramenta Ecclesiae* » en la *Eclesiología de St. Thomás de Aquino*, Roma, 1962, 154 ss.; K. WALF, *Kirchenrecht*, Düsseldorf, 1984, 16 ss.

La teologia delle « missioni » divine e le sue rifrazioni nell'ambito sacramentario presentano, del resto, sviluppi per gran parte posteriori alle dottrine canonistiche in precedenza richiamate. Per tanto si può spiegare perché anche nell'ultima fra esse sembra accolta la tesi che il « diritto divino » (tanto « naturale », quanto « rivelato », per lo meno quello non espresso nell'« atto fondazionale » di Cristo, ma sotteso a norme di condotta), debba ritenersi costituito fuori dell'ordine canonico (storico-umano) con una propria forma obbligatoria, di segno essenzialmente negativo; onde esplicare una funzione positiva esso, invece, dovrebbe — sempre secondo questa teoria — venire recepito, per il tramite dell'autorità ecclesiastica (a ciò abilitata dall'« atto di fondazione »), in precetti determinati dell'ordinamento (16).

(16) Cfr. P. CIPROTTI, *Lezioni*, cit., 70 ss. Quanto alle dottrine canonistiche più recenti, in cui si trovano spunti ricostruttivi ispirati alle riflessioni teologiche sul « processo » trinitario e sul « precetto » della carità evangelica, che ne costituisce la rivelazione storica sotto l'aspetto normativo, si vedano, senza alcuna pretesa di completezza e con diverse orientazioni, K. HARTELT, *Liebe und Recht (Anmerkungen zur theologische Grundlegung des Kirchenrechts)*, in *Recht im Dienste des Menschen (Festgabe Schwendenein)*, a cura di K. LÜDICKE, H. PAARHAMMER, D.A. BINDER, Graz, Wien, Köln, 1986, 325-330; R. CASTILLO LARA, *La communion*, cit., 349 s.; V. FAGIOLO, *Il Codice del post-concilio. I. Introduzione*, Roma, 1984, 111 ss.; J. BEYER, *Dal Concilio al Codice*, Bologna, 1984, 30; in precedenza: P.A. BONNET, *Carità e diritto: la dimensione comunitaria quale momento della struttura interna della Chiesa*, in *Investigationes theologico-canonicæ*, Roma, 1978, 75-98; G. GHIRLANDA, *La carità come principio giuridico fondamentale costitutivo del diritto ecclesiale*, in *Civ. catt.*, 1977, II, 454-471; J. HERVADA, *El ordenamiento canónico*, I, Pamplona, 1966, 267 ss.; E.J. KILMARTIN, *Il diritto del laicato nella elezione del vescovo*, in *Concilium*, 1980/7, 85 ss.; Id., *Lay Participation in the apostolate of the Hierarchy*, in *The Jurist*, 1981, 360 ss.; R. KRESS, *The Church as « Communio »*. *Trinity and Incarnation as the Foundation of Ecclesiology*, in *The Jurist*, 1976, 127 ss.; D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Sacramentalidad del Derecho eclesial*, in *Studium Ovetense*, I, 1973, 309 ss.; R. POTZ, *Die Geltung*, cit., 212 s.; F. ROMITA, *La giustificazione del diritto nella Chiesa*, in *La « caritas christiana » sorgente dell'ordinamento giuridico della Chiesa dopo il Vaticano II*, Napoli, 1972, 15 ss.; R. SCHWARZ, *De notione iuris caritatis in iure canonico sensu formali non retinenda*, in *Periodica*, 1979, 481-504; P.J. VILADRICH, *El « ius divinum » como criterio de autenticidad en el derecho de la Iglesia*, in *La norma en el derecho canónico*, II, Pamplona, 1979, 42 ss. In ambito riformato cfr. pure H. DOMBOIS, *Das Recht der Gnade*, I-II, Witten-Bielefeld, 1969-1974; J. HECKEL, *Lex Charitatis*, München, 1953; E(RIK) WOLF, *Recht des Nächsten (Ein rechtstheologische Studien)*, Frankfurt a. M., 1972. Per alcuni cenni propositivi v. anche i miei lavori: *Missioni cattoliche*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 604 ss.; *La causa pastorale della dispensa*, Milano, 1978, 15 ss., *passim*; *Le « scuole » della canonistica e la missione della Chiesa*, in *Dir. eccl.*, 1978, I, 287 ss.; *Premesse ad uno studio sul sentimento e i*

Il problema del rinvenimento del principio specifico di legittimazione dell'ordinamento della Chiesa si ripropone, così, in termini pressoché identici a quelli che hanno dato avvio al noto e ormai datato dibattito sulla dottrina della « canonizzazione » (17).

4. *Di alcune significative convergenze delle ricerche teologiche e filosofico-giuridiche sulle nozioni di « diritto divino » e di « diritto naturale ».*

Per altro, solo oggi, dopo avere considerato in parallelo lo svolgimento degli itinerari seguiti dalle discipline teologiche e giuridiche degli ultimi decenni, è possibile assumere piena consapevolezza delle reali difficoltà incontrate dai canonisti del recente passato nell'impostare la soluzione dei problemi, tra loro connessi, della « giuridicità » del « diritto divino » e della « originarietà » dell'ordinamento canonico.

Sino a poco tempo addietro, in sede teologica, le risultanze dell'esegesi contemporanea sul fondamentale « precetto » della carità cristiana non avevano ancora trovato una consapevole convergenza nelle riflessioni sulle « missioni » trinitarie e nei loro sviluppi in ambito sacramentario; mentre, in sede giuridica, prevaleva una visione in tutto statica ed astratta della « positività » di un ordinamento.

---

*fatti di coscienza nel diritto canonico*, in *Scritti Pugliatti*, III, Milano, 1978, 77 ss.; *I laici nel diritto post-conciliare*, in *I laici nel diritto della Chiesa*, Città del Vaticano, 1987, 96, 103 s. Un testo magisteriale di grande rilievo per una nuova impostazione di studio dell'ordinamento canonico alla luce del referente trinitario è il discorso tenuto ai partecipanti al II Congresso internazionale di diritto canonico da PAOLO VI, in *Persona e ordinamento nella Chiesa*, cit., 583; per l'insegnamento dell'attuale Pontefice in materia cfr. *Dio uno e trino* (Le catechesi del Papa), vol. 2°, Torino, 1988.

(17) L'avvio al dibattito è offerto dallo studio di V. DEL GIUDICE, « *Canonizzazione* », in *Studi Romano*, IV, Padova, 1940, 221 ss.; sulla evoluzione dottrinale ad esso seguita cfr., per una esposizione critica, J. HERVADA, *El ordenamiento*, cit., 38 ss.; A. DE LA HERA, *Introducción a la Ciencia del Derecho Canónico*, Madrid, 1967, 142-147; ID., *El Derecho canónico como « Ius sacrum »*, in *Ius can.*, 1977/2, 307; P. LOMBARDÍA, *Aportaciones de Vincenzo Del Giudice al estudio sistemático del Derecho Canónico*, in *Ius can.*, 1962, 289 ss. Sul tema cfr., inoltre, R. POTZ, *Die Geltung*, cit., 135 ss., 193 ss.; I.C. IBÁN, *Derecho canónico y ciencia jurídica*, Madrid, 1984, 295 ss.; J. FORNÉS, *La ciencia canónica contemporánea (valoración crítica)*, Pamplona, 1984, 169 ss.; E. MOLANO, *Introducción al estudio del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico del Estado*, Barcelona, 1984, 129.

Ciò poneva i canonisti di fronte ad una secca alternativa. Concependosi, per un verso, il « diritto divino » come un complesso di precetti « deliberati » da un Fondatore (sia pure divino ma) rappresentato in modo prevalentemente antropomorfo, tipico di alcune accentuazioni « cristomonistiche » presenti nella trascorsa teologia <sup>(18)</sup>; pensandosi, per converso, l'ordinamento giuridico come un sistema chiuso e definito di disposizioni o proposizioni normative, il canonista era ineluttabilmente stretto in un dilemma: o attribuire al « diritto divino » una giuridicità originaria, astraendolo però in un ordinamento diverso da quello canonico-positivo (che degradava a diritto « derivato »), ovvero negare (in tutto o in parte) al momento peculiare e genetico del « diritto divino » il carattere della giuridicità, riconducendone tutti i profili strettamente giuridici alle determinazioni normative dell'ordinamento canonico-positivo, inteso come esclusivamente individuabile nella componente umana della Chiesa (col rischio di smarrire il senso ed i caratteri tipici di questa esperienza, che ne fanno un *unicum* rispetto a qualsiasi altra specie di diritto).

Le risultanze esegetiche, che hanno condotto a concentrare nel pur articolato precetto della carità evangelica tutti i dettami del « diritto naturale neo-testamentario »; le riflessioni teologiche più recenti, che hanno proiettato la valenza normativa di questo precetto sullo sfondo della « dinamica » delle relazioni trinitarie; i progressi della dottrina sacramentaria che ne hanno colto la portata di segno-simbolo in modo molto più pregnante di quanto non consentissero le tradizionali impostazioni: tutte insieme queste circostanze hanno contribuito a creare le condizioni per una più adeguata raffigurazione del nucleo fondante e costitutivo dell'ordinamento canonico e del suo momento originario.

L'attuale elaborazione teologica si è, infatti, disincagliata dalle secche di una ricerca volta alla individuazione di predeterminati e fissi « contenuti » normativi, aprendo questi ultimi al flusso inesauribile del « processo » trinitario, e quindi ad una « forma » che si alimenta e si appella ad un loro continuo adattamento e superamento <sup>(19)</sup>. Si è venuta, cioè, sempre più precisando l'esigenza di non

---

<sup>(18)</sup> Su tale rilievo insiste in modo particolare Kilmartin con gli scritti citati nella nt. 16.

<sup>(19)</sup> L'esordio per questo genere di riflessioni teologiche è comunemente ascritto a K. RAHNER, *Über den Begriff des « Ius divinum » ins katholischen Verständ-*

rappresentare il « diritto divino » nella dimensione di un sistema a sé stante, statico, immutabile, ripiegato su se stesso, chiuso rispetto ad ogni divenire storico; e, per altro verso, quella di non « leggere » « l'origine e la costituzione » della Chiesa secondo una linea di immediata e diretta « derivazione » « dal puro gesto storico del Cristo Fondatore », ma « nell'ampiezza della missione trinitaria » (20).

Siffatta acquisizione, che è andata via via maturando in seno agli studi teologici, ha trovato pure uno sbocco significativo in sede di filosofia del diritto, dovendo condividersi il rilievo che le connessioni tra la storia e l'eterno processo trinitario (individuate e studiate da Seckler nelle opere dell'Aquinata) e tra la « *via caritatis* » ed il fondamento delle norme etiche e giuridiche (indagate da studiosi come Bujo, Kühn e Merks), hanno offerto autorevole fondamento alle viepiù prevalenti interpretazioni « storicistiche » e « fenomenologiche » del « diritto naturale » di ascendenza tomistica (21).

---

*nis*, in *Schriften zur Theologie*, V, Einsiedeln, 1962, 249-277; del medesimo Autore può essere consultato, più di recente, *Corso fondamentale sulla fede*, trad. it., Roma, 1978, 424 s., dove è detto che la « irreversibilità » delle « decisioni storiche » assunte « all'interno delle genuine possibilità della chiesa originaria », non esclude per la chiesa stessa « un divenire al di fuori di questa origine all'interno della sua vera essenza ». Par di capire, cioè, che per Rahner la « irreversibilità » significhi impossibilità di regressione rispetto a strutture fondamentali essenziali, garanzie imprescindibili della continuità storica della Chiesa, ma non una loro assoluta immutabilità. Per un approfondimento della dottrina di Rahner, in ispecie sui punti relativi alla distinzione fra « comunicare » e « dire », fra « conoscenza originaria » o « fondamentale » e le sue « esplicitazioni » in proposizioni verbalizzate e tematizzate, cfr. D. FARIAS, *Interpretazione e logica della storia della teologia (Alcune questioni di rilevanza ermeneutica generale)*, in *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, 167 ss.

(20) Cfr. S. DIANICH, « *De Caritate ecclesia* »: *problemi e prospettive*, in *Regno doc.*, 1985/19, 634 e, più diffusamente, *Id.*, *Chiesa in missione*, Milano, 1985, 219 ss. In senso analogo si erano espressi precedentemente, fra gli altri, Y. CONGAR, « *Ius divinum* », in *Rev. dr. can.*, 1978, 108-122 e H. SCHLIER, *L'ecclesiologia nel Nuovo Testamento*, in *L'evento salvifico nella comunità di Gesù Cristo (Mysterium salutis, VII)*, trad. it., Brescia, 1972, 115 s. Da ultimo, cfr. pure J. GUILLET, *Entre Jésus et l'Eglise*, Paris, 1985, 10 ss.; G. SARTORI, « *Teologia del laicato* » in *discussione*, in *Dossier sui laici* (S. Dianich ed.), Brescia, 1987, 20 s. E. RUFFINI, in « *Mysterion* », cit., 184, sulla base della ecclesiologia gregoriana, afferma: « La Chiesa non è una struttura nata dalla volontà degli uomini e, al limite, neppure da una semplice volontà istitutiva di Cristo ».

(21) Per il rilievo relativo a Seckler, cfr. G. AMBROSETTI, *Diritto naturale cristiano (Profili di metodo, di storia e di teoria)*, Milano, 1985, 168 ss. (anche nelle note); per quanto concerne le opere di Bujo, Kühn e Merks si rinvia a R. BAGNULO,

Secondo la tesi oggi prevalentemente seguita dagli studiosi del « diritto naturale », nell'alveo della tradizione rifacentesi all'Aquinate, tale diritto risulta contesto di « proposizioni universali con termini di significato aperto » e si presenta come « *orientamento* della esperienza giuridica verso condizioni ottimali di convivenza », operando quale « *criterio* ermeneutico integrativo, critico », in altre parole « giustificativo » dei vari ordinamenti positivi <sup>(22)</sup> <sup>(23)</sup>.

*Il concetto di diritto naturale in San Tommaso d'Aquino*, Milano, 1983, 96 s. (che si mostra anch'egli a conoscenza dell'opera di Seckler). Quanto alle riproposizioni più recenti del « diritto naturale » cfr., fra gli altri, A. HOLLERBACH, *Das Christliche Naturrecht im Zusammenhang des allgemeinen Naturrechtsdenkens*, in *Naturrecht in der Kritik*, a cura di F. BÖCKLE e E.-W. BÖCKENFÖRDE, Mainz, 1973, 9-38; A. KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1967; J. MESSNER, *Das Naturrecht*, 4 voll., Innsbruck, Wien, München, 1960; R.M. PIZZORNI, *Attualità del diritto naturale*, Roma, 1971; H.D. SCHELAUSKE, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Köln, 1968; A. VERDROSS, *Was ist Recht? Die Krise des Rechtspositivismus und das Naturrecht*, in *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, a cura di Maihofer, Darmstadt, 1962, 309-321. È interessante anche il tentativo compiuto da J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1982, di integrare con un nucleo « valutativo », attraverso la teoria dei diritti umani, l'indirizzo segnatamente « analitico » e « descrittivo » di Autori come Hart, MacCormick, Nino e Raz, che pure hanno offerto più di una traccia alla sua ricerca. Per ulteriori referenze sulle versioni più recenti del « giusnaturalismo cristiano », rinvio alle puntuali rassegne di G. LUF, *Rechtsphilosophische Grundlagen des Kirchenrechts*, in *Handbuch des katholischen Kirchenrecht*, a cura di J. LISTL, H. MÜLLER, H. SCHMITZ, Regensburg, 1983, 24-32; Id., *Naturrechtskritik im Licht der Transzendentalphilosophie*, in *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für R. Marcic*, a cura di D. MAYER-MALY e P.M. SIMONS, Berlin, 1983, 609 ss.; A. HERNÁNDEZ GIL, *De nuevo sobre el derecho natural*, in *Persona y derecho*, 1985, 13 ss.; R. PUZA, *Katholisches Kirchenrecht*, Heidelberg, 1986, 23-31.

<sup>(22)</sup> Cfr. R. BAGNULO, *Il concetto*, cit., 205 ss.; v. pure, sul punto, S. COTTA, *Giustificazione ed obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981; Id., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1985, 156 ss.; Id., *Il concetto di natura nel diritto*, in *Iustitia*, 1987, 67 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, in specie 209 ss.; F. VIOLA nella sua *Introduzione* a J. MARI-TAIN, *Nove lezioni sulla legge naturale*, Milano, 1984, 13 ss. Sul versante canonistico constatazioni analoghe a quelle riferite nel testo sono compiute da R. POTZ, *Die Geltung*, cit., 207 ss.

<sup>(23)</sup> È sufficiente ricordare, per tutti, fra gli Autori non ancora richiamati in queste note, J. DE FINANCE, *La nozione di legge naturale*, trad. it., Milano, 1970; O. HÖFFE, *Naturrecht-ohne naturalistischen Fehlschluss (Ein rechtsphilosophisches Programm)*, Wien, 1980; L. LEGAZ y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1979; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, Milano, 1980; L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, I, México, 1973, 523 ss.; G. RENARD, *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, 1933;

Siffatte conclusioni sembrano essere, del resto, confortate dalle convergenti « ricadute » intorno ad un unico fulcro degli studi compiuti in questo secolo non solo dai filosofi del diritto, ma anche dai teologi, dommatici e moralisti <sup>(24)</sup>, nonché dagli storici delle dottrine tomiste <sup>(25)</sup>: da parte di Autori, cioè, pur formatisi in periodi di tempo ed ambiti disciplinari diversi, ma tutti confluenti verso una concezione critica, dinamica e aperta del « diritto naturale ».

##### 5. *Gli approfondimenti ecclesiologici contemporanei sui rapporti tra « diritto divino » e « costituzione » della Chiesa.*

Le ricerche teologiche più recenti hanno quindi posto le basi perché possa essere riferito anche all'ordinamento della Chiesa quanto appurato in sede filosofico-giuridica, con riguardo a qualsiasi ordinamento, sui rapporti fra « diritto naturale » e diritto positivo <sup>(26)</sup>.

---

M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural y Historia en el pensamiento europeo contemporaneo*, Madrid, 1973; H. ROMMEN, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, trad. it., Roma, 1965; M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it., Milano, 1986; J. VALLET DE GOYTISOLO, *En torno al Derecho Natural*, Madrid, 1973.

<sup>(24)</sup> Cfr., ad esempio, A. AUER, *Autonome Moral und christliche Ethik*, Düsseldorf, 1971, 48 ss.; A. AUER e J. RATZINGER, *Kleine katholische Dogmatik*, III, Regensburg, 1975, 262-267; F. BÖCKLE, *Morale fondamentale*, trad. it., Brescia, 1979, 201; E. CHIAVACCI, *Legge naturale*, in *Dizionario enciclopedico di teologia morale*, a cura di L. ROSSI e A. VALSECCHI, Roma, 1973, 483-493; J. DAVID, *Das Naturrecht in Krise und Läuterung. (Eine kritische Neubesinnung)*, Köln, 1967; F. DELHAYE, *Permanence du droit naturel*, Louvain-Lille-Montreal, 1960; J. FUCHS, *Lex naturae (Zur Theologie des Naturrechts)*, Düsseldorf, 1955; J. GRÜNDEL, *Aktuelle Probleme der Moralthologie*, München, 1971, 61 ss.; A. LANZA, *Theologia Moralis*, I, Taurini-Romae, 1949, 311; A. LAUN, *Die naturrechtliche Begründung der Ethik in der neueren katholischen Moralthologie*, Wien, 1973, 132 ss.; E. SCHILLEBEECKX, *Dio e l'uomo*, trad. it., Roma, 1967, 361-429.

<sup>(25)</sup> Cfr. J.M. AUBERT, *Loi de Dieu, lois des hommes*, Tournai, 1964; M.D. CHENU, *La théologie comme science au XIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1957; E. GILSON, *St. Thomas moraliste*, Paris, 1974; M. GRABMANN, *Das Naturrecht in der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin*, in *Mittelalterliches Geistesleben*, München, 1926; G. GRANERIS, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, Torino, 1949; J. LECLERCQ, *Leçons de droit naturel (Études morales, sociales et juridiques)*, 4 voll., Namur, 1947; O. LOTTIN, *Le droit naturel chez St. Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, Bruges, 1931; R.M. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino (Saggio storico-critico)*, Roma, 1978; P. ROUSSELOT, *L'intellectualisme de saint Thomas*, Paris, 1924; A.D. SERTILLANGES, *Les grandes thèses de la philosophie thomiste*, Paris, 1929.

<sup>(26)</sup> Anche le tesi che rimarcano il distacco dalle tradizionali raffigurazioni del « diritto naturale », ne prospettano un ingresso, sia pure in forme « secolarizzate »,

Occorre solo procedere ad un'avvertenza: nell'ordinamento canonico il « diritto (divino) naturale » è tutto ricompreso nel « diritto divino rivelato », e cioè nel « precetto » della carità evangelica, che, come Parola del « Fondatore », si manifesta quale peculiare principio di legittimazione e di riconoscimento della comunità da Lui costituita. Per tanto, l'ordine giuridico della Chiesa è caratterizzato da un nesso peculiare tra il momento « istitutivo » e quello « giustificativo »; esso è volto a « giustificare » permanentemente il proprio esistere, mantenendo la maggiore coerenza possibile con la fonte « istitutiva » dell'ispirazione originaria, che, per altro, continua ad essere perennemente operante per il suo sviluppo.

Del resto, la specifica tensione e, ad un tempo, l'accentuata convergenza, che, nel diritto canonico, appare contrassegnare i movimenti « istitutivo » e « giustificativo » dell'ordinamento, o, secondo una diversa terminologia, l'aspetto « istituzionale » e quello « carismatico », il profilo della « costituzione » e quello della « missione »<sup>(27)</sup>, non altera essenzialmente i termini del problema circa il

---

nell'universo « positivo » dei fenomeni giuridici; cfr. per tutti, W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, I, Tübingen, 1975, 274; IV, Tübingen, 1977, 389, 608-624; W. KRAWIETZ, *Theoriesubstitution in der Jurisprudenz*, in D. MAYER-MALY e P.M. SIMONS (hrsg.), *Das Naturrechtsdenken*, cit., 359-412; ID., *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts-Eine säkularisierte politische Theologie?*, in *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, a cura di W. KRAWIETZ e H. SCHELSKY, Berlin, 1984, 257 ss.; N. LUHMANN, *Rechtsoziologie*, Hamburg, 1972, 186 s.; ID., *Ausdifferenzierung des Rechts (Beiträge zur Rechtsoziologie und Rechtstheorie)*, Frankfurt a. M. 1981, 150 ss. Antesignani di queste problematiche e di simili indirizzi in Italia possono considerarsi: N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Bologna, 1965; P. PIOVANI, *Giustanturalismo ed etica moderna*, Bari, 1961. Su questi ultimi Autori si vedano, in relazione all'oggetto di questa nota: S. COTTA, *Filosofia del diritto*, in *Cinquantanni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, 627 ss.; ID., *Bobbio: un positivista inquieto*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali (Studi per Bobbio)*, a cura di U. SCARPELLI, Milano, 1983, 41 ss.; R. BAGNULO, *Il concetto*, cit., 9 ss. Riguardo all'accostamento fra sistemi democratici e diritto naturale, cfr. pure J. HERVADA, *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, 1986, 331 ss.

(27) Per queste ulteriori « alternative » cfr., rispettivamente, E. CORECCO, *Istituzione e carisma in riferimento alle strutture associative*, 11 (dal testo della Relazione svolta a Monaco il 14 settembre 1987 nel corso dei lavori del VI Congresso Internazionale di Diritto Canonico); E. RUFFINI, in « *Mysterium* », cit., 153. Da quest'ultimo A. è posta in luce una dualità, che già nella dottrina agostiniana tende ad assumere i contorni di un vero e proprio dualismo, ed a radicalizzarsi sempre più, nel quadro della progressiva « nefaria separatio » fra « theologia » ed « oeconomia » (cfr. S. BERLINGÒ, *La causa*, cit., 42 ss.).

rapporto fra « diritto divino » e « diritto positivo ecclesiastico », anzi contribuisce a renderli ancora più evidenti.

Tale affermazione può essere provata attraverso una breve riflessione sui dati offerti dalle più recenti risultanze ecclesiologicalhe.

Con la suggestione tipica delle sue allegorie, il teologo svizzero Hans Urs von Balthasar ha messo in luce, sul piano teologico, quanto già evidenziato da una nota dottrina giuridica, e cioè l'essere conaturata alla Chiesa una « *kenotische Verfassung* », vale a dire una dimensione costituzionale intesa come « riduzione » in termini istituzionisti dell'inesauribile realtà del mistero originario, modellata sull'esemplare umiliazione (*chénosis*) di Cristo e resa necessaria dall'esigenza di evitare una « privatizzazione dell'esperienza eccelsiale »<sup>(28)</sup>.

Le accentuazioni formali e gerarcologiche ancora affioranti nella prospettazione del noto teologo elvetico risultano corrette, per contro, quanto alla loro unilateralità, da successivi, autorevoli testi della odierna dottrina sulla Chiesa. Si è, infatti, chiarito di recente che, pur essendo rintracciabili nel Nuovo Testamento « già i primi elementi di un diritto ecclesiastico (*Mt* 18, 15-18; *At* 15, 28 s.; *1 Tm* 3, 1-13; 5, 17-22; *Tt* 1, 5-8, ecc.) », quasi una specie di « ecclesiologia implicita », questo insegnamento di Gesù Cristo non « implica una volontà di fondare e di stabilire tutti gli aspetti istituzionali della Chiesa, quali sono andati sviluppandosi nel corso dei secoli », ma piuttosto l'intento di « convocare » una comunità (*ecclesia*) e di dotarla di una struttura capace di assicurarle continuità sino al compimento della storia<sup>(29)</sup>.

Si è poi aggiunto che « questa struttura essenziale comprende tutto ciò che nella Chiesa deriva dalla sua istituzione divina (*iure divino*), mediante la fondazione operata da Cristo e il dono dello Spi-

(28) Si coglie, nel testo, un riferimento di E. CORECCO, *Istituzione*, cit., 5 a H.U. VON BALTHASAR, *Pneuma und Institution. Skizzen zur Theologie*, VI, Einsiedeln, 1974, I, 129 s. e 229-233. Quanto è ora evidenziato in sede teologica, era già stato rilevato in sede giuridica da un teorico dell'istituzionismo, il quale, dopo avere chiarito il ruolo svolto dalla « continuità corporativa » per « la continuità dello sviluppo del dogma nel senso dell'idea direttiva », ha affermato che, altrimenti, « la Rivelazione, abbandonata a se stessa, sarebbe stata minacciata di sprofondare nell'oceano delle interpretazioni soggettive e delle eresie » (M. HAURIUO, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, trad. it., a cura di W. CESARINI SFORZA, Milano, 1967, 34 s.).

(29) Cfr. CTI, *Temi scelti*, cit., 6.2; Id., *La coscienza che Gesù aveva di se stesso e della sua missione*, 3.2. In senso analogo, si veda, da ultimo, J. GUILLET, *Entre Jésus*, cit., 11 s. Per i rinvii essenziali alla « ecclesiologia implicita » di cui al testo, cfr. R. SCHNACKENBURG, *Die Kirche im Neuen Testament*, Freiburg i.B., 1966.

rito santo »; nello stesso tempo si è precisato che la medesima « struttura essenziale e permanente riveste *sempre* una figura concreta e un'organizzazione (*iure ecclesiastico*), frutti di elementi contingenti ed evolutivi, storici, culturali, geografici, politici... »<sup>(30)</sup>.

È stato dunque espressamente riconosciuto che la « struttura essenziale è *sempre* implicata in una figura concreta senza la quale non potrebbe sussistere »; e che di quest'ultima è parte costitutiva anche la « legislazione ecclesiastica... non infallibile », strumento insurrogabile, nel quadro della missione salvifica, per assicurare « la visibilità della Chiesa nella sua vita quotidiana »<sup>(31)</sup>.

#### 6. *La dinamica della « Rivelazione »-« Tradizione » e la struttura costitutiva e fondante dell'ordinamento canonico.*

Nel medesimo contesto dottrinale, si è affermato che anche la « fondazione della Chiesa va intesa come un processo storico »; ovvero si è detto, in termini diversi, ma sostanzialmente analoghi, che « fondata da Cristo, la Chiesa non dipende da Lui solo nella sua nascita esteriore, storica o sociale; ma proviene dal suo Signore in maniera ancora più intima, essendo Lui che la nutre e la edifica incessantemente mediante lo Spirito »<sup>(32)</sup>.

Si tratta, del resto, di insegnamenti già contenuti nel magistero del Vaticano II, dov'è affermato che anche le Scritture, non essendo opera diretta di Cristo, sono esse pure, in sé e nella regola che le determina (il così detto « canone » scritturistico), frutto di un dinamismo storico sorretto da una peculiare ispirazione divina e strettamente intrecciato con l'esperienza di fede dei primi testimoni, nonché con la Tradizione ad essi affidata<sup>(33)</sup>. Viene aggiunto, d'altra parte, che

<sup>(30)</sup> Cfr. CTI, *Temi scelti*, cit., 5.1.

<sup>(31)</sup> Cfr. ancora CTI, *Temi scelti*, cit., 5.1 e 6.1. In un senso molto prossimo anche J. HERVADA, *As Raíces Sacramentais do Direito Canónico*, in *Theologica*, 1983, 19 ss., parla di un'appartenenza del diritto alla radicale dimensione misterico-sacramentale della Chiesa. Fra gli Autori di lingua spagnola possono inoltre ricordarsi, sul tema, A. PRIETO PRIETO, *Prólogo a D. Llamazares Fernández, Sacramento*, cit., XIX; V. DE REINA, *La naturaleza del Derecho canónico*, Madrid, 1969, 123-131 e A. DE LA HERA nelle opere cit. *supra*, nt. 17.

<sup>(32)</sup> Cfr. sempre CTI, *Temi scelti*, cit., 1.4 s.

<sup>(33)</sup> Cfr. DV, 7-9. Sul particolare significato della comunicazione solo in forma orale del personale insegnamento di Cristo v. le acute osservazioni di D. FARIAS, « *Utrum Christus debuerit doctrinam suam scripto tradere* (*Summa Theol.*, III, q. 42, a. 4), in *Divus Thomas*, 1956, 20 ss., in specie 28 ss.

quest'ultima « *progre-disce* » non solo attraverso una « sempre più profonda intelligenza delle cose spirituali », ma anche mediante una immedesimazione sempre più intima del messaggio manifestato dalle Scritture nelle opere e nella vita di tutti i fedeli in virtù dell'azione incessante dello Spirito <sup>(34)</sup>.

Il modulo della Rivelazione cristiana non equivale dunque al puro e semplice « svelamento » di una visione pre-formata o di una regola pre-scritta. Esso è piuttosto accostabile al « farsi » della verità ed al suo manifestarsi attraverso l'agire ed il vivere <sup>(35)</sup>, per come è reso spesso evidente dalle Scritture (*Mt* 5, 14-16; *Gv* 1, 14; 3, 21; 15, 8; *1 Cor* 10, 31; *Col* 3, 16; *1 Gv* 3, 18 s.) e dagli scritti dei Padri, attraverso il frequente abbinamento della « rivelazione » con l'« economia » o la « dispensa », vale a dire con il complesso delle operazioni e la serie dei processi attraverso cui si realizza l'intero disegno salvifico nel corso della storia <sup>(36)</sup>. Pertanto, rimane acquisito

<sup>(34)</sup> Cfr. DV, 4 e 8. Sulla tradizione cristiana si rivelano particolarmente preziosi gli studi di Y. CONGAR, *La Tradizione e la vita della Chiesa*, trad. it., Catania, 1964; di A. ANTON, voce *Tradizione*, in *Dizionario del Concilio Ecumenico Vaticano II*, diretto da S. GAROFALO, Roma, 1969, 1923-1935; di K. RAHNER e J. RATZINGER, *Rivelazione e tradizione*, trad. it., Brescia, 1970. Più di recente possono anche vedersi P.C. BORI, *L'interpretazione infinita (L'ermeneutica cristiana e le sue trasformazioni)*, Bologna, 1987; P. PIRET, *L'Ecriture et l'Esprit*, Bruxelles, 1987; P. GAUTHIER, *Newman et Blondel. Tradition et développement du dogme*, Paris, 1988.

<sup>(35)</sup> La risalente radice ebraica di questo modo di concepire la « verità » è stata messa in luce, da ultimo, nello scritto di U. GALIMBERTI, *Jankélévitch e l'intimismo della morale*, in *Il Mulino*, 1987, 673 ss.

<sup>(36)</sup> I nessi dell'economia-dispensa con il mistero rivelato sono stati lumeggiati, da ultimo, nel saggio di E. RUFFINI, in « *Mysterion* », cit., in particolare 165 ss., 181 ss. L'atteggiamento ermeneutico più idoneo a cogliere tali nessi pone attenzione al « *sensus fidei* » che si esprime nella vita dell'intera comunità dei credenti (*1 Gv* 2, 20 e 27; LG 12), senza limitarsi a semplici deduzioni logico-formali dai testi scritturistici o al mero ossequio al principio d'autorità. Un'ermeneutica « globale » di questo genere trova i suoi ascendenti in Möhler e nella scuola di Tubinga, ma anche nella posizione scientifico-teologica di S.H. NEWMAN, *Prammar of Assent*, London, 1901, 291. Su questi indirizzi si vedano gli apprezzamenti espressi in senso positivo da Y. CONGAR, *La Tradizione*, cit., 93 ss.; da H. JAEGER, *La preuve judiciaire d'après la tradition rabbinique et patristique*, in *La preuve. 1. Antiquité*, Bruxelles, 1965, 415 ss., 581; da J. WALGRAVE, *Il saggio di Newman su « La consultazione dei fedeli in materia dottrinale »*, in *Concilium*, 1985/4, 514/40 ss.; in senso critico da A. LONGHITANO, *Il diritto nella realtà ecclesiale*, in AA.VV., *Il diritto nel mistero della Chiesa*, I, Roma, 1986, 76 s. (con specifico riguardo al « cristomonismo » di Möhler). Per alcuni riscontri rilevabili nella canonistica contemporanea si rinvia agli scritti di J. CORIDEN, *Rules for Interpreters*; E. KNEAL, *Interpreting the Revised Code*; L. ORSY, *The Interpretation of Laws. New Variations on an Old Theme*, tutti in: *The Art of Interpre-*

che « tota Revelatio consummatur » nella « Revelatio »-« Dispensatio » di Cristo (2 Cor 1, 20; 3, 16; 4, 6; Col 3, 16: DV 7) e che il « memoriale » (« testamentum ») da Lui « consegnato » (« traditum ») è in sé compiuto (« sine fine mansurum ») <sup>(37)</sup>; ad un tempo, però, questa sorta di « memoria genetica » della Chiesa, pur mantenendo sempre ferma la propria identità, dà vita ad una serie innumere di differenziate sequenze nel corso del divenire storico in cui si sviluppa in modo inesauribile, realizzando il prototipo di quel fenomeno che è stato suggestivamente evocato come « tradizione attuosa, piena di passato e gravida di avvenire » <sup>(38)</sup>.

L'azione della Divinità non si limita, d'altronde, ad immettere nella storia un « codice vitale », ma anche a presidiare l'« ambiente » in cui tale « codice » si sviluppa, attraverso una sorta di « plasma » immunizzante da qualsiasi alterazione: secondo la dottrina della Chiesa, infatti, non solo è vero che in nessun periodo storico lo Spirito ha agito ed agirà in modo più efficace di quanto non abbia fatto alle origini del Cristianesimo <sup>(39)</sup>, ma è pure certo che la Sua assistenza alla comunità dei fedeli sarà continua sino alla fine dei secoli <sup>(40)</sup>. In questa prospettiva la fondazione della Chiesa con l'avvento di Cristo rappresenta solo « il germe e l'inizio » <sup>(41)</sup>, i « primi frutti » e non ancora l'« ultimo raccolto », cui si perverrà solo al termine del processo storico che trova il suo compimento nella « parusia » (Mt 24, 30; 1 Cor 15, 23 ss.; Ef 3, 14 ss.; 1 Ts 4, 16; Ap 22, 12 ss.) <sup>(42)</sup>.

---

*tation*, Washington, 1982 (l'ultimo saggio anche in *Studia can.*, 1983, 95 ss.); H. PREE, *Die evolutive Interpretation der Rechtsnorm im Kanonischen Recht*, Wien-New York, 1980, in ispecie 248 s.; R. POTZ, *Die Geltung*, cit., in ispecie 148 ss.; ID., *Ökumenische Interpretation*, cit., 62 ss., che sembra aderire ai più recenti indirizzi di ermeneutica critica su cui cfr. J. BLEICHER, *L'ermeneutica di Gadamer*, in *Il Mulino*, 1985, 575 ss., i contributi di vari Autori nel volume *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, a cura di W. KRAWITZ, K. OPALEK, A. PECZENIK, A. SCHRAMM), Berlin, 1979 e J.-P. REWEBER, *Qu'est-ce qu'interpréter (Essai sur les fondements herméneutiques)*, Paris, 1988 (nonché *infra*, nota 56).

<sup>(37)</sup> Interessanti considerazioni su questo tema, con particolare riferimento alla dottrina di S. Leone, sono svolte da E. RUFFINI, in « *Mysterion* », cit., 166 ss.

<sup>(38)</sup> Cfr. E. PARESCE, *La genesi ideale del diritto (Saggio sulla attuazione spontanea del diritto e la sua creatività)*, Milano, 1947, 57.

<sup>(39)</sup> Cfr. *Gd* 3; I<sup>a</sup> II<sup>a</sup> c, q. 105, a. 4.

<sup>(40)</sup> Cfr. LG, 2.

<sup>(41)</sup> Cfr. LG, 5.

<sup>(42)</sup> Cfr. SECONDA COMMISSIONE INTERNAZIONALE ANGLICANA/CATTOLICO-ROMANA (ARCIC), *La salvezza e la chiesa*, 30, in *Regno-doc.*, 1987/9, 302. È, per altro, un dato comunemente recepito che « nessun presente storico... per quanto fedele e per

Con riferimento a siffatto dinamismo si può, per tanto, ritenere conforme alla fede cristiana che in « questo medesimo svolgimento si costituisce la struttura permanente e definitiva della Chiesa » e che, in tale ambito, viene esercitata una continua e delicata opera di « discernimento » per stabilire quanto della realtà « sancta »<sup>(43)</sup>, ma anche « *figuralis et imperfecta* »<sup>(44)</sup> della Chiesa dipenda (più o meno direttamente) dalla sua struttura essenziale e quanto derivi (prevalentemente o esclusivamente) dall'organizzazione e dalle istanze umano-contingenti<sup>(45)</sup>.

Risulta dunque evidenziata dall'odierna riflessione ecclesiologica la caratteristica ravvisabile nella vita e nella costituzione della Chiesa, di una tensione perennemente volta alla convergenza del momento « istitutivo » nel momento « giustificativo », delle « forme » nei « contenuti » e nella « sostanza », del « significante » nel « significato », dell'« esplicito conosciuto » nell'« implicito vissuto » o, detto in modo più strettamente teologico, del « *mysterium repraesentans* » nel « *mysterium repraesentatum* », e viceversa<sup>(46)</sup>.

---

quanto disponibile, può presumere di stabilire una perfetta adeguazione tra storia e salvezza »: E. RUFFINI, in « *Mysterion* », cit., 201.

<sup>(43)</sup> Cfr. LG, 39 e 48.

<sup>(44)</sup> Cfr. I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 106, a. 4.

<sup>(45)</sup> Cfr. CTI, *Temi scelti*, cit., 1.4 e 5.1.

<sup>(46)</sup> Come si è già potuto riferire *supra* (nt. 27) le coppie di elementi che tendono a convergere nell'esperienza di Chiesa assumono varie nomenclature. Fra quelle da ultimo riprese nel testo la coppia « forma »/« sostanza » è utilizzata, ad esempio, in O. GIACCHI, *Sostanza e forma nel diritto della Chiesa*, in *Jus*, 1940, 398 ss.; quella « esplicito conosciuto »/« implicito vissuto », in Y. CONGAR, *La Tradizione*, cit., 35, che la ricava da M. BLONDEL, *Histoire et Dogme (Les lacunes de l'exégèse moderne)*, ora ristampato in *Les premiers écrits de Maurice Blondel*, Paris, 1956, 149-228; e, infine, quella « *mysterium repraesentans* »/« *mysterium repraesentatum* », in E. RUFFINI, in « *Mysterion* », cit., in specie: 41 ss., 140 ss., 174 ss. Dall'alternativa appena richiamata quest'ultimo Autore trae spunto per criticare l'interpretazione (unilaterale) compiuta da G. SÖHNGEN, *Symbol und Wirklichkeit im Kultmysterium*, Bonn, 1940, 62-67 circa le (più complesse e comprensive) tesi di O. CASEL, *Das christliche Kultmysterium*, Regensburg, 1932, 52. La problematica sottesa a tali ricerche solo apparentemente può essere considerata lontana da quella giuridica, ove si ponga mente all'importanza che nei più recenti studi sul diritto è riservata al rapporto fra « significante » e « significato »; su di esso v., di recente, V. FROSI, *Morphologische Rechtsauffassung und Objectivismus der Rechtswissenschaft, in Objektivierung des Rechtsdenkens (Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo)*, a cura di W. KRAWIETZ, T. MAYER-MALY, O. WEINBERGER, Berlin, 1984, 260; ma v. pure *infra* nt. 51, nt. 53 e, da ultimo, A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 16 s.

Molto autorevolmente il pontefice Giovanni Paolo II ha sinteticamente individuato e segnalato i nessi di questa problematica con l'esperienza propriamente giuridica nell'Allocuzione per la promulgazione del nuovo Codice, quando ha affermato che nella Chiesa « il diritto c'è già, non può non esserci » prima ancora di qualunque determinazione o deliberazione di ordine ecclesiastico o umano <sup>(47)</sup>. D'altra parte, nella costituzione *Sacrae disciplinae leges* il Pontefice spiega, ancora più precisamente, che qualsiasi nucleo ecclesiologico (anche di diritto divino) non può andare scompagnato dal suo rivestimento canonistico (« sermo canonisticus »), pur essendo sempre da verificare la fedeltà di quest'ultimo al primo.

Occorre, tuttavia, rilevare che una rappresentazione così accentuatamente comprensiva e dinamica del nucleo genetico e fondante dell'esperienza di fede stenta ancora a trovare nella odierna dottrina canonistica una efficace trascrizione.

#### 7. *Prime (limitate) trascrizioni canonistiche delle più recenti acquisizioni ecclesiologiche sul « diritto divino ».*

Un qualche riscontro dei concetti appena illustrati nella canonistica contemporanea può ravvisarsi nella precisazione che il « diritto divino rivelato », già nelle formulazioni originarie, è « avvolto nel suo rivestimento o linguaggio canonico » e che « sebbene il diritto canonico sia fondato nel diritto divino, tuttavia l'ordinamento giuridico della Chiesa, essendo in ogni momento storico debitamente formalizzato, raramente presenta elementi di diritto divino allo stato puro, poiché i suoi principi acquisiscono efficacia giuridica mediante la positivazione e la formalizzazione, per le quali concorre sempre un elemento umano » <sup>(48)</sup>. Significativo, per quanto sin qui discusso, appare anche il brano seguente: « È certo che il Figlio di Dio costi-

<sup>(47)</sup> Cfr. AAS, 1983, I, 461. Questo passo dell'Allocuzione pontificia del 3 febbraio 1983 è stato opportunamente ripreso e sottolineato da G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Bologna, 1984, 59.

<sup>(48)</sup> Cfr., rispettivamente, T.J. JIMENEZ URRESTI, *La ciencia del derecho canónico o canonística ¿es ciencia teológica?*, in *Rev. esp. der. can.*, 1985, 55, e P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico* (ed. it. curata da G. LO CASTRO), Milano, 1985, 170. Per quel che concerne l'inadeguatezza degli odierni indirizzi di teologia del diritto cfr. R. METZ, *Le probleme d'un droit de l'Eglise dans les milieux catholiques, de la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle à la période post-conciliaire (1970-1983)*, in *Rev. dr. can.*, 1985, 243 s.

tuì la Chiesa nel senso più genuino e radicale. Non è meno certo, tuttavia, che le Sue norme o i Suoi principi costituzionali hanno ricevuto e ricevono, quantunque in modo accidentale e secondario, distinte modalità storiche di applicazione... D'altra parte, non può separarsi seriamente il principio o la norma radicale dalla sua conformazione storica, dato che il principio o la norma radicale sono vigenti, vale a dire storicamente vivi, solo attraverso la loro conformazione storica, che altra cosa non è se non la loro manifestazione vivente nel tempo »<sup>(49)</sup>.

A prima vista sembra potersi registrare una posizione simile anche da parte di coloro i quali affermano che il « diritto divino », proprio come « diritto », ha bisogno di una positivazione e di una articolazione in norme concrete e determinate. Questi Autori aggiungono, per altro, che il « diritto divino » non è riducibile ad un puro e semplice complesso di norme giuridiche prestabilite, ma piuttosto ad un insieme di regole generali di condotta e di elementi fondamentali di struttura, che tendono a riportare i presupposti essenziali e la vincolatività del diritto « positivo » ad una base di argomentazioni credibili e persuasive, escludendo che esso debba risultare legittimato solo dal principio d'autorità (*argumentum baculinum*). Per tanto, il « diritto divino », così inteso, pur depositandosi in modo più concentrato ed immediato in qualche precisa disposizione del diritto canonico « positivo », ed anzi ispirandone in maniera più o meno diretta tutte le norme, non sarebbe in esse risolvibile, di continuo operando per una loro critica ed un loro superamento.

Compiuta questa serie di considerazioni, in buona parte condivisibili ed accettabili, gli Autori da ultimo richiamati tengono tuttavia a precisare che i fondamentali parametri giustificativi offerti dal « diritto divino » al « diritto (umano-)positivo » non sono da considerare in sé « diritto », nel senso più genuino del termine; per loro stessa natura essi sarebbero, infatti, svincolati dalla « decisione » di un legislatore, necessaria, d'altra parte, a mediare tra la indeterminatezza e universalità di questi principi e la certezza e concretezza proprie ed essenziali di tutte le norme autenticamente giuridiche<sup>(50)</sup>.

---

(49) Cfr. J. HERVADA, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona, 1987, 26.

(50) La dottrina appena sintetizzata nel testo è quella seguita da H. HEIMERL e H. PREE, *Kirchenrecht*, Wien, 1983, 14-18. Questa tesi, per la parte in cui sottolinea la necessità che il « diritto divino » si doti di un rivestimento storico, sembra propendere per l'inutilità di una sua nozione distinta da quella del « diritto ecclesia-

Nella posizione da ultimo illustrata non sembrano, perciò, essere adeguatamente rese sul terreno giuridico le risultanze ecclesiologiche in precedenza esposte; anzi questa tesi riproduce fundamentalmente il dilemma in cui era rimasta impaniata la teoria della « canonizzazione »: o il « diritto divino » si esprime in norme positive, ed allora non è più « divino »; ovvero non si esprime attraverso norme positive ed allora non è vero e proprio « diritto ».

Può contribuire a mantenere questa *impasse* la circostanza che gran parte dell'odierna canonistica è rimasta ferma ad una concezione statica e limitata della « positività » e dell'ordinamento, superata ormai dalle più recenti acquisizioni della scienza giuridica.

Dal dilemma, come prima prospettato, non si esce, infatti, ove per « diritto positivo », anzi per « diritto » *sic et simpliciter* si intenda solo un insieme di « formulazioni normative espresse » o un complesso di « regole normative deliberate » e sanzionate <sup>(51)</sup>.

---

stico-umano »; per la parte in cui insiste sulla irrisolvibilità del « diritto divino », come istanza etica superiore, in un mero sistema di norme concrete e determinate, sembra propugnare una sua espulsione dal mondo giuridico e finisce col portare argomenti a coloro che su di esso rivendicano la competenza assoluta e riservata della teologia. In simile alternativa sembra tuttora dibattersi anche T.J. JIMÉNEZ URRESTI, *La ciencia*, cit., 45 s., 56-59. Del resto, si tratta di un'alternativa non nuova perché presente nella dottrina tradizionale propensa ad attribuire vincolatività meramente morale al diritto divino; si vedano, a questo proposito, gli scritti di A. VAN HOVE, *Prolegomena*, Mechliniae-Romae, 1945, 11 ss., 35 e di L. DE NAUROIS, *Qu'est-ce que le droit?*, in *Rev. dr. can.*, 1958, 164 ss. e 253 ss., richiamati da J. HERVADA, *El ordenamiento*, cit., 28 ss., in nota.

<sup>(51)</sup> Ad esempio, Heimerl e Pree sembrano presupporre un concetto di diritto troppo proclive ad un'accezione del termine che, pur risultando presente in alcuni indirizzi analitico-descrittivi (v., per tutti, G. TARELLO, *La nozione di diritto: un approccio prudente*, in *La teoria generale del diritto*, cit., 341 ss., 353 ss., dove però si parla anche di « regole basilari », « sovente non esplicitate »), non viene più accolta come quella unicamente proponibile nell'ambito delle più recenti ed avvertite versioni della teoria giuridica contemporanea. Queste ultime tendono ormai ad escludere che una corretta analisi dei fenomeni giuridici possa rimanere rigidamente ancorata ad una sola e chiusa concezione del diritto (cfr., fra gli altri, M. JORI, *Oggetto e metodo della scienza giuridica*, in *La teoria*, cit., 177 ss., 212 ss.; Id., *Semeiotica e teoria del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1987, 196 ss.). Si fa notare, del resto, che l'unilateralità dell'angolo visuale prescelto a volte maschera, dietro lo schermo di una pretesa avalutatività scientifica, reali opzioni ideologiche di carattere « decisionistico » e « riduttivo », ad ogni costo, della complessità sociale: in questo senso viene, da ultimo, criticato il riflesso « neoformalista » di determinate tendenze da V. FERRARI, *Privato e pubblico (sociologia)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 700-703; per cenni più generali v. anche L. FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto*, in *La teoria*, cit., 128 ss.

Non v'è ragione, invece, che il dilemma ancora sussista se si riconosce che la « positività » essenziale al diritto non va confusa con quella delle sue specifiche determinazioni, ma va colta in ogni sua modalità di incidenza — attraverso determinazioni specifiche o no, poco importa — sul mondo oggettivo storico e umano, ovvero in ogni espressione di vitalità di un ordinamento, che si manifesti come « forza formante della realtà » <sup>(52)</sup>.

8. *Premesse per nuovi approfondimenti teorici sull'ordinamento canonico.*

Il diritto è già « vivo » e « vigente » (e, in questo senso, già « posto » e « positivo ») nel momento stesso in cui si sia in qualche modo (anche se inadeguatamente) *oggettivato*, vale a dire articolato in rapporti di significazione storicamente apprensibili ed espressivi del « canone » o « reticolo » assiologico fondamentale, operante come « trasformatore » degli interessi bruti o di mero fatto in (un sistema di) valori (giuridici). Non è necessario che tali rapporti si esprimano sempre, o sin dall'inizio, al livello del linguaggio simbolico o delle « dichiarazioni » (cioè attraverso segni qualificabili come « evocativi » di un contenuto *convenzionalmente* pre-determinato o pre-determinabile) <sup>(53)</sup>; è sufficiente, invece, soprattutto nella fase definita

---

<sup>(52)</sup> Cfr. L. MENGONI, *C'è un rimedio alla crisi dello Stato sociale?* (prolusione tenuta all'apertura dell'anno accademico 1987-1988 dell'Università Cattolica di Milano e pubblicata sotto questo titolo da *La Discussione* del 23 novembre 1987, 24-26). Pure in H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it., Milano, 1965, 249, sembra posta l'equazione fra « positività » e « potere di plasmare la realtà »: « Anche se la positività, al contrario di quanto penserà il positivismo, non può esaurire il concetto del diritto, essa ne è un momento essenziale: solo l'ordinamento, che ha il potere di plasmare la realtà, è diritto, e l'ordinamento, che tale forza non possiede, non soddisfa a questo elementarissimo presupposto del concetto del diritto ». A. FALZEA, *Sistema*, cit., 9, colloca il diritto positivo nella « regione culturale della positività rafforzata », « doppiamente positiva, in quanto a un tempo attuale e attuabile ».

<sup>(53)</sup> La terminologia adottata nel passo di cui al testo, come pure in quello poco più avanti riferito ai « segni illativi » ed alla necessità di un'ermeneutica globale per interpretarli, è tratta da A. FALZEA, *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 470, di cui si seguono anche gli schemi concettuali di fondo; ma v. pure R. DE STEFANO, *Norme e interessi*, Reggio Cal., 1975, 17 ss.; Id., *Diritto Linguaggio Volontà*, Reggio Cal., 1981, 52 ss.; D. FARIAS, *Saggi di filosofia politica*, Milano, 1977, 393 s.; V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 484 ss. Sull'esigenza di una « considerazione globale » del fenomeno

come « stato nascente » o « stato di grazia » del diritto, che l'originario « ordine di connessioni valorative » si oggettivi anche a livello di pure e semplici « manifestazioni », ossia di comportamenti che possono radicare in un fondo collettivo emozionale, difficilmente determinabile nelle sue valutazioni, reali ma non sempre o in tutto riducibili ad una logica assiomatica e convenzionale<sup>(54)</sup>. Esse si esprimono, quindi, attraverso segni « illativi », vale a dire « inferenziali di realtà più o meno probabili », e più o meno determinabili, volta a volta, attraverso un'attività ermeneutica della situazione storica complessiva.

Proprio per questo la realtà giuridica o « reale normativo » viene sempre più comunemente considerata come « esperienza » di iniziali componenti emozionali o implicite, che tendono col tempo a

---

giuridico e di un'indagine della esperienza giuridica nella sua globalità e nei suoi processi costitutivi », volta, cioè, a « guardare alla dinamica del diritto e non alla sua statica, che ne è soltanto un momento in un certo senso convenzionale », cfr., in specie, E. PARESCHE, *La dinamica del diritto (Contribuiti ad una scienza del diritto)*, Milano, 1975, 171 s., 488-490. Dallo stesso Autore (*La genesi*, cit., 103 ss. e 115 ss.) vengono mutuati i concetti di « oggettività » del diritto e di equivalenza del diritto « vivente e, perciò, vigente » col diritto « positivo ». Più di recente, sulla necessaria « oggettività » dei valori giuridici v., per tutti, R. DE STEFANO, *Legge etica e legge giuridica*, Milano, 1955, 115; Id., *Il problema del diritto non naturale*, Milano, 1955, 128, 131 ss., 164 ss.; Id., *Diritto*, cit., 43 ss., 100 ss.; Id., *Assiologia*, Reggio Cal., 1982; A. FALZEA, *I fatti di sentimento*, in *Studi Santoro-Passarelli*, VI, Napoli, 1972, 387; D. FARIAS, *Interpretazione e logica (primi elementi)*, Cosenza, 1984, 48 ss. (in nota), 55 ss., con particolare attenzione al rapporto tra « formalizzazione » e « oggettivazione »; C. SCHEFOLD, *Transformation von « Naturrecht » in « Demokratie »? Überlegungen im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen objektiv richtigem und nur auf Setzung beruhenden Recht*, in *Objektivierung*, cit., 339 s. Per quanto concerne la tematica del diritto « vivente », nei suoi rapporti col diritto « vivente » o « effettivo » e con la « positività » del diritto, cfr., altresì, S. COTTA, *Il diritto*, cit., 156 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso*, cit., 144 ss.; A. FALZEA, *Sistema*, cit., 6; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 34; S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 89; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, 1148-1166.

<sup>(54)</sup> Di un « fondo del giuridico », non privo di una sua « forma » originaria, parla E. PARESCHE, *La genesi*, cit., 107 s. In prospettiva affine si orientano: O. CONDORELLI, cit., da V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Milano, 1988, 53; R. DE STEFANO, *L'accettazione della legge*, Reggio Cal., 1977, 123 ss., che rinvia ad uno « schema » o ad un « tipo » « originario di legalità »; A. FALZEA, *I fatti*, 360 e 383, che fa riferimento a « talune atmosfere emozionali di ambienti o di gruppi », come a forme di oggettivazione di interessi rilevanti per il diritto e influenti sull'attuazione e interpretazione della regola normativa. Per una prima applicazione di tali concetti all'esperienza giuridica della Chiesa cfr. S. BERLINGÒ, *Premesse*, cit., 80 ss.

« dichiararsi » o « formalizzarsi » attraverso un'opera di continuo « svolgimento » e « processo ».

Oggi gli studi di teoria del diritto sono, quindi, orientati a considerare in maniera più comprensiva e aperta una nozione dinamica della « positività » giuridica, nel quadro dell'ordinamento contestato ad uno svolgimento storico e ad un processo <sup>(55)</sup>.

È opportuno, inoltre, sottolineare che a tali risultanze, nell'ambito della teoria generale del diritto, si è giunti pure per merito degli sviluppi che la scienza dell'interpretazione ha avuto, ancora una volta parallelamente, sia nel campo teologico che in quello giuridico.

Gli studi di Bultmann, Gadamer e Ricoeur, nonché la revisione delle metodologie neopositiviste attraverso l'analisi del linguaggio e la nuova retorica, hanno avuto significativi riflessi anche sulla dogmatica giuridica in senso stretto <sup>(56)</sup>.

In particolare, per quanto riguarda l'esperienza giuridica della Chiesa, il suo radicarsi in un nucleo istitutivo-giustificativo, che, per definizione, non può mai compiutamente esaurirsi o vichianamente « (di)spiegarsi » in un ordine logico-assiomatico, rende indispensabile rifarsi ad indirizzi di ricerca che non trascurino i precedenti metodologici volti ad una considerazione « globale » della concreta vita di fede, così come praticati, ad esempio, dalla scuola di Tubinga e dal cardinale New-

---

<sup>(55)</sup> Sulla tendenza relativa ad una « positività dinamica », cfr., per tutti, C. ATIAS, *Quelle positivité? Quelle notion de droit*, in *Arch. phil. droit.*, 1982, 209 ss., in specie 226 ss. Quanto alla nozione di ordinamento come « processo » storico v., fra gli altri, A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1976, 152; R. DE STEFANO, *Il problema*, cit., 1955, 126 ss., 138 ss.; V. FROSINI, *Ordinamento giuridico (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 654; L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come politica del diritto*, Firenze, 1974, 132; Id., *Corso*, cit., 186 ss., 562 ss.; F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 704 ss., 130, 734; D. PASINI, *Lo studio degli ordinamenti giuridici nel tempo e nello spazio*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1970, 232 ss., 244 ss.; senza dimenticare i precorriti di E. PARESCHE, *Diritto, Norma, Ordinamento*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1933, 204 ss.; 1934, 346 ss.; 1935, 20 ss. Sul carattere « processuale » del diritto insistono pure E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957 e E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, 285 ss., da diverse angolature, ma con una comune, accentratata, attenzione al profilo della « giustiziabilità ».

<sup>(56)</sup> Per i più rilevanti riscontri sull'evoluzione parallela dell'ermeneutica teologica e giuridica rinvio a E. PARESCHE, *La dinamica*, cit., 239 ss. Più di recente v., inoltre, D. FARIAS, *Interpretazione*, cit., 17 ss. (anche nelle note). Quanto ai riflessi riverberatisi sulla canonistica più recente si veda *supra* la nota 36. Per un aggiornamento sulle ultime vicende dell'ermeneutica teologica può pure consultarsi C. GEFFRÉ, *Le christianisme au risque de l'interprétation*, Paris, 1983.

man. L'obiettivo scientifico-teologale dell'*illative sens* e della valorizzazione della *conspiratio pastorum et fidelium*, nella prospettiva di uno stretto nesso fra interpretazione e « partecipazione », risulta in linea con i contemporanei sviluppi dell'ermeneutica argomentativa e simbolica e delle rappresentazioni « dinamiche » dell'esperienza giuridica <sup>(57)</sup>.

In tale contesto si può pervenire, anche per il diritto canonico, al convincimento che la vicenda della « positivazione » né si concreta, né si arresta od esaurisce nella sola (im)posizione o promulgazione di (sia pur ben) definite e sanzionate deliberazioni normative; ma si origina e si realizza, si completa e si arricchisce nella vita complessiva dell'ordinamento (si da potersi legittimamente parlare di « norma vivente » o « norma-ordinamento ») <sup>(58)</sup>. I tempi e le articolazioni di quest'ultimo, d'altra parte, non scandiscono (solo) il progredire lineare delle definizioni o delle deduzioni da un precetto (fondamentale) (pre-)determinato una volta per tutte, ma si realizzano e si concretano (anche e) soprattutto attraverso il ricorso all'intera gamma di argomentazioni e giustificazioni proprie del circolo ermeneutico. Senza mai trascurare le esigenze sistematiche si sottopone quindi a continua verifica la « giustezza » (canonisticamente si potrebbe dire: la « *rationabilitas* » o « ragionevolezza ») del « progetto » normativo iniziale con riferimento ai singoli casi ed ai mutevoli bisogni, via via evidenziati dal fluire dell'esistenza comunitaria <sup>(59)</sup>.

---

<sup>(57)</sup> Sull'inserimento del richiamo a Möhler e Newman nel quadro delle acquisizioni operate dalla ecclesiologia più aggiornata si veda *supra* la nt. 36. Quanto alla possibile valorizzazione, nel contesto attuale, dell'« *illative sens* » di Newman, Jaeger ne fa notare le corrispondenze con il criterio metodologico processuale della « globalità », su cui rinvia a G. PUGLIESE, *La prova nel processo classico*, in *Ius*, 1960, 398. Per i rapporti fra interpretazione e partecipazione (con richiamo espresso all'ermeneutica di Newman) cfr., per tutti, D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981, 311-322 e *Interpretazione*, cit., 22, in nota.

<sup>(58)</sup> Per le locuzioni da ultimo impiegate nel testo, cfr. V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 207; Id., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, ivi, XVII, Milano, 1968, 927, in nota; Id., *Lezioni*, cit., 207; per altro, l'A. appena richiamato intende quelle espressioni secondo significati prevalentemente normativisti.

<sup>(59)</sup> Sulle corrispondenze fra « circolo ermeneutico » e « circolo dinamico » o « struttura circolare » del fenomeno giuridico cfr. E. PARESCHE, *La dinamica*, cit., 240 ss., 290 ss., 314 s., cui si rinvia anche per il necessario temperamento nel discorso giuridico di esigenze « sistematiche » e « problematiche » (ivi, 284 s. e 540 ss.). Su quest'ultimo punto, cfr. pure, fra gli altri, G. GAVAZZI, *Topica giuridica*, in *Nss. D.I.*, XIX, Torino, 1977, 409 ss.; H. JAEGER, *La norme d'après la doctrine des humanistes et des auteurs du Droit naturel*, in *La norma en el derecho canónico*, I,

9. *La « positività » del « diritto divino » e del nucleo giustificativo di ogni ordinamento.*

In tal senso può cogliersi e rilevarsi l'esigenza di individuare, sin dal momento costitutivo di ogni ordinamento, accanto ad un profilo « formale » anche una dimensione « materiale », ovvero una « unità di forma e materia », « che assume un valore tipico »<sup>(60)</sup>. Si pone così in risalto che il nucleo giustificativo di ogni diritto non rimane confinato puramente e semplicemente a livello dei « postulati », dei « principi » o dei « fini » del sistema: anche per la tradizione scolastica, del resto, il « fine » resta fuori dal « precetto », non fuori dal *diritto*, inteso nel senso più ampio del termine. Il nucleo assiologico fondamentale dell'ordinamento risulta invece determinante ed operante nel processo di « positivazione » in cui si svolge ogni esperienza giuridica ed in cui esso trova, *deve* trovare, un oggettivo riscontro. Per essere veramente « giuridico » un sistema di regole deve risultare, infatti, « storicamente circostanziato », ovvero essere realmente vigente e non solamente possibile in astratto<sup>(61)</sup>.

Di tal guisa anche il « diritto naturale », che non venga rappresentato come un sistema chiuso ed irrelato di norme, ma come « drit-

---

Pamplona, 1979, 333 ss.; L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 8 ss.; S. PATTI, *Introduzione a M. Rebbinder*, in *Sociologia del diritto*, trad. it., Padova, 1982, XI s.; C. PERELMAN, *Ontologie juridique et sources du droit*, in *Arch. phil. dr.*, 1982, 23 ss. e, ora, anche in *Objektivierung*, cit., 491 ss.; L.V. PROT, *Are There Objective Criteria for Legal Reasoning?*, in *Objektivierung*, cit., 303, in specie, 206 ss.; G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, *passim*; ID., *Per una metodologia post-politica della prassi giudiziale*, in *Pol. dir.*, 1984/4, 599. V. pure i contributi degli Autori richiamati *supra* alla fine di nt. 36. Con una lucida contestualizzazione nell'ambito del diritto ecclesiastico italiano, si occupa dell'argomento S. DOMIANELLO, *L'evoluzione giurisprudenziale delle fonti del diritto ecclesiastico*, in *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso (Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986))*, Milano, 1987, 3 ss., cui rinvio anche per altre referenze.

<sup>(60)</sup> Cfr. E. PARESCHE, *La genesi*, cit., 85, in nota; v. pure ID., *La dinamica*, cit., 533 e *supra* nt. 54.

<sup>(61)</sup> Cfr. ancora E. PARESCHE, *La genesi*, cit., 61. Più di recente L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso*, cit., 163, ha notato che il diritto « ha bisogno di regolare realmente, fattualmente l'azione perché non può permettersi di proporsi soltanto, come modello ideale, ma deve imporsi, anche di fatto, alla storia, in quanto è norma organizzante, interindividuale, bilaterale, norma di convivenza, e non norma intraindividuale, unilaterale, norma di coscienza... Il diritto è ordinamento per essere storia. La positività e l'ordinamentarietà, l'esistenza e l'essenza (o la struttura) del diritto si condizionano e si spiegano a vicenda ». V. pure *supra* nt. 52 e nt. 53.

to vivo » o « diritto positivo in elaborazione » è, non può non essere, in quanto « diritto », anch'esso « vigente » (« diritto naturale vigente ») e dotato di una propria forza « vincolante » capace di incidere sulla realtà, influenzando sulla istituzione, lo sviluppo e la riforma dell'ordinamento cui si riferisce <sup>(62)</sup>.

Nel medesimo senso il « diritto divino », come nucleo originario e giustificativo, ad un tempo, della realtà normativa della Chiesa, di per sé inerisce alla « positività » o « vigenza » dell'ordinamento canonico *nel suo complesso*, pur rimanendo tale e cioè distinto rispetto alle *singole* espressioni « positive » del medesimo ordinamento. Se, in vero, al termine « positive » si intende continuare a dare il significato, ancora tralattivamente recepito, di « dipendenti da regole normative deliberate », il « diritto divino », pur potendo considerarsi in esse presente attraverso il nucleo costitutivo e assiologico di fondo, ad esse mai si riduce ed in esse mai si esaurisce.

Potrebbe così avviarsi a soluzione il problema in cui si sono imbattuti i teorici della « canonizzazione », chiarendo che il « diritto divino » è giuridicamente vincolante ed operante (*vigente*) già al momento della genesi dell'ordinamento canonico, così da innestarsi ed esprimersi nella sua fase istitutiva, senza per altro potersi considerare in tutto svolto o « spiegato » e determinato nelle primigenie « deliberazioni » del Fondatore.

L'intrinseco potenziale normativo del diritto divino risulta « eccedente » anche rispetto a quanto dettato o deliberato dai « precetti » evangelici, così come espressi nelle « formule » originarie consacrate dal *canone* scritturistico. Ciò consente di capire come da sempre, e anche nella tradizione dottrinale più ortodossa della tarda scolastica, si siano introdotte distinzioni fra gli stessi precetti di diritto divino, quale quella adottata da Sánchez nel suo noto trattato sul matrimonio fra precetti « quae nulla salutis detrimenta afferre possunt » e altri « quae nonnumquam maius bonum impedire solent ».

---

<sup>(62)</sup> Cfr., sia pure con impostazioni diverse, S. COTTA, *Il diritto*, cit., 159; E. PARESCHE, *La genesi*, cit., 115 ss.; ID., *La dinamica*, cit., 550 ss. Considera frutto di dommatismo la riduzione di tutto il « diritto positivo » al solo diritto « legislativo » C. SCHEFOLD, *Transformation*, cit., 351. È forse opportuno ricordare che l'espressione « diritto naturale vigente » venne utilizzata per titolare i lavori del primo congresso nazionale dell'U.G.C.I., sotto la determinante influenza del pensiero di Capograssi (v. il volume *Diritto naturale vigente*, Roma, 1951); ed è anche significativo notare che ad analoga tematica la medesima Unione abbia dedicato i suoi convegni di Palermo e Roma nel 1988.

La dimensione « positiva » integrale del diritto divino, pur avendo trovate proprie modalità di realizzazione sin dall'inizio della vicenda storica dell'ordinamento canonico, non può essere ridotta ad esse, così come a qualsiasi altra posteriore e singola fase della « positività » o « formalizzazione » dell'ordinamento perché, di per sé, è portata ad esprimersi in sempre ulteriori svolgimenti e ad influenzare nuove determinazioni e concretizzazioni sempre più adeguate.

10. *L'« esperienza tipica » e la « fonte » originale dell'ordinamento della Chiesa.*

Si è notato in precedenza come l'innesto fra il momento « istitutivo » e « giustificativo » del diritto presenti una particolare pregnanza nell'esperienza giuridica della Chiesa. Occorre, per altro, ribadire, a questo punto, che un simile fenomeno non è esclusivo dell'ordinamento canonico, in diversa misura potendosi riscontrare anche in tutte le altre realtà giuridiche.

È stato, infatti, acutamente e puntualmente precisato come le « fonti » del diritto si riallaccino all'« esperienza tipica » « che sta al centro del fenomeno giuridico e che non si esaurisce nell'istituzione dell'ordinamento, né nella produzione di fonti formalizzate, ma opera diuturnamente nella concreta vita dei singoli, dei tribunali, della comunità, trasferendo sul « piano intenzionale del diritto » i valori giuridici che, attraverso processi psicologici determinati da equilibri spirituali, sociali ed economici, si vengono affermando » (63).

Sulla base di questi rilievi si può, anzi, aggiungere che la modalità ed il grado di penetrazione dei due termini, « istitutivo » e « giustificativo », propri del rapporto costitutivo dell'ordinamento, ne segnano il « tipo » o le peculiari caratteristiche, ed influenzano in modo determinante la portata dei suoi specifici principi guida (*guide-lines*).

Ogni ordinamento è un « processo » o svolgimento, una sempre più ricca e comprensiva specificazione e determinazione di uno schema di « legalità originaria », il cui tessuto o sostanza primordiale « giustifica », cioè impianta e legittima tutte le norme e gli istituti di una particolare esperienza giuridica. Il « sentimento » collettivo condiviso, che rappresenta il « fondo » della legalità peculiare e caratteristica, la dimensione intima di ogni ordinamento, essendo dotato di una propria attitudine « informatrice », risulta inoltre decisivo per

(63) Cfr. E. PARESCHE, *La dinamica*, cit., 187.

l'attribuzione a ciascuna, diversa realtà di una originale e « tipica » fisionomia giuridica, sin dal suo « stato nascente » <sup>(64)</sup>.

Questa base primigenia nella Chiesa è costituita dal « diritto divino », rivelato dal Fondatore e socialmente affermatosi nella prima comunità dei credenti ad opera dello Spirito <sup>(65)</sup>; la sua giuridicità è quindi originaria, perché scaturente dal « *sensus fidelium* » coevo al sorgere stesso dell'ordinamento, anche se tale « sentimento » o « nucleo » o « schema » di « legalità originaria » non può considerarsi pienamente e definitivamente identificato dal grado di « riconoscimento » « formale » cui è pervenuta l'originaria comunità, ovvero dal livello di consapevolezza esplicita del diritto canonico primitivo. Esso era ed è intrinsecamente idoneo e destinato ad ulteriormente incidere (come sinora ha inciso) sul processo in cui l'ordinamento canonico, come ogni ordinamento giuridico, si svolge, offrendo una serie continua di esplicazioni e di determinazioni (« *ordinata progressio* »: *Sacrae disciplinae leges*), riconducibili sia al suo fattore basilare di origine divina, sia all'elemento « ecclesiastico » o umano, entrambi presenti ed operanti in seno alla comunità.

#### 11. *Il « diritto divino » e le sue forme di « concretizzazione ».*

L'unità dell'ordinamento canonico nei suoi due aspetti di « diritto divino » e di « diritto umano » (o « ecclesiastico ») — già esigita con particolare vigore dal canonista italiano Pio Fedele e, più di recente, dallo spagnolo Hervada — può e deve essere quindi recuperata <sup>(66)</sup>.

---

<sup>(64)</sup> Per questi concetti si rinvia, in modo particolare, agli scritti di Paresce e De Stefano cit. *supra*, nt. 54 e nt. 55. A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 8-14, a proposito dei « valori » che si esprimono in « principi (giuridici) fondamentali » osserva, per un verso, che è possibile una loro « avvertenza intuitiva, capace di farne intravedere, anche se con margini di incompletezza e di umbratilità, l'esistenza e il peso nell'insieme dei valori sociali e giuridici », e rileva, per altro verso, che a motivo della loro « idealità forte ogni realizzazione... non li consuma nella storia: ...essi restano in costante disponibilità per una sempre migliore o anche soltanto diversa realizzazione », pur appartenendo, in ogni caso, all'« ambito della positività ».

<sup>(65)</sup> Cfr., per tutti, CTI, *Temì scelti*, cit., 1.4 s. (e, in particolare, la referenza a *Rm* 5,5).

<sup>(66)</sup> Fra i molteplici scritti di FEDELE ed HERVADA in argomento, limito il richiamo, rispettivamente, a *Discorsi sul diritto canonico*, Roma, 1973, 105 ss., 218 ss. ed a *El ordenamiento*, cit., 119 ss.

Giova, per altro, chiarire che sono state individuate nell'articolarlo svolgersi dell'unico ordinamento canonico, varie forme di « determinazione » e di « concretizzazione », tutte necessarie per la sua vita ed il suo sviluppo, e ciascuna d'esse variamente denominata (come « positivazione », « formalizzazione », « realizzazione concreta » o « diritto efficace »). Ciò ha costituito un innegabile progresso metodologico rispetto alla teoria della « canonizzazione », che appariva ferma al dato meramente formale dell'esplicito dettato normativo. Tuttavia occorre guardarsi dall'identificare o confondere ognuna di queste particolari modalità o forme di giuridificazione (o tutte esse insieme) con la genesi ideale o la realtà primordiale del « diritto divino », che su di esse incide, con esse si collega, ma in esse non si esaurisce e da esse si distingue nella sua intrinseca operatività e « positività » <sup>(67)</sup>.

(67) In generale, sul concetto di « concretizzazione » cfr. K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft un serer Zeit*, Heidelberg, 1953, 4 ss.; sul concetto relativo al (« processo di) positivazione » (*Positivierungsvorgang*), cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, *passim*; quanto alla « formalizzazione », rinvio, per opportune indicazioni, a D. FARIAS, *Idealità*, cit., 229 s.; infine, riguardo alla problematica dell'« efficacia », v. l'ampia e approfondita trattazione di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 ss. (con utili aggiornamenti in N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 60 ss., in V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Bari, 1987, 145 ss., da un punto di vista spiccatamente sociologico e nello stesso Falzea che, in *Gli standards*, cit., 9 ss., analizza i « processi di concretizzazione » e i « processi di specificazione » dei valori giuridici. Per l'applicazione dei concetti di « positivazione » e « formalizzazione » all'ordinamento canonico v., per tutti, J. HERVADA, *El ordenamiento*, cit., 139 s.; J. HERVADA - P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, I. *Introducción - La Constitución de la Iglesia*, Pamplona, 1970, 54; E. MOLANO, *Introducción*, cit., 129 s.; per l'impiego dei termini « realizzazione concreta » o « diritto efficace », sempre in ambito canonistico, cfr. J. VILADRICH, *El « ius divinum »*, cit., 53 ss., 75. Opportunamente quest'ultimo A. segnala la necessità di una « verifica critica » da estendere a *tutte e tre* le fasi, così individuate (« positivazione », « formalizzazione », « efficacia »), del processo di « concretizzazione » del diritto. L'A., però, sembra talvolta indulgere a qualche confusione fra il criterio valutativo o di verifica e la prassi da valutare o da « autenticare ». In realtà, come si può inferire anche da R. POTZ, *Die Geltung*, cit., 167 ss., si tratta di una confusione solo (parziale e) apparente, perché questi Autori sono stati indotti dalla loro sensibilità ecclesiologica a percepire la peculiare (tendenziale) convergenza che nel diritto canonico si determina fra il momento « giustificativo » e quello « istitutivo », fra « valore » e « fonte », tra « norma » e « fatto ». Si può solo rimproverare ad essi di privilegiare, a volte troppo, la « problematica » sulla « sistematica » o, per mutuare dalla terminologia di J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it., Napoli, 1983, 13 s., 21, 122, 130 s., 147, il « controllo di giustizia » sul « controllo di concordanza », col risultato di non

A tale proposito rischia ancora di suscitare qualche fraintendimento chi, sia pure *per incidens*, sembra volere rinserrare il « diritto divino » nella sola « volontà fondazionale di Cristo » e quindi in un « nucleo irreformabile » ed immutabile di norme <sup>(68)</sup>.

In effetti non può ritenersi accettabile imputare la dinamica dell'ordinamento canonico ai soli fattori storico-umani che prevalentemente si esplicano nel diritto « ecclesiastico », sulla base dell'argomento che nulla di « nuovo » può essere addotto sotto il profilo del « diritto divino ». Tale modo di argomentare sembrerebbe più coerente con un concetto di « diritto divino » ipostatizzato in un sistema già dato « a priori » una volta per tutte: *a*) come nucleo costitutivo esclusivamente concentrato, appunto, nell'« atto fondazionale » di Cristo; *b*) come insieme di norme supreme di condotta già di per sé calibrate per la qualificazione di situazioni specifiche, pur assumendosi previe e indipendenti rispetto a qualsiasi concreto svolgimento nel sistema canonico positivo <sup>(69)</sup>.

---

offrire sempre indicazioni chiare e precise sul piano tecnico-dogmatico, pur prendendo le mosse da posizioni condivisibili sul piano della teoria generale.

<sup>(68)</sup> Cfr., da ultimo, in questo senso: J. HERVADA, *Elementos*, cit., 28; E. MOLANO, *Introducción*, cit., 8 s., anche se quest'ultimo A., a proposito della fondazione della Chiesa, parla pure di un « *proceso constituyente* ».

<sup>(69)</sup> La propensione verso il significato *sub b*) sembra trasparire in alcune pagine dedicate da HERVADA (*Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, 1981, in specie, 137 s., anche in nt. 41, 141 s., 155-162, 171) al « diritto naturale » che, in base alla dottrina cristiana (v. *supra*, nt. 3), si può intendere ricompreso nel « diritto divino rivelato ». Secondo il Maestro della scuola di Navarra non si deve confondere fra l'« universalità » reale ed oggettiva della « legge naturale » e l'« astrattezza » degli enunciati generici, con cui gli uomini si esprimono su di essa in maniera inadeguata. Di per sé la « legge naturale » risulterebbe costituita invece — se ben si comprende — da una serie di precetti singolari o specifici già predisposti per ogni possibile, corrispondente fattispecie. Si può, tuttavia, rilevare che questi precetti, ove se ne voglia garantire l'assoluta « universalità » e « immutabilità », dovrebbero essere per definizione concepiti come proiezioni idealtipiche, sussistenti in modo previo ed indipendente rispetto a quale che sia realtà normativa concreta. A questo punto si determina un'*impasse* difficilmente superabile: se questi « primi precetti » hanno infatti un nesso con la dimensione storica dell'ordinamento, le loro trascrizioni o trasposizioni in quest'ultimo (le uniche giuridicamente apprezzabili) presenterebbero anch'esse un minimo di variabilità; se, viceversa, si nega il nesso fra i « primi precetti » e l'ordinamento come svolgimento o « processo » storico-umano, allora si compromette la loro « giuridicità », perché « diritto » non è quanto idealmente dovuto, sia pure riguardo a precise e specifiche situazioni, prefigurate nella onnisciente realtà divina, ovvero nel « progetto » dalla stessa approvato per la « indivisa » natura dell'uomo. « Diritto », in vero, è quanto avvertito o, per lo meno, senti-

Al contrario, il diritto divino non può intendersi in nessuno di questi due modi e, correlatamente, la sua « positività » e la sua « vigenza » non possono essere ricondotte né alla « deliberazione » di una costituzione formale, né alla individuazione e « fissazione » di norme radicali già « poste », a prescindere dalla vicenda storica dell'ordinamento canonico-positivo. Quest'ultimo degraderebbe, in tali

---

to come oggettivamente obbligatorio in un contesto storico-spaziale determinato, da parte di uomini la cui libertà — pur potendo considerarsi complessivamente riscattata nel quadro della Redenzione — è tuttora tale da mettere in crisi il rapporto tra « individualità » ed « universalità » e quindi anche « immutabilità » della cogenza giuridica (cfr. A. FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 495 s.).

All'impostazione di Hervada sembra fare aggio, dal punto di vista teorico, un'articolazione solo in parte adeguata del rapporto fra « legge » e « diritto » naturali (su cui v. invece, *infra*, nt. 72) e, dal punto di vista delle applicazioni pratiche, la tendenza ad attribuire i caratteri della assoluta universalità e immutabilità della « legge » naturale ai singoli « precetti » di « diritto » naturale. Questi ultimi (nel senso e nei limiti da precisare *infra*, v. paragrafi 13 e 14) risentono anch'essi della variabilità intrinseca ad ogni fenomeno propriamente giuridico, pur se in grado minore rispetto alle altre norme, in virtù della maggiore loro « inerenza » o « prossimità » alla stessa « legge ». Può risultare significativa, a questo proposito, la circostanza che Hervada attribuisca, per un verso, i caratteri della universalità ed immodificabilità solo ai « precetti » da lui definiti « originari » e che, per converso, si adatti a definire tali « precetti » come « principi » (*Introducción*, cit., 159 s.). Lo stesso Hervada finirebbe, quindi, col fare intendere, nonostante ogni sua contraria e dichiarata professione (*Introducción*, cit., 157), che l'« invarianza » riguarda, più che altro, « flussi » o « direttrici » d'azione e non un sistema chiuso di norme una volta per tutte definito.

Al proposito non appare incongruo rilevare che il Pontefice Giovanni Paolo II nell'enciclica *Sollicitudo rei socialis*, relativa a materie di riconosciuta pertinenza della « *ratio naturalis* », ritiene possibile fissare solo « principi di riflessione », « criteri di giudizio » e « direttrici di azione », in conformità, del resto, ad altri precedenti magisteriali dallo stesso Pontefice richiamati (ivi, n. 3 e n. 41, nt. 6 e nt. 72). Del resto, è un merito di Hervada, come già si è avuto modo di segnalare, l'aver precisato che la dinamica della « positivazione » deve intendersi già all'opera nel momento in cui la imperfetta e confusa percezione umana dei « primi precetti » della « legge eterna », si traduce in « principi » o « direttive generali d'azione », non solo quando si « formalizza » in concrete ed esplicite determinazioni normative.

Sulle molteplici valenze assegnate ai « principi » in sede di teoria generale del diritto cfr., da ultimi, G. GIOVANNINI, *I principi generali del diritto: teoria giuridica ed epistemologia*, in D. CORRADINI - V. BENEDETTI - G. GIOVANNINI - F.A. CAPPELLETTI, *Hominum causa. Il diritto nel suo esserci e nel suo farsi*, Milano, 1987, 67 ss.; U. SCARPELLI, *Un modello di ragione giuridica: il diritto naturale razionale*, in *Reason in Law*, a cura di C. FARALLI e E. PATTARO, Milano, 1987, 256 ss.; A. FALZEA, *Gli standards*, cit., 12 ss.

ipotesi, al rango di un sistema *giust*-apposto di « determinazioni » o di « deduzioni », di « integrazioni » o di « dichiarazioni », esclusivamente umane (solo *ab extrinseco* riducibili ad unità rispetto a quelle meramente divine, date *a priori*).

In effetti, nel caso individuato *sub a*) si riporterebbe l'atteggiamento di Cristo a quello di un fondatore meramente umano e verrebbe quindi a cadere proprio la base argomentativa per assumere come « immutabile » il diritto da Lui emanato, secondo quanto fa intuire Tommaso d'Aquino ispirandosi a Paolo (2 *Cor* 5, 16: « Item verbum Christi secundum quod est de terrenis et temporalibus transit ») <sup>(70)</sup>.

Quanto alla seconda ipotesi, riferita *sub b*), sembra estremamente difficile isolare un sia pur minimo sistema di norme di condotta, definite una volta per tutte, e tali da risultare immediatamente applicabili a fattispecie concrete, senza dovere ricorrere a complementi ed integrazioni contingenti e variabili; i principi di diritto divino, isolati da ogni concreta determinazione, rischierebbero, per contro, di ricadere nella sfera del pregiuridico.

## 12. *La proiezione dinamica del « diritto divino ».*

Nel primo e nel secondo dei casi appena esaminati si comprometterebbe, in ogni modo, proprio il perseguimento dell'obiettivo in vista del quale si è intesa sostituire con la teoria della « positivazione », quella della « canonizzazione », e cioè il mantenimento di una unità intrinseca, pur nella distinzione, fra « diritto divino » e « diritto umano » nell'ordinamento canonico.

Quest'unità è possibile garantire, infatti, solo ove si riconosca — sulla base, del resto, delle più recenti acquisizioni ecclesiologiche, prima richiamate — che allo sviluppo dell'ordinamento ha concorso e continua a concorrere in modo creativo, in ogni fase della sua realizzazione, anche il « diritto divino ».

È opportuno ricordare che, nella prospettiva cristiana, quest'ultimo si presenta come il composito risultato del combinarsi nella storia dell'iniziativa di Dio e della risposta dell'uomo; una risposta che, per

---

<sup>(70)</sup> Cfr. *In Matth.* 24, 35 richiamato da D. FARIAS, « *Utrum Christus debuerit doctrinam suam scripto tradere* », cit., 1956, 32 (con ampie referenze alle opere tomistiche in argomento sia nel paragrafo in cui fa rinvio al passo riportato nel testo, sia nel paragrafo precedente).

quanto « *recipiens et proponens* », vale a dire « recettiva ed esplicativa »<sup>(71)</sup> a fronte di un ordine superiore e trascendente, finisce per dotare la traccia di origine divina di un supporto, quasi di una lega o di un calco, propri e imprescindibili, per la sua qualificazione come fenomeno giuridico nell'ordine storico ed umano dell'immanenza. Per altro, il dinamismo del *diritto* (prodotto dall'evento) *divino* non è ascrivibile alla sola presenza in esso del fattore umano — come (inarticolata e sia pur condiscendente e) consistente risposta all'irrompere di Dio nella storia — bensì, anche e soprattutto, all'incessante azione della stessa Divinità.

Si è già ricordato che lo Spirito ha agito in maniera efficacemente irripetibile alle origini del cristianesimo; sicché, in base alla dottrina tradizionale, la Rivelazione deve ritenersi conclusa con la morte dell'ultimo degli Apostoli. Si è però precisato — anche sulla scorta di autorevoli e recenti risultanze ecclesiologiche — che le forme espressive in cui, a livello più o meno intenzionale, si è concretizzato il senso originario dell'ordinamento della Chiesa non possono considerarsi (e non sono mai state considerate) definitivamente e pienamente adeguate per tutte le epoche della sua storia, dovendo essere continuamente aggiornate e riviste (« *Ecclesia semper purificanda* »: LG 8). Per tanto, lo Spirito suscitato da quella iniziale ed in sé compiuta esperienza ha continuato e continua tuttora ad assicurare il suo apporto sollecitando « carismi » o « vocazioni » capaci di rendere coerentemente, ma anche nel modo più congruo possibile con le esigenze proprie delle cangianti circostanze di luogo e di tempo, il significato dell'originario « deposito » di fede.

Quanto è detto dello Spirito, che nel suo incontro con gli uomini « soffia dove vuole » (*Gv* 3, 8; 14, 26; 16, 13) e partecipa i suoi doni « come vuole » (*1 Cor* 12, 11), può intendersi dunque allusivo dell'intervento di un fattore divino nella dinamica propria dell'ordinamento canonico in ogni periodo della sua storia, ed in ogni fase

---

(71) La terminologia di cui al testo è rinvenibile, fra gli altri, in G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, I, Parisiis - Tornaci - Romae, 1949, 208. Critica la definizione di Michiels A. BONI, *Costituzionalità divina ed umana del diritto*, Roma, 1986, 49. Del resto, nella prospettiva cristiana, la disponibilità a ricevere ed accogliere, in atteggiamento *umilis et ferialis*, non è affatto segno di passività o di mancanza di identità o autonomia, ma riflesso significativo nell'uomo dell'amore « che-notico » di Dio. Pagine insuperate sulla più appropriata maniera d'intendere l'umiltà cristiana in D. VON HILDEBRAND, *Ethik*, Stuttgart, Regensburg, 1973, 473 ss.; Id., *Situationsethik*, cit., 81, 158 ss.

della sua « concretizzazione », quale elemento capace di garantire fra referente (divino) e destinatari (umani) una relazione costante, che anticipa e fonda, al tempo stesso, ogni rapporto di significazione o di comunicazione realizzato dal medesimo ordinamento.

Il problema, se mai, è quello di operare un giusto « discernimento », per stabilire quanto proviene dallo Spirito e va mantenuto (1 Ts 5, 12, 19-21) e quanto deriva dal contributo meramente umano e può essere cambiato.

### 13. *Le istituzioni e direttive di « diritto divino ».*

Nella prospettiva da ultimo delineata può legittimamente ritenersi che alcune *esplicazioni* del senso normativo di fondo del « diritto divino » siano venute a « determinarsi » o « depositarsi » in *istituzioni e direttive* specifiche, riguardo alla costituzione della Chiesa ed ai comportamenti dei fedeli; istituzioni e direttive che legalmente (ad esempio, dal Codice: can. 22; can. 24, § 1; can. 113, § 1; can. 129, § 1; can. 145, § 1; can. 207, § 1; can. 330; can. 375, § 1; can. 1008; can. 1059; can. 1075, § 1; can. 1163, § 2; can. 1165, § 2; can. 1290; can. 1692, § 2) sono definite *di* « diritto divino ».

Questa definizione è da assumersi nel più preciso significato che il loro substrato o contenuto promana dalla ispirazione sovranaturale presente *nel* « diritto divino » in modo più diretto o necessario di quanto non avvenga per altre istituzioni o regole; per tale ragione le prime e non le altre *in qualche modo* partecipano (« habent etiam aliquid rigoris... »: I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 95, a. 2) della intrinseca intangibilità ed immutabilità della *lex aeterna*. Solo per questo motivo le modifiche apportate alle istituzioni o regole *di* « diritto divino » risultano meno frequenti e più ridotte <sup>(72)</sup>.

(72) Sulla (relativa) modificabilità delle norme (definite) *di* diritto divino rimane un classico l'*excursus* storico di E. RÖSSER, *Göttliches und menschliches, unveränderliches und veränderliches Kirchenrecht von der Entstehung der Kirche bis zur Mitte des neunten Jahrhunderts*, Paderborn, 1934. Ai nostri giorni, cfr. F. POTOTSCHNIG, *Kirchliche Rechtsentwicklung als Anpassungsprozess*, in *Öst. Arch. f. Kirch.*, 1974/25, 16 ss., in specie 20 ss (più di recente: Id., *Zur Wandelbarkeit des unwandelbaren göttlichen Rechts*, in *Im Dienst von Kirche und Staat, Festgabe Holböck*, Wien, 1985, 387 ss.), cui sembra doversi rimproverare, però, una accezione troppo linearmente « progressiva » di « modificabilità ». Posizioni più vicine a quelle espresse nel testo, anche se con esse (e fra loro) non in tutto coincidenti, possono rinvenirsi in A. HOLLERBACH, *Göttliches und Menschliches in der Ordnung der Kirche*, in *Mensch und Recht (Festschrift Wolf)*, a cura di A. HOLLERBACH, W. MAIHOFFER, Th. WÜRTEMBERGER, Frankfurt a. M., 1972,

Occorre, inoltre, ribadire che tali *direttive* ed *istituzioni* determinate non sono esse *il* diritto divino; quest'ultimo, infatti — mutuando da Esser una indovinata metafora — può considerarsi una sorta di « lungo processo sotterraneo », non contenibile e non esauribile nei fotogrammi o nelle istantanee delle istituzioni o delle direttive con cui viene alla luce, per la possibilità e l'attitudine in esso serbate di dare luogo a successivi sviluppi, nuove evidenziazioni, sempre più precise determinazioni.

Quanto alle istituzioni e alle direttive *di* diritto divino, un esempio sul loro modo di porsi e di evolvere può essere fornito dalle integrazioni apportate dal can. 332, § 1 del C.i.c. del 1983 al corrispondente can. 219 del C.i.c. del 1917 e dalle recenti modifiche introdotte quanto al concetto d'impotenza.

Il richiamato can 219 sanciva, sulla base di un'inveterata tradizione, che « *iure divino* » il Pontefice conseguiva la sua piena e suprema giurisdizione al momento stesso dell'« accettata elezione ». La nuova norma *integra* la precedente, precisando che l'immediata acquisizione del potere primaziale da parte dell'eletto si verifica al momento stesso dell'accettazione, *solo che* egli sia già insignito del carattere episcopale; in caso contrario occorre che l'eletto venga subito ordinato vescovo (« *statim ordinetur Episcopus* ») <sup>(73)</sup>.

Com'è noto, l'impedimento di impotenza « *ex ipsa ... natura* » (can. 1084, § 1, C.i.c. del 1983) determina la nullità del matrimonio. Anche in questo caso la configurazione di tale impedimento *di* diritto divino, sulla base di una tradizione risalente al breve di Sisto V *Cum frequenter* e di una consolidata e approvata prassi giurisprudenziale dei tribunali apostolici, si era fissata nel senso di consi-

---

212-226; J. LISTL, *Die Rechtsnormen*, in *Hand. kath. Kirch.*, cit., 93; G. LUF, *Grundrechte und kirchlicher Rechtsschutz-Erwägungen zu einer hermeneutischen Rechtstheologie*, in *Öst. Arch. f. Kirch.*, 1975/26, 37 s.; P. HUIZING, « *Göttliches Recht* » und *Kirchenverfassung*, in *Stimmen der Zeit*, 1969, 162-173; A. MONTAN, *Basi sacramentali dell'ordinamento canonico*, in *La legge per l'uomo. Una Chiesa al servizio*, a cura di E. CAPPELLINI, Roma, 1979, 57 ss., 68 ss.; J. NEUMANN, *Grundriss des katholischen Kirchenrechts*, Darmstadt, 1981, 90-96; R. POTZ, *Die Geltung*, cit., 186 ss., 206 ss.; R. PUZA, *Katholisches Kirchenrecht*, cit., 25; R. SOBANSKI, *Zur Verbindlichkeit der kirchlichen Gesetze*, in *Recht im Dienste des Menschen*, cit., 536.

Quanto al rapporto fra « *lex aeterna* » e « diritto divino », si propende per individuarlo in uno analogo a quello fra « legge naturale » e « diritto naturale », definito da R. BAGNULO, *Il concetto*, cit., 140 ss., sulla base di un'accurata analisi dei testi tomistici in argomento.

<sup>(73)</sup> Su questa fattispecie v., per tutti, J. NEUMANN, *Grundriss*, cit., 95 s.

derare impotenti coloro che non fossero capaci di eiaculare « *verum semen* », vale a dire il liquido spermatico di per sé atto alla procreazione. Dal 1977, invece, sulla base di una dichiarazione della Congregazione per la dottrina della Fede, approvata dal Pontefice, il requisito della « fertilità » *intrinseca* del seme maschile non viene più riconosciuto come elemento necessario ad *integrare* il concetto d'impotenza <sup>(74)</sup>.

14. *Il diritto canonico « ecclesiastico » e il diritto canonico « divino rivelato » (e vigente).*

Alla luce delle premesse considerazioni ed esemplificazioni appare necessario introdurre un qualche correttivo terminologico a seguito del tentativo di chiarificazione concettuale fin qui compiuto. La tradizionale partizione in *diritto divino, naturale e positivo*, e in *diritto ecclesiastico* o *umano*, dovrebbe essere sostituita dalla distinzione fra *diritto canonico « divino-rivelato »* (ricapitolando quest'ultimo in sé anche il diritto naturale) e *diritto canonico « ecclesiastico »*.

Per un verso, sembra utile evitare il lemma di « diritto umano », sia perché nello stesso « diritto divino » è sempre presente una componente umana, sia perché la normativa di più diretta emanazione degli organismi umano-contingenti della Chiesa (o strettamente « ecclesiastica ») si ispira (deve ispirarsi) anch'essa, quantunque in modo meno immediato, al fattore divino operante nell'ordinamento.

È stato efficacemente detto che, « guardato nella sua dinamica il diritto è tutto diritto naturale » <sup>(75)</sup>, ovvero, come oggi forse si preferirebbe dire, è tutto « politica legislativa » o « politica del diritto » <sup>(76)</sup>. In modo analogo, con le precisazioni e limitazioni di cui

---

<sup>(74)</sup> Per una più ampia illustrazione dei nessi fra la problematica del diritto divino e la nuova disciplina dell'impotenza canonica sia consentito rinviare a S. BERLINGÒ, *La nuova prassi e il decreto « circa impotentiam »*, in *Diritto, persona e vita sociale (Scritti per Giacchi)*, Milano, 1984, 340 ss., in specie 353-358, anche nelle note, e B. PRIMETSHOFER, *Impotenz, trennendes Ebehindernis aufgrund des Naturrechts?*, in *Rev. dr. can.*, 1985, 139 ss.

<sup>(75)</sup> Cfr. E. PARESCE, *La genesi*, cit., 123 (nt. 198).

<sup>(76)</sup> In questo senso sembra orientarsi, secondo la prospettiva « giusliberistica », L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso*, cit., 186 s.; ma anche C. SCHEFOLD, *Transformation*, cit., 347, 351, appare critico sulla piena riducibilità del « diritto politico-positivo » o (nella terminologia di Lombardi Vallauri) della « politica del diritto (positivo) » al solo « ius positivum » inteso come « gesetzliches Recht » (v. pure *supra*, nt. 62).

sopra, potrebbe affermarsi che il diritto canonico, nel suo « afflato pastorale », nella sua funzione di assicurare alla Chiesa la « visibilità » per la vita di ogni giorno (partecipando quindi della realtà di « sacramento » propria dell'intera comunità dei fedeli), è tutto *diritto* (riconducibile ad un evento) *divino*.

D'altra parte, sembra altrettanto opportuno evitare la formula « diritto divino *positivo* », che potrebbe indurre qualche ambiguità, perché il « diritto divino », in sé e per sé, *non è necessariamente e definitivamente* « positivo », ove a questo termine si dia il significato di « espresso in disposizioni e formulazioni determinate »; mentre è *sempre e fondamentalmente* « positivo », anche nel suo nucleo « naturale » e/o « non esplicito », se per « positivo » s'intende « vivo », « presente » ed « operante » sin dall'inizio nell'ordinamento della Chiesa, e quindi « vigente » in esso nel senso prima precisato.

Sarebbe, piuttosto, auspicabile introdurre pure nel linguaggio canonistico la locuzione « *diritto divino vigente* », per esprimere, nell'esperienza giuridica della Chiesa, un concetto in qualche modo corrispondente al significato di « diritto naturale vigente », ormai in uso a proposito degli ordinamenti profani <sup>(77)</sup>.

A tale riguardo è bene precisare, dopo quanto si è considerato sin qui, che non tutto il diritto formalmente promulgato o proposto quale « diritto divino-rivelato » è, come tale, coincidente con quello « materialmente » ed « effettivamente » « vigente ». Per motivi inerenti alla ineliminabile componente storica e umana le « esplicazioni » o gli « svolgimenti », sia pure immediatamente e direttamente connessi al fattore divino operante nell'ordinamento — ad esempio: in materia di organi costituzionali della Chiesa o in materia sacramentale e di impedimenti matrimoniali —, possono non rappresentarne (più) una fedele o congrua trascrizione e quindi non specificarsi (più) in istituzioni o norme giuste e ragionevoli. In tal caso, come meglio si dirà in seguito, lo stesso ordinamento canonico offre ai fedeli una serie di strumenti volti a disapplicare il diritto formalmente valido ma concretamente non giustificabile, sospendendone o eliminandone l'effettiva vincolatività. Viceversa, può verificarsi l'ipotesi di « integrazioni » e « completamenti » meno direttamente connessi col « diritto divino », anzi di vero e proprio « diritto ecclesiastico » — relativi, ad esempio, all'organizzazione patrimoniale della Chiesa — che, tuttavia, in un determinato contesto, rendono in forme perfettamente congrue e

(77) Cfr., per tutti, S. COTTA, *Il diritto*, cit., 159 s. (ma anche *supra* nt. 62).

accettabili lo « spirito » tipico della comunità e dunque — pur se in modo più o meno mediato — « vivo », « effettivo » e « *vigente* » il « diritto divino » <sup>(78)</sup>.

Compiuta questa precisazione preme rilevare che le varianti rispetto alle convenzioni linguistiche fin qui seguite riguardo al « diritto divino » — pur potendo avere implicazioni di rilievo anche a livello di determinazione del potere vicario e dei suoi rapporti col potere di giurisdizione su cui non è possibile soffermarsi — sono state proposte in questa sede al limitato scopo di sottolineare, nel modo più chiaro ed icastico, come il « diritto divino » rappresenti per l'ordinamento canonico il punto di massima confluenza del suo momento « istitutivo » col suo momento « giustificativo ».

Tale è nella Chiesa il « precetto » della carità evangelica, nella sua originaria e fondante dimensione di stretta giustizia, vale a dire nella genesi di quell'ordine di giustizia, ostensivo del principio dell'amore cristiano, in cui si risolve l'ordinamento canonico.

#### 15. *La tipicità dell'ordinamento canonico.*

È opportuno ribadire che, se la dimensione genetica dell'ordinamento canonico, costituita dal « diritto divino-rivelato » non esclude ed anzi postula il carattere della *giuridicità* in senso proprio, al pari dello schema di « legalità originaria » di ogni altro ordinamento, ciò non comporta la compromissione della « tipicità » dell'esperienza giuridica della Chiesa, vale a dire della specificità del suo diritto, sia rispetto a qualsiasi diverso ordinamento confessionale, sia rispetto a

---

<sup>(78)</sup> Secondo quanto riferisce L. SARTORI, « *Teologia del laicato* », cit., 20 s., in nota, anche in ambito ecumenico « si ricorre espressamente al discorso dello *Jus divinum* che si storicizza nel variabile dello *Jus humanum* », come quando nel Rapporto di Malta (Dialogo cattolici-luterani) si afferma: « Non è mai possibile distinguere in maniera adeguata lo *Jus divinum* dallo *Jus humanum*; noi possediamo lo *Jus divinum* solamente attraverso forme storiche contingenti di mediazione » (in *Enchiridion Oecumenicum*, Bologna, 1986, 567, n. 1158).

Opportune, lucide distinzioni tra validità (o vigenza) « formale » e validità (o vigenza) « materiale », in A. AARNIO, *On the Validity, Efficacy, and Acceptability of Legal Norms*, in *Objektivierung*, cit., 427 ss.; altrettanto chiara la distinzione fra « esistenza », « vigenza » ed « effettività », in E. GRAZIANI, *Legge (dir. can.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1107 s. Quanto alla « effettività » mi limito a rinviare a G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 14, 117 ss., e a M. REHBINDER, *Sociologia*, cit., 158 ss.

qualsiasi ordinamento profano, in conformità al fondamentale principio del « dualismo cristiano » (79).

Si è già rilevato come sia « tipica » dell'ordinamento canonico la peculiare accentuazione della tendenziale convergenza fra il momento « giustificativo » e quello « istitutivo » o, per dirla con termini usati altrove, fra la « sostanza » e la « struttura », fra l'elemento « soggettivo » e quello « oggettivo », tra i « contenuti » o la « materia » e la « forma » dell'ordinamento.

Riprendendo i termini della riflessione, già in precedenza accennata, sulle risultanze ermeneutiche relative alla « regola » evangelica della carità, possono addursi ulteriori elementi per spiegare la cennata « tipicità » dell'ordinamento canonico, che in quella « regola » ha il suo criterio di legittimazione. L'aver, infatti, in seno ad essa mantenuto distinto, per un verso, il « precetto » di carità per il prossimo, fondante ed esigativo di un ordine di stretta giustizia, dal « precetto » della carità di Dio; e, per altro verso, l'aver proiettato il primo, sullo sfondo e nell'orizzonte di quest'ultimo, instaurando fra loro un rapporto di « somiglianza », ha reso esplicita l'attribuzione di un valore « formale » anche al « precetto » dell'amore per il prossimo ed a tutti gli imperativi da esso derivati (80).

Per altro, la « regola » così articolata ha affermato la sua tipica « vigenza » nell'ambito particolare costituito dai credenti che, riconoscendo in Cristo il Figlio di Dio, ed alla luce della promessa di una specifica e fruttuosa assistenza dello Spirito (*Gv* 17, 20 s.; *1 Gv* 4, 15; 5, 5 s.), hanno sviluppato in seno alla loro comunità un originale e condiviso sentimento di giustizia, volto a conformarli all'ideale evangelico.

La fede ha manifestato e singolarmente garantito a questi credenti che Dio è amore e che a quest'unica fonte d'amore si alimenta

(79) Sul principio da ultimo richiamato nel testo cfr., fra i più recenti, P. LOMBARDÍA, *Lezioni*, cit., 56 ss. e G. LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana (Premesse per l'interpretazione dell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama)*, in *Dir. eccl.*, 1984, I, 507 ss.

(80) Sul significato da dare, *in questo caso*, all'attributo « formale », con richiami ad un principio fondamentale della dottrina cristiana (Denzinger, 1160, 10), cfr. K. WOJTYLA, *Valutazioni sulla possibilità di costruire l'etica cristiana sulle basi del sistema di Max Scheler*, trad. it., Roma, 1980, 178-180. Sul concetto di « osservanza interiorizzata », e sul rapporto fra « foedus » (come « vincolo d'amore » che « impegna alla fedeltà ») e « lex », insiste Giovanni Paolo II nel suo Discorso per la presentazione del nuovo *Codex* del 3 febbraio 1983 (v.lo in F. D'OSTILIO, *La storia del nuovo Codice di diritto canonico*, Città del Vaticano, 1983, 97 ss.).

il doppio « precetto » della carità, sia verso lo stesso Dio, sia verso il prossimo. Essa ha così offerto sostegno alla formazione di un *ethos* collettivo e di uno schema di « legalità originaria », nei quali la dinamica delle relazioni soggettive risulta modellata su quella delle relazioni trinitarie ed alimentata dal convincimento della necessità giuridica di una « certa qual similitudine » tra questa stessa dinamica comunitaria e quella propria della vita immanente al Dio trino.

Proprio sul piano della realtà divina, che è il piano dell'assoluto, non può non darsi, del resto, identificazione di valore tra i termini di una relazione, tra « chi pone » e « chi è posto », e quindi tra quanto è « dovuto » a sé e quanto è « dovuto » all'altro <sup>(81)</sup>. Al particolare senso di compenetrazione con questo genere di assoluto si può, quindi, ricondurre l'accentuato sviluppo in seno all'originale esperienza giuridica cristiana del senso dell'*equità*, vale a dire di quel sentimento del *chairós*, che rende possibile la combinazione o coesistenza del « mio » col « tuo », dell'« ego » col « socius », della « concretezza » con la « giustizia » <sup>(82)</sup>.

16. *Il « senso » giuridico originario ed il « tipico » nesso tra momento « istitutivo » e momento « giustificativo » dell'ordinamento della Chiesa.*

A questi specifici parametri si ispira il « senso » giuridico primigenio della comunità cristiana, cui, d'altronde, le Scritture offrono una traccia ben precisa nella medesima direzione. Esse, nel porre un rapporto di « somiglianza » all'interno del doppio precetto della carità evangelica, inducono nel fedele il convincimento che, tanto nell'amore di Dio, quanto nell'amore del prossimo, egli *deve* impegnare tutto se stesso (*Mt* 22, 37; *Mc* 12, 30-33; *Lc* 10, 27). La norma fon-

<sup>(81)</sup> D'altra parte, proprio in questo assoluto può rinvenirsi il fondamento dell'« oggettività » di ogni obbligazione giuridica. Si legga, sul punto, G. KALINOWSKI, *Sur l'Objectivité de la Pensée Juridique*, in *Objektivierung*, cit., 269: « L'homme n'est pas et ne peut pas être la source d'une obligation objective (et une obligation subjective n'est rien, l'expression "obligation subjective" étant une *contradictio in adiecto*: on ne peut pas s'obliger soi-même puisqu'on est toujours libre de changer d'avis). Seul l'Absolu, s'il existe, peut obliger l'homme. La possibilité d'objectivité de la pensée juridique législative dépend donc de l'existence de Dieu ». Sull'imprescindibilità delle articolazioni fra « giustizia costituente » e « giustizia costituita », nella dimensione storica o soggettivo-contingente, v. G. MADINIER, *Coscienza e giustizia*, trad. it., Milano, 1973, 56 ss., 118 ss.

<sup>(82)</sup> Cfr. E. PARESCHE, *La genesi*, cit., 30.

damentale dell'ordinamento canonico non postula un'obbedienza per mere ragioni estrinseche, ma per le motivazioni interne alla fede, di chi crede in Gesù, il Cristo. Questi, sempre secondo le Scritture, ha restituito i figli al Padre (*Gv* 17, 6 ss.) riconducendoli alla piena osservanza della Sua parola non attraverso il semplice timore della « legge » (*1 Gv* 4, 18), ma dando prova dell'amore divino con il consegnare *tutto se stesso*, la sua divinità (*Gv* 1, 1; 10, 30; 17, 1-26) e la sua umanità (*Mt* 8, 20; 24, 30; *Gv* 3, 14), alla estrema umiliazione (« *simplicitas* ») della croce (*Rm* 5, 8; 8, 35-39; *Gal* 2, 20; *Fil* 2, 5-8); cioè con la *piena* sottomissione alle stesse « leggi » dell'uomo (*Gal* 3, 13; *Rm* 8, 3; *Col* 2,14; *1 Pt* 2, 24). Dalla loro fede, quindi, i cristiani — cui è prescritto dalla Rivelazione di amare come Cristo ha amato (*Gv* 13, 34), e di essere perfetti (nell'amore per l'altro) com'è perfetto il Padre che è nei cieli (*Mt* 5, 48; 18, 21) — sono indotti a sottomettersi anche ai doveri di stretta giustizia, alle norme del diritto (umano o) « ecclesiastico » in senso proprio, *con tutto il loro essere*, perché animati dall'intima e profonda convinzione che ciò sia indispensabile a realizzare il « precetto » fondamentale dell'amore di Dio e del prossimo, e quindi necessario al fine della « santificazione » dell'umanità (« salute animarum... *suprema semper lex* »: can. 1752).

È appena il caso di aggiungere che quest'atteggiamento interiore di radicale altruismo non viene assunto sempre e da tutti i fedeli osservanti le norme della Chiesa; e, per converso, che non sempre e non tutte le determinazioni (umano-)ecclesiastiche sono tali da procurare attraverso la loro pur « formale » (cioè pienamente evangelica) osservanza, il fine della « santificazione » cui sono rivolte: se così non fosse la Chiesa realizzerebbe fin d'ora nel suo ordinamento quel che anche la dottrina cristiana ritiene possa concretizzarsi solo alla fine dei tempi, e cioè la perfetta fusione fra carità e giustizia (*2 Cor* 1, 22; 5, 5; *Rm* 6, 5 s.; 8, 18-25; *Ef* 1, 14; *Fil* 3, 8-14).

Non può dubitarsi, però, che sulla base del proprio « senso » giuridico originario l'ordinamento canonico si propone, fra quelli storicamente affermati, come l'esperienza che stabilisce nei termini più espliciti e radicali il collegamento tra gli elementi formali (o di struttura) e quelli materiali (o di contenuto), fra il valore rappresentato dal « potere » o principio costituente (o delle correlate norme) e quello rappresentato dai « soggetti costituiti », destinatari delle norme « di condotta » o « di comportamento »; in definitiva, come giova ribadire: fra il momento « istitutivo » e quello « giustificativo » dell'ordinamento.

17. *La staticità degli ordinamenti etico-confessionali secondo la teoria normativista.*

È stato autorevolmente osservato che, nel quadro dell'esperienza di fede della Chiesa, la doverosità delle norme propriamente giuridiche non solo non viene esclusa, ma risulta addirittura radicalizzata, attraverso un processo di interiorizzazione, con cui si tende a coinvolgere tutto l'uomo (la « legge dello Spirito »: *Rm* 8, 2; 7, 6; 8, 14 s.; 2 *Cor* 3, 17; *Gc* 1, 25; 2, 12), e non solo il suo atteggiamento esteriore (le « opere della legge »: *Rm* 3, 27 s.; 4, 2; 9, 30-32; *Ef* 2, 9; *Gal* 2, 16), nella realizzazione di un'istanza normativa che non si esaurisce nelle semplici « prescrizioni » e nei meri « decreti » (*Mt* 5, 20; *Ef* 2, 15) <sup>(83)</sup>.

Questa caratteristica della realtà giuridica della Chiesa, pur avendo un indubbio antecedente nel profetismo d'Israele, trova però piena esplicazione nella « tipica » struttura ordinamentale che deriva dallo specifico orizzonte ermeneutico e dalla particolare articolazione del doppio « precetto » costitutivo della carità cristiana <sup>(84)</sup>.

Per meglio comprendere in che senso tale principio reagisca sul « tipo » proprio dell'ordinamento canonico — attribuendogli una « sua » originalità rispetto agli altri ordinamenti giuridici — deve sottoporsi, prima, ad un esame critico il tentativo, abbozzato da Kelsen, di operare una distinzione fra gli ordinamenti etico-confessionali e tutti gli altri.

Secondo il Maestro della scuola viennese gli ordinamenti etico-confessionali dovrebbero considerarsi « statici », perché caratterizzati dalla ricorrenza di una norma fondamentale (« Grundnorm ») cui sarebbero riconducibili non solo la validità (*forma*), ma anche tutti i *contenuti* delle norme di comportamento; mentre gli altri ordinamenti potrebbero definirsi « dinamici », perché in essi la norma fondamentale determinerebbe unicamente le condizioni di validità (*formale*) e non anche i contenuti delle altre norme; che, dunque, con-

<sup>(83)</sup> Cfr. K. WOJTYŁA, *Valutazioni*, cit., 180 ss.

<sup>(84)</sup> Sul collegamento delle dinamiche di interiorizzazione della « legge » al profetismo di Israele, cfr. i richiami operati da G. AMBROSETTI, *Diritto*, cit., 86 ad E. OPOCHER, *Lezioni di storia delle dottrine politiche. L'ideologia politica del popolo d'Israele secondo la tradizione biblica*, Padova, 1968, 157 ss. ed a A. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie (Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Form)*, Wien, 1963, 51.

sentirebbero all'ordinamento di svolgersi e svilupparsi secondo varianti reali e non solo apparenti rispetto ai postulati originali <sup>(85)</sup>.

Il tentativo compiuto da Kelsen è situato all'interno della nota configurazione gradualista dell'ordinamento e della altrettanto nota « teoria pura » del diritto, che, nella prospettiva di rimarcare l'autonomia del « dover essere » rispetto all'« essere », ha cercato di espungere quest'ultima dimensione del reale dall'esperienza giuridica <sup>(86)</sup>. L'ordinamento viene da Kelsen descritto come un assetto piramidale (rovesciato) di (sole) norme (« dover'essere »), che legittimano la « doverosità » della loro osservanza, limitandosi a rinviare progressivamente i destinatari dai livelli normativi di base a quelli di vertice, via via sino alla norma suprema o fondamentale. Con riferimento ad un assetto di questo tipo, e nel solco del medesimo indirizzo normativista, si è poi precisato (o aggiunto) che possono definirsi norme « di competenza » « sulla normazione » o « strumentali » quelle che regolano (o presidiano) la produzione delle altre norme; mentre queste ultime, disciplinando direttamente la vita dei consociati, sono dette « norme di comportamento », « di condotta » o « obbligatorie » <sup>(87)</sup>.

<sup>(85)</sup> Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1975, 219; per la riproposizione, su questo punto, della tesi kelseniana, F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 689 ss.

<sup>(86)</sup> Cfr., in argomento, R. POHLMANN, *Zurechnung und Kausalität (Zum wissenschaftstheoretischen Standort der Reinen Rechtslehre von Hans Kelsen)*, 91 ss. e H.J. VON EIKEMA HOMMES, *The Development of Hans Kelsen's Concept of Legal Norm*, 170 ss., entrambi in *Rechtssystem*, cit.; da ultimo, v. pure l'ampia monografia di C.J. ERRÁZURIZ MACKENNA, *La Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, Pamplona, 1986, il volume di V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi*, cit. ed il saggio di A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, Milano, 1983.

<sup>(87)</sup> Per una ricognizione di tali indirizzi classificatori cfr., fra i più recenti, N. BOBBIO, *Norma*, in *Enc. Einaudi*, IX, Torino, 1980, 898 ss.; G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1970, 33 e 36 s.; Id., *Norma (Diritto)*, in *Grande Dizionario Enciclopedico U.T.E.T.*, XIII, Torino, 1970, 414; F. MODUGNO, *Ordinamento*, cit., 693-703; U. SCARPELLI, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in *La teoria generale*, cit., 321-331; Id., *Norma*, in *Gli strumenti del sapere scientifico contemporaneo*, II. I Concetti, Torino, 1985, 572 ss. Sulla variante introdotta da H.L.A. HART, *Der Begriff des Rechts*, (trad. ted.), Frankfurt a. M., 1973, 131 ss., con la distinzione fra « regole d'obbligo » (o di condotta) e « regole di decisione » (a loro volta ripartite in « regole di riconoscimento » e « regole di cambiamento »), cfr., da ultimo, F.E. SCHNAPP, *Hans Kelsen und die Einheit der Rechtsordnung. Bemerkungen Zur Relativität juristischer Qualifikationen*, in *Rechtssystem*, cit., 395 s.; ivi è osservato che, all'interno della stessa prospettiva normativista, una prescrizione può, di volta in volta, essere inclusa nel primo o nel secondo ambito classificatorio (o in entrambi).

Il tentativo kelseniano di una tipizzazione degli ordinamenti confessionali rispetto a tutti gli altri non regge, però, alla luce delle più recenti acquisizioni delle stesse teorie normativiste, nonché delle teorie dell'ordinamento; esso non risulta inoltre adeguato, in modo specifico, rispetto all'ordinamento canonico.

Gli indirizzi normativisti, nelle forme più evolute, hanno, infatti, contestato che la teoria giuridica debba necessariamente presupporre l'esistenza di una « norma fondamentale » alla base dei vari sistemi positivi, potendo anche rinvenirsi, alla radice di un'esperienza giuridica determinata, un reticolo di molteplici disposizioni legali o « regole di riconoscimento », ciascuna implicante le altre, dunque ascrivibili al medesimo piano di « fundamentalità », e tuttavia non riconducibili ad un'unica predefinita disposizione normativa o « regola di riconoscimento »<sup>(88)</sup>.

Una riprova che tale ultimo modo di argomentare non manchi di un qualche spessore è, del resto, offerta dalla constatazione che anche le teorie generali, volte a privilegiare il punto di osservazione degli interessi rispetto a quello della norme, tengono a precisare, nelle loro configurazioni più mature, che l'« interesse fondamentale » o il valore cardine dell'ordinamento, rappresentato dalla convergenza dei molteplici interessi in un « sistema », non va pensato « come una sorta di principio primo definito aprioristicamente, donde siano deducibili per virtù di pure operazioni logiche tutti gli interessi giuridicamente protetti con le relative norme — ma come una complessa ed estremamente articolata realtà di esperienza che, partendo da forme particolari e da particolari valori, si costituisce progressivamente in un processo di continua integrazione e armonizzazione d'interessi »<sup>(89)</sup>.

#### 18. *La prospezione normativista degli ordinamenti ed i suoi limiti.*

Per quanto riguarda le critiche rivolte alla concezione di Kelsen nelle più recenti teorie sull'ordinamento si può partire dal rilievo che

---

(88) Nel senso di cui al testo sembrano orientarsi le critiche rivolte, rispettivamente, a Kelsen e ad Hart da J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico (Un'introduzione alla teoria del sistema giuridico)*, Bologna, 1977, 183-196 e 263-267. Nell'Introduzione alla cit. edizione italiana dell'opera, P. Comanducci rileva come lo stesso N. BOBBIO, *Ancora sulle norme primarie e norme secondarie*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 186 s., non si riferisca alla « norma fondamentale come fonte ultima di validità dell'ordinamento giuridico, e parli invece di una serie di norme (empiriche) di riconoscimento, che determinano la validità delle singole norme del sistema ».

(89) Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 462.

— senza alcun discrimine fra ordinamenti « statici » e « dinamici » — tratto distintivo di *tutti* gli ordinamenti è la loro « indeterminazione »<sup>(90)</sup>. Infatti, anche negli ordinamenti così detti statici, la norma (o le norme) superiore(i) non riescono a determinare *tutta* la « validità » delle norme inferiori. Ciò è stato implicitamente riconosciuto dallo stesso Kelsen, nei suoi ultimi scritti, quando ha ammesso la non assoluta applicabilità del principio di non contraddizione e del principio di inferenza agli enunciati normativi<sup>(91)</sup>. In questo modo egli ha, infatti, concesso che il « dover essere » viene a contatto con l'« essere », non solo attraverso la « norma fondamentale », e cioè il vertice della piramide normativa — nel cui « punto », adagiato sul piano del « fatto », ogni carattere normativo « puro » tende a dissolversi — ma altresì nel passaggio dai livelli normativi superiori (o più comprensivi) a quelli inferiori (o più semplici); non è, infatti, sufficiente — ove la piramide normativa concepita idealmente da Kelsen come rovesciata, venga capovolta e « ricollocata » sulla base — che, a partire dai livelli più alti, le norme superiori prevedano le condizioni di validità di quelle inferiori, perché queste vengano ad esistere e dunque risultino *realmente* valide (= vigenti). Quindi le norme superiori sono condizioni necessarie, ma *non* sufficienti per la validità (= valida esistenza o vigenza) di quelle inferiori.

Occorre aggiungere, inoltre, che, conducendo sino in fondo la critica alla teoria gradualista e normativista dell'ordinamento, si scopre un'insuperabile aporia. Giunti, infatti, alla norma fondamentale, o alle norme che si pongono al suo stesso livello, non si può procedere a giustificare la validità attraverso un ulteriore (in tesi inesistente) criterio normativo, ove questo s'intenda come criterio rinvenibile solo in un'altra regola formalmente deliberata o, comunque sia, presupposta<sup>(92)</sup>.

Può pure sostenersi che, in ultima analisi, sovviene sempre la « regola » (sebbene formalmente non deliberata, né presupposta come

(90) Cfr., per tutti, A.G. CONTE, *Ordinamento giuridico*, in *Nss. D.I.*, XII, Torino, 1964, 49 ss. e F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico*, cit., 691 ss. Di « indeterminazione » preferiscono invece continuare a parlare, con maggiore fedeltà alle ascendenze kelseniane, N. BOBBIO, *Norma*, cit., 903 s. e G. TARELLO, *La nozione*, cit., 356.

(91) Questa circostanza viene rilevata, fra gli altri, da F. CORDERO, *Diritto*, in *Enc. Einaudi*, IV, Torino, 1978, 900 s. Sul punto v. ora anche R. POHLMANN, *Zurechnung*, cit., 91 ss., 110 ss. e H.J. VAN EIKEMA HOMMES, *The Development*, cit., 170 s. e 174 ss.

(92) Cfr., per tutti, A.G. CONTE, *Ordinamento giuridico*, cit., 51 s. e F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico*, cit., 701 ss.

concreta determinazione normativa) secondo cui la prassi asseveratrice o le consuetudini confermatrice delle norme fondamentali (o norme sulla produzione del diritto) necessitano di una ripetuta e generale applicazione (e di una non generale e non ripetuta disapplicazione) per essere assunte come tali, cioè come indici della effettiva « vigenza » di un ordinamento. Si tratterebbe, però, di una « regola » sempre immanente a questi « fatti normativi » o « fonti », per definizione, *extra ordinem*: a conferma della tesi che « la normatività non è (solo) conseguenza di attribuzione o di “riconoscimento” da parte di “altra” norma presupposta, ma è qualità intrinseca alla fattispecie »<sup>(93)</sup>.

Risulta quindi ribadito che la « normatività » o « positività » integrali di un ordinamento non risultano « spiegate » nella o dalla sola logica « interna » dello stesso ordinamento, ove questo si assuma come sistema chiuso di norme aprioristicamente configurate.

La teoria dell'ordinamento conviene dunque sulla opportunità di rinunciare alla pretesa normativistica e positivisticistica di confinare tutto il diritto negli ordinamenti *dati*, ed apre alla tesi — cui si è fatto prima riferimento — secondo la quale essi nient'altro sono se non modi o processi di sviluppo, nello spazio e nel tempo, di un originario « senso » del diritto o del « reale normativo », che non si esaurisce né in ciascuna, né in tutte insieme le esperienze conosciute, ma in ognuna d'esse s'esprime « tipicamente », ispirando in modo immediato e diretto le « regole ultime » della loro esistenza<sup>(94)</sup>.

#### 19. *Le peculiarità dinamiche dell'ordinamento canonico.*

Quanto poi all'inserimento dei sistemi normativi etico-confessionali fra quelli di tipo « statico », tale qualifica non è affatto applicabile all'ordinamento canonico, quali che siano le varianti apportate dalle più recenti versioni del normativismo alla originaria classificazione kelseniana. La qualifica di « staticità » può ancora attagliarsi all'ordinamento del Decalogo, in cui, com'è stato sostenuto, il primo

<sup>(93)</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico*, cit., 701.

<sup>(94)</sup> V. *supra* le referenze offerte nelle note 55 e 58-60. A. CARRINO, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Napoli, 1987, 135, ha di recente ripreso un'osservazione di Marcic secondo cui lo stesso « nesso di condizionalità », tipico delle teorie normativiste, « riporta dal prius logico all'apriori ontologico... dalla norma ideale — pre-supposta — alla realtà pre-positiva come non misurata misura di ogni misura ».

comandamento è scindibile in due norme: « Io Sono il Signore Dio tuo » (norma di competenza o sulla normazione: solo chi è Signore può porre norme nell'ordinamento) e « Non avrai altro Dio fuori che me » (norma di comportamento); ad un sistema, cioè, in cui, nella seconda norma, sarebbero ricapitolati tutti gli altri precetti senza, per altro, che la medesima sia intrinsecamente collegata alla prima, su di uno stesso piano di « fundamentalità » <sup>(95)</sup>.

Identico discorso non può farsi, invece, per l'istanza normativa originaria dell'ordinamento canonico, che si articola pure in un doppio « precetto », le cui due parti, tuttavia, sono legate fra loro da un nesso di *somiglianza* così forte, da proiettare, per come si è già rilevato, il « precetto » della carità del prossimo sullo stesso piano di fundamentalità del « precetto » d'amore per Dio. Pertanto, anche il « precetto » di carità del prossimo, come pure si è detto, non si limita a comandare concreti contenuti di carità (e di giustizia) ma esige una carità « formale », vale a dire informatrice di tutti questi contenuti, e non mai riducibile ad essi o ad una serie predeterminata degli stessi.

Il Dio cristiano che pone la similitudine tra il comando dell'amore per Sé e dell'amore per l'uomo, non accentra in Sé, come nell'ordinamento del Decalogo, il monopolio normativo, ma chiama l'uomo a partecipare alla produzione delle norme che lo riguardano, invitandolo dunque a rifondare e riformulare continuamente insieme ed *ex novo* i contenuti normativi del « fondamentale precetto di carità ».

La riconduzione che la Rivelazione cristiana opera del rapporto con l'« *Alto* » e del rapporto con l'« *Altro* » all'unica ed originaria dinamica delle relazioni trinitarie (« Oeconomia-Dispensatio ») è occasione offerta all'uomo di riscoprire in sé quell'*immagine* di Dio che, in qualche modo, lo rende partecipe alla vita di Lui e quindi anche alla Sua primigenia attività normatrice. Per questo, sempre secondo la dottrina cristiana, è reso possibile a tutti coloro i quali si aprono alla grazia di Dio e, in questo senso, con essa collaborano, scoprire in se stessi la « legge », la traccia del primo « legislatore » (« ipsi sibi sunt lex »: *Rm* 2, 15), dandole, di volta in volta, un concreto e (più o meno) adeguato svolgimento (*chairós*).

Nell'ordinamento canonico che, per definizione, accoglie coloro i quali offrono la loro disponibilità a questa « iniziativa » di Dio, si verifica, dunque, una *tendenziale* convergenza del piano di chi pone le

<sup>(95)</sup> Cfr. A.G. CONTE, *Ordinamento giuridico*, cit., 52; F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico*, cit., 688-692.

norme con il piano di chi ne è destinatario. Se la principale « norma di competenza » è l'amore di Dio — di un Dio, per altro, che ha amato a tal punto l'uomo da farsi uomo Egli stesso — nell'ordinamento che si fonda sull'esistenza e sulla rivelazione di questo Dio, l'uomo non può non essere *in qualche modo* chiamato a partecipare a tale fondante e originaria (quindi *per lui* sempre nuova) « competenza ».

In questo senso l'ordinamento canonico — innovando rispetto al « vecchio Israele », il quale « ricercava una legge che gli desse la giustizia e non è mai giunto alla *pratica* della legge » (*Rm* 9, 31) — si mostra come quell'ordinamento capace di invertere al massimo il principio secondo cui, chi è « regolato e misurato » *in qualche modo* partecipa della « regola e della misura »<sup>(96)</sup>; sicché coloro i quali dovrebbero essere giudicati in base alle norme, quanto più si lasciano guidare dallo Spirito che opera in loro e nella Chiesa, tanto più risultano legittimati ad essere norma a se stessi, e dunque a fare (*tendenzialmente* ma *significativamente*) convergere l'essere con il *dover essere*, l'efficacia con la validità, il fatto di normazione con la fonte sulla normazione, la sostanza assiologica con la forma precettiva, l'equità con la certezza, l'effettività con la legalità e così via.

L'ordinamento canonico, dunque, lungi dal presentarsi come « statico », si propone come l'esperienza che offre le condizioni più propizie per il superamento di quelle aporie e di quelle contraddizioni del fenomeno giuridico, recentemente messe in luce non solo dai filosofi o dagli storici del diritto, ma anche dalla teoria degli ordinamenti e dei « sistemi », nonché dalla comparazione fra essi<sup>(97)</sup>.

<sup>(96)</sup> Cfr. *I<sup>a</sup> I<sup>ae</sup>*, q. 91, a. 2.

<sup>(97)</sup> È sufficiente fare rinvio, in questa sede, ad alcuni spunti di M. CORSALE, *Introduzione* alla seconda edizione di *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979, in specie XXI ss.; di G. GORLA, Tre colonne su « *Ordinamenti giuridici aperti e diritto comune nei nostri tempi* », in *Foro it.*, 1983, V, 111 ss.; di R. ORESTANO, *Del « post-moderno », della « scientia iuris » e di altro*, *ivi*, 1982, V, 104 ss. e *Progetto di una introduzione allo studio della « scientia iuris »*, *ivi*, 1983, 8 ss.; nonché di U. SCARPELLI, (*Ordinamento giuridico e sistema giuridico*), di N. LIPARI (*Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo*), di J. GAUDEMET (*Essais de systématisation en droit canonique*), di L.M. FRIEDMAN (« *Sistematization* » in the *Common Law and legal systematics today*), di E. PATTARO (*La funzione dei principi del diritto in alcuni modelli di sistematica giuridica. Cenni storici e profili teorici*), di N. IRTI (*Metodo sistematico e leggi speciali*) negli *Atti del Convegno di Roma 1-5 aprile 1986*, su *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*. È utile, poi, il richiamo ai saggi di A. FEBBRAJO - N. LUHMANN - J. HABERMAS - G. TEUBNER - G. REBUFFA - M. TARUFFO e G. VARDA-

20. *La « elasticità » dell'ordinamento canonico: fenomenologia e fondamento.*

Il fine proprio della Chiesa, o, se si vuole, la *ratio sacramenti* — vale a dire la necessità ad essa intrinseca di essere « sacramento universale di salvezza »<sup>(98)</sup>, anche attraverso la concretizzazione di un ordine di giustizia ostensivo del precetto fondamentale della carità evangelica — non incide quindi sulla « tipicità » dell'ordinamento così da consentirne una classificazione fra quelli « statici ». Quanto si è premesso, viceversa, milita per un'accentuata « dinamicità » ed « inesauribilità » dell'ordinamento canonico, per una marcata « provvisorietà » della sua « definitività » o « completezza »<sup>(99)</sup>.

Se l'oggetto di un ordinamento, e quindi anche dell'ordinamento canonico, non può non essere « l'instaurazione consapevole e ordinata della società *nelle condizioni che solo sono sue* », queste condizioni, per la Chiesa, non potranno non concentrarsi nella « partecipazione del soggetto e (nel)la formazione della società attraverso questa partecipazione »<sup>(100)</sup>.

Il tendenziale prevalere, del resto, nella dinamica societaria della Chiesa degli interessi alla « partecipazione » anziché degli interessi alla « prevenzione », non è frutto di un emergere nell'ordinamento canonico di istanze puramente giusnaturalistiche o antropocentriche, ma conseguenza ineluttabile del nucleo indefettibile di « diritto divino rivelato » posto a base dell'ordinamento. È tale « regola » suprema ad esigere che le relazioni costitutive dell'ordinamento canonico si organizzino, il più possibile, ad immagine della dinamica trinita-

---

RO, apparsi sui nn. 1 e 4 di *Politica del diritto* del 1987 (25 ss., 571 ss.) nell'ambito del dibattito sulla « giuridificazione », ed agli apporti di vari Autori nel volume di *Archives de Philosophie du Droit*, 1986, dedicato a *Le système juridique*. Infine si possono ricordare le considerazioni sintetiche ma penetranti di V. FERRARI, *Privato e pubblico*, cit., 701 ss.

<sup>(98)</sup> Cfr. SC, 5; LG, 1, 8 ss., 39 ss., 48.

<sup>(99)</sup> Di recente, auspicando un'apertura dell'ordinamento canonico al dialogo con gli altri ordinamenti confessionali cristiani, C. DUQUOC ha provocatoriamente intitolato una sua opera *Chiese provvisorie. Saggio di ecclesiologia ecumenica* (trad. it.: Brescia, 1985). Alla categoria della « provvisorietà » fa ricorso E. CORECCO, *Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, in *I diritti fondamentali*, cit., 1233, per connotare i tratti propri dei diritti dei fedeli, ma secondo un'accezione che non coincide con quella adottata nel testo.

<sup>(100)</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, 267 e 273, cit., anche da E. GRAZIANI, *Persona*, cit., 529.

ria (« oeconomia-dispensatio »), consentendo ad ogni soggetto umano uno spazio d'iniziativa garantito dal rispetto di tutti i più elementari ed essenziali doveri di giustizia; improntando, quindi, la normativa canonica al principio della libertà di partecipazione di tutti i soggetti (il che ha indotto ad interpretare, sia il vecchio, sia il nuovo codice di diritto canonico come « legislatio libertatis ») <sup>(101)</sup>.

In questo senso l'ordinamento canonico si presenta in forma di « processo » che non intende (né può) mai « fissare » o irrigidire in schemi che cristallizzino o formalizzino in modo inadeguato, rispetto all'evolvere della storia della salvezza, le posizioni dei soggetti: si pensi alla nota sottrazione delle cause sugli *status* soggettivi al passaggio in giudicato della sentenza o a qualsiasi soluzione transattiva e compromissoria (can. 1643 e can. 1715, § 1) <sup>(102)</sup>.

Sempre per gli stessi motivi l'ordinamento giuridico canonico si mostra refrattario ad essere irrigidito in un assetto statico e definitivo, sia pure attraverso un atto della suprema autorità ecclesiastica: anche i provvedimenti emanati da quest'ultima non possono infatti creare certezze giuridiche assolute, in quanto possono essere disapplicati, sospesi, derogati, modificati, annullati, con il ricorso ad una serie di istituti come la « dispensa » (can. 85-93), la « dissimulazione », la « tolleranza », la « grazia », il « privilegio » (can. 76-84), l'« indulgenza » (can. 992 ss.), la « legge particolare » (can. 8, 52), la « consuetudine » contraria alla legge (universale o particolare) (can. 26), la « proroga di competenza » (can. 144), la « sanatoria » (can. 1161-

<sup>(101)</sup> Per il vecchio Codice cfr., ad esempio, N. HILLING, *Der Codex Iuris canonici als « legislatio libertatis »*, in *Arch. kath. Kirch.*, 1944-1948, 261-267, cit., da L. DE LUCA, *I diritti fondamentali dell'uomo nell'ordinamento canonico*, in *Acta Congressus Internationalis Iuris Canonici*, Romae, 1953, 90. Per il nuovo Codice, si vedano, fra gli altri, R. PUZA, *Katholisches Kirchenrecht*, cit., 63 (nella prospettiva di una funzione « diaconale » del diritto canonico) ed E.M. MAIER, *Kirchenrecht als christliche Freiheitsordnung*, in *Öst. Arch. für Kirch.*, 1985, 282 ss.: gli ultimi due Autori non adoperano tuttavia, espressamente, la locuzione richiamata nel testo. Più in generale, ma con indirizzi che sostanzialmente convergono con quelli appena richiamati, cfr. pure A. BONI, *Costituzionalità divina*, cit., 17 ss., 37 ss., 86 ss.; P.A. BONNET, « Continuità » e « discontinuità » nel diritto ecclesiale e nell'esperienza giuridica totale dell'uomo, in *Scritti per Fedele*, I, Perugia, 1984, 41 ss.; E. CORECCO, *Theological Justifications of the Codification of the Latin Canon Law*, in *Le nouveau Code de droit canonique*, I, Ottawa, 1986, 84 ss.; G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Milano, 1985, 173 ss.; P. LOMBARDÍA, *Técnica jurídica nel nuevo Código*, in *Temas fundamentales en el nuevo Código*, Salamanca, 1984, 160 ss.

<sup>(102)</sup> Sul tema cfr. la voce *Giudicato (Diritto canonico)*, in corso di pubblicazione presso l'*Enciclopedia giuridica*, edita dall'Istituto dell'Enciclopedia Italiana.

1165), la « ricezione » o il « dissenso » (can. 41), la caratteristica rilevanza offerta alla « ignoranza » o all'« errore di diritto » (can. 15, come regola generale; can. 1099 e can. 1323, n. 2, come esempi di regole particolari), ecc. <sup>(103)</sup>. Tali istituti — che, nel loro insieme, rappresentano un concentrato di antiformalismo difficilmente riscontrabile in altre esperienze e, da queste, difficilmente tollerabile senza guasti profondi per la loro stabilità e durata — costituiscono *da sempre* patrimonio insopprimibile dell'ordinamento canonico e configurano espressioni « tipiche » della sua « dinamicità », « elasticità », « flessibilità », o come altro la si voglia denominare: una caratteristica, ad ogni modo, che si è rivelata determinante nell'assicurare, attraverso una spiccata « conformità innovatrice », la peculiare continuità riscontrabile nel plurisecolare decorso della vicenda giuridica della Chiesa e, nello stesso tempo, la sua rilevante intersecabilità e interagibilità con sempre nuove espressioni ed esperienze del « reale normativo ».

<sup>(103)</sup> Per quel che concerne gli atti o comportamenti *contra legem* nel diritto canonico, e la problematica della *remonstratio* o della *receptio* cfr., fra i più recenti, G. ALBERIGO, *Elezione, Consenso, Ricezione nell'esperienza cristiana*, in *Concilium*, 1972/8, 17 ss.; R. BERTOLINO, « *Sensus fidei* » et *coutume* dans le droit de l'Eglise, in *Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie*, 1986, 227-243; Id., *La libertad de conciencia: el hombre ante los ordenamientos estatales y confesionales*, in *An. Der. Ecl. Est.*, 1987, 53 ss.; Y. CONGAR, *Le « reception » comme réalité ecclésiologique*, in *Rev. Sc. phil. théol.*, 1972, 369-403; E. CORECCO, *Valore dell'atto « contra legem »*, in *La norma*, cit., 839 ss.; G. DENZLER, *Autorità ed accoglienza delle deliberazioni conciliari nella cristianità*, in *Concilium*, 1983/7, 27 ss.; H. DOMBOIS, *Das Recht*, cit., I, 825-836; J.A. FERNÁNDEZ ARRUTY, *La costumbre en la nueva Codificación*, in *Le nouveau Code*, cit., 159 ss.; P. HUIZING e K. WALF, nell'editoriale del fascicolo n. 8 del 1982 di *Concilium*; H. HEIMERL e H. PREE, *Kirchenrecht*, cit., 49 ss.; I.C. IBÁN, *Notas acerca de la costumbre en el derecho canónico*, in *Dir eccl.*, 1986, I, 272 ss.; Id., *Reflesiones en torno al « ius singulare »*, in *Dimensiones Jurídicas del Factor Religioso (Estudios Alarcón)*, Murcia, 1987, 239 ss.; E. LABANDEIRA, *La « remonstratio » y la aplicación de las leyes universales en la Iglesia particular*, in *Ius can.*, 1984, 711 ss.; P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi*, in *Il nuovo Codice di diritto Canonico (Aspetti fondamentali della codificazione postconciliare)*, a cura di S. FERRARI, Bologna, 1983, 69-101; H. MÜLLER, *Rezeption und Konsens in der Kirche. Eine Anfrage an die Kanonistik*, in *Öst. Arch. f. Kirch.*, 1976 (27), 3 ss.; R. POTZ, *Die Geltung*, cit., 173 ss., 239 ss., 241 ss.; Id., *Concetto*, cit., 44 ss.; J. NEUMANN, *Grundriss*, cit., 87 ss., 109 ss.; R. PUZA, *Katholisches Kirchenrecht*, cit., 10 s., 16 s., 65 ss.; K. WALF, *Kirchenrecht*, cit., 24 ss.; F. WOLFINGER, *Concilio ecumenico e ricezione delle sue decisioni*, in *Concilium*, 1983/7, 131 ss.; F. ZANCHINI, *Principio gerarchico e principio popolare nell'ordinamento della Chiesa*, in *Dir. eccl.*, 1985, I, 353 ss.

Si spiega, altresì, nel medesimo contesto, perché qualsiasi determinazione di diritto umano che si riveli, nella sua concreta applicazione (quindi anche *a posteriori*, dopo la sua emanazione formalmente legittima), irrispettosa delle esigenze più autentiche di partecipazione effettiva del soggetto alla vita dell'ordinamento, non debba più considerarsi nell'ordinamento canonico *secundum tenorem rationis*, conforme cioè alla sua « ragione » o « giustificazione » profonda. Pertanto, nel diritto della Chiesa, anche questa *sopravvenuta* « irragionevolezza » obbliga il giudice e qualsiasi altro operatore giuridico a fare scattare gli strumenti propri del « *diritto suppletorio* » (can. 19, C.i.c., cit.), che vanno dall'analogia, alle opinioni dottrinali generalmente condivise, alla prassi comunitaria; adottando a criterio di « discernimento » quell'*equità canonica*, che ha rappresentato da sempre una costante nell'esperienza ecclesiastica, e che si identifica con il « fondo » di giustizia materiale posto a base dell'ordinamento <sup>(104)</sup>.

Anzi, per il diritto canonico, l'uomo, recuperato dal modello di Cristo e dall'assistenza dello Spirito alla originaria dimensione di *immagine* di Dio, vale ad imprimere alla realtà giuridica un'ancora più accentuata dinamica. Egli, per come si è accennato, attraverso l'azione dello Spirito che opera in lui, *tende* a divenire regola e misura di ogni norma ecclesiastica che lo riguarda, in quanto partecipa in qualche modo (*per imaginem*) della « *lex aeterna* », regola e misura di ogni diritto; l'*epikeia*, il deliberato singolo atto contro la *legge*, — ma dal *diritto* canonico comunemente ammesso — è applicazione emblematica e radicale del sempre identico principio: la sottoposizione di ogni specie di legge, di autorità, di certezza giuridica positiva, alla « forma » che fonda la certezza più assoluta e che, nell'ordinamento della Chiesa, *tende* a coincidere con la « materia » o « sostanza » ultima, vale a dire, il « precetto » della carità evangelica, il rispetto per l'« umanità » di ogni persona <sup>(105)</sup>.

---

<sup>(104)</sup> Sul « diritto suppletorio » e l'interpretazione equitativa cfr. G. FELICIANI, *L'analogia nell'ordinamento canonico*, Milano, 1968; P. LOMBARDA, *Lezioni*, cit., 213; H. HEIMERL e H. PREE, *Kirchenrecht*, cit., 45 ss.; T. MAURO, *Le fonti del diritto canonico dalla promulgazione del « Codex » fino al Concilio Vaticano II*, in *La norma*, cit., 573 ss.; J. NEUMANN, *Grundriss*, cit., 111 ss.; L. ORSY, *The Interpretation*, cit., 58 s.; R. PUZA, *Katholisches Kirchenrecht*, cit., 69 s.; K. WALF, *Einführung in das neue katholische Kirchenrecht*, Zürich - Einsiedeln - Köln, 1984, 54 ss.

<sup>(105)</sup> In argomento, fra i più recenti, G. VIRT, *Epikie-verantwortlicher Umgang mit Normen (Eine historisch-systematische Untersuchung)*, Mainz, 1983 e, da ultimo, R. PUZA, *Katholisches Kirchenrecht*, cit., 66 ss., con altre referenze.

21. *La « provvisoria definitività » dell'ordinamento canonico.*

Per altro, una volta respinta la tesi che il diritto divino possa, per un verso, concepirsi come ordinamento giuridico sovordinato a quello canonico, ovvero la tesi che, per contro, possa identificarsi ed esaurirsi in (pre-)determinate formulazioni o deliberazioni normative, la peculiare dinamicità dell'esperienza giuridica canonica finisce col rifrangersi anche sulla sua pretesa « completezza » o « definitività ».

Già la caduta di una nozione statica della positività giuridica e di una visione di quest'ultima come mero insieme di norme pre-determinate, insinua dubbi legittimi sulla tesi della « completezza » di qualsiasi ordinamento, non solo dal punto di vista di una (teorica) illimitata competenza dello stesso, ma anche dal punto di vista della sua integrità (assenza di lacune), vale a dire della possibilità di ricavarne, da un assetto storicamente già *dato*, una regola per qualsiasi nuovo caso da normare <sup>(106)</sup>.

In particolare, si era pensato ad un più intenso ed accentuato grado di « completezza » proprio dell'ordinamento canonico, in ragione dell'incidenza su di esso del « diritto divino »; era stata, infatti, dedotta dall'accezione di quest'ultimo come ordinamento necessariamente in sé concluso, « definitivo », la possibilità di obiettivamente subentrare negli interstizi della normativa umano-ecclesiastica da esso derivata, per colmarne ogni lacuna <sup>(107)</sup>.

È stato, invece, chiarito: *a*) che la vigenza e l'operatività del « diritto divino » risultano innestate nella dinamica dell'unico ordinamento canonico; *b*) che l'istanza normativa primigenia della Chiesa, pur essendo stata sintetizzata nella formula di un « precetto » fondamentale onnicomprensivo, esige per tutte le sue possibili esplicazioni e attuazioni un processo di sviluppo indefinito. Per tanto, l'ordinamento che in questo « processo » si svolge e si risolve non potrà mai considerarsi completo (nel senso di « completato » o « compiuto ») in nessuna delle sue realizzazioni staticamente considerate, perché qualsiasi sua « determinazione » o « concretizzazio-

<sup>(106)</sup> Per la discussione della problematica relativa a questo punto cfr., per tutti, N. BOBBIO, *Norma*, cit., 902 ss.; E. BULYGIK e C.E. ALCHOURRÓN, *Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti normativi*, in *Logica deontica e semantica*, a cura di G. DI BERNARDO, Bologna, 1977, 291-306; L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso*, cit., 31 ss.

<sup>(107)</sup> Cfr. P. BELLINI, *Osservazioni*, cit., 132 ss., 215 ss., 227 ss.

ne » non potrà mai accampare la pretesa di avere in sé esaurita la pienezza della *vis* normativa, da cui pure ha (avuto) origine.

Non si vuole, con ciò, trascurare la circostanza che l'ordinamento canonico, nel provvedere ai casi specifici della vita dei fedeli, dovrà pur sempre trovare per ognuna di queste fattispecie una norma (quand'anche previamente non « formulata », come avviene nelle ipotesi di integrazione attraverso il diritto suppletorio, prima richiamato); né si trascura che tale norma dovrà in qualche modo « partecipare », in quel momento storico, del carattere di « definitività » (o certezza) proprio di ogni norma giuridica.

Questa « definitività » è però precaria, « provvisoria », legata alle esigenze di quel determinato momento, e non può trasferirsi alla dimensione complessiva del « processo » in cui si situa, vale a dire all'ordinamento nel suo insieme. In altre parole: al pari di ogni ordinamento giuridico, anche quello canonico risulta pur sempre idoneo a colmare in qualche modo le « lacune », imputabili, come bene si è precisato, piuttosto alla normativa che all'ordinamento <sup>(108)</sup>. Tuttavia, questa considerazione dell'ordinamento, fissato in una serie di « istantanee » delle sue fasi storiche determinate, non può eclissare la visione globale dello stesso, che deve necessariamente cogliersi nella sua fondamentale e « tipica » dinamicità.

In questa ultima prospettiva, l'ordinamento canonico, più ancora di qualsiasi altro, non può mai risultare completo o in sé concluso a motivo della sua accentuata elasticità. Di esso può anche dirsi che le varie « concretizzazioni » storiche, in sé definite o « concluse » se staticamente considerate, non possono mai ritenersi « compiute » nel loro rapporto col fluire dinamico, solo tendenzialmente completabile, dell'intero processo in cui lo stesso ordinamento si svolge <sup>(109)</sup>.

## 22. *L'« economia-dispensa » come espressione della tipicità dell'ordinamento canonico.*

La « tipicità » dell'ordinamento canonico, i cui tratti essenziali si è cercato di cogliere e delineare, ha trovato forse la sua più piena e

---

<sup>(108)</sup> V., in ispecie, P. BELLINI, *Osservazioni*, cit., 155 s.; A. RAVÀ, *Il problema delle lacune nell'ordinamento canonico*, Milano, 1954, 27 e 39; J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *La plenitud del Derecho Canónico*, Pamplona, 1965.

<sup>(109)</sup> A livello di teoria generale dell'ordinamento v., sul punto, F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico*, cit., 725.

comprensiva espressione storica nella prassi dell'« economia-dispensa », riflesso di quella più ampia « ministerialità-economia », che offre la cornice e l'intelaiatura per tutta la vita della comunità cristiana, non solo nelle sue dimensioni di stretta giustizia, ma anche in quelle più propriamente liturgico-sacramentali <sup>(110)</sup>.

Sin dai tempi delle origini, come risulta dalle lettere di Paolo e dagli Atti degli Apostoli, nonché dalle riflessioni dei Padri più antichi, l'« economia » della Chiesa viene concepita secondo la chiave « dialogica » offerta dalla rivelazione sui misteri della Trinità e dell'Incarnazione: Dio amministra (*oiconoméi*) l'insieme dei secoli, modellando il suo disegno salvifico, e quindi anche l'ordinamento che in quel disegno opera, come strumento al servizio (*ministerium-diaconia*) del fine di salvezza, nel rispetto delle esigenze e delle caratteristiche proprie della condizione storica dell'uomo e della sua natura.

Nella Chiesa primitiva sono proprio i fedeli, cui viene largito il dono della grazia, ad essere considerati « economi » o « dispensatori » della stessa e, per tanto, partecipi del destino di Cristo, di cui divengono « consorti », in funzione principalmente non di sé ma del prossimo (*oiconomia eis sunáschesin*: economia in vista di una comune, generale fruizione) (1 Cor 9, 22; 10, 24 e 33; 12, 7; 15, 28; 2 Cor 5, 17-21; Ef 3, 6; 4, 16; Fil 2, 10; 1 Pt 4, 10). In questo senso tutti i credenti — non soltanto i sacri Pastori, che sono considerati, per altro, gli « economi » per eccellenza — partecipano dell'« economia della salvezza » e quindi, « secundum propriam cuiusque condicionem », della « vicaría Christi » (can. 208) <sup>(111)</sup>. Seguendo l'ispirazione di alcuni testi particolarmente valorizzati ai nostri giorni dal Concilio Vaticano II, spesso l'idea di « economia » venne utilizzata sin dalle origini come modulo di collegamento tra il « mistero » divino ed il « ministero », inteso quale dimensione propria di tutta la Chiesa, nel rispetto del modello offerto dal Fondatore, che si umiliò fino a rendersi servo (« *minister* », da

<sup>(110)</sup> Cfr., fra gli altri, R. BERTOLINO, *La libertad*, cit., 60; A. CELEGHIN, « *Sacra potestas* »: *quaestio postconciliaris*, in *Periodica*, 1985, 220 ss.; H. POTMEYER, *La Chiesa come mistero e come istituzione*, in *Concilium*, 1986/6, 139 ss.; R. PUZA, *Katholisches Kirchenrecht*, cit., 64 ss.

<sup>(111)</sup> P. LOMBARDÍA, *Lezioni*, cit., 136, ha colto con mirabile lucidità e penetrazione questo motivo di fondo della ricerca da me svolta su *La causa pastorale della dispensa*, cit.

« *minus* ») in tutto a tutti (« *omnium novissimus, omnium minister* »: *Mc* 9, 35) <sup>(112)</sup>.

Le manifestazioni di « economia », inoltre, non sono limitate ai primi secoli di vita della Chiesa, ma rappresentano una costante nella storia dell'ordinamento canonico. Esse non sono proprie solo della tradizione canonica orientale: studi recenti hanno potuto dimostrare che sono ravvisabili anche nell'esperienza giuridica della Chiesa latina, attraverso la prassi della dispensa. Se a quest'ultima, infatti, non si attribuisce *solo* il significato di un'attività posta in essere dalla potestà esecutiva della Chiesa, ma *altresì* quello di continuo processo rigenerante il tessuto legale dell'ordinamento, di prassi attuativa del principio della necessaria e continua « *reformatio* » o « *purificatio Ecclesiae* », la « *dispensatio* » latina può certamente essere accostata all'accezione di « economia » della tradizione canonico-orientale <sup>(113)</sup>.

In questo senso, e con tali precisazioni, l'« economia/dispensa » può essere considerata la traccia peculiare e fondamentale impressa nell'esperienza giuridica della Chiesa, lungo tutto l'arco di sviluppo dell'ordinamento, dalla « *lex caritatis* ».

### 23. *I tratti caratteristici e dialogici dell'« economia » canonica.*

È infatti l'intima partecipazione di tutti i fedeli al mistero pasquale, realizzata attraverso l'« economia-dispensa » dell'ordinamento ecclesiastico, a giustificare e spiegare i tratti peculiari e differenziali di questo organismo, la sua struttura elastica e flessibile quanto nessun'altra.

---

<sup>(112)</sup> Per i testi del Concilio Vaticano II che contengono ulteriori referenze scritturistiche cfr. LG 12 e AA 3. Per un esame dei dati della tradizione patristica e liturgico-sacramentale sui nessi fra *mysterium-ministerium-oeconomia*, cfr. per tutti, di recente, E. LODI, in « *Mysterion* », cit., 227 s., 252 s., 263 s., 272 s. (anche in nota). Sul concetto di « ministerialità » ecclesiale, cfr. S. NEUHAUS, *Fraternitas Christocratica. Conamen iuridico-theologicum de visione seu Ecclesiae imagine in Erik Wolf*, in *Periodica*, 1985, 63 ss.

<sup>(113)</sup> È la tesi del mio studio su *La causa pastorale della dispensa*, cit. In argomento cfr., del resto, fra i più aggiornati, i contributi di P. RODOPOULOS, P. L'HUILLIER, B. ARCHONDIS, R. POPTODOROV, C. LEFEBVRE e I. ZUZEK sul fascicolo VI di *Kanon*, 1983, 15-83; C. YANNARAS, *La libertà dell'ethos. Alle radici della crisi morale in occidente*, trad. it., Bologna, 1984, 184-201; Y. CONGAR, *Diversità e comunione*, trad. it., Assisi, 1983, 78-99, con ulteriori indicazioni.

Si deve proprio alla misteriosa (ma non arbitraria o irragionevole) cointeressenza del fedele all'universale progetto salvifico, se nell'ordinamento canonico si verifica quella prevalenza, per così dire, tematica, cui si è già accennato, dell'interesse alla partecipazione rispetto all'interesse alla prevenzione, che rappresentano (con queste o altre denominazioni) i due poli dialettici di ogni dinamica giuridica <sup>(114)</sup>. Sicché, mentre negli ordinamenti diversi dal canonico, l'atto in deroga (« contra legem »), che non voglia assumere esso stesso astratti caratteri normativi, deve essere consentito e regolato da un'antecedente previsione, ciò non è necessario nel diritto della Chiesa, dove tutte le norme — tranne quelle che partecipano dell'immutabilità del « diritto divino », nei limiti in cui si è prima intesa questa « immutabilità » — sono sottoposte di per sé, senza bisogno di previsioni espresse, all'incidenza dell'« economia/dispensa » nelle sue varie forme di esplicazione <sup>(115)</sup>.

Nessun ordinamento giunge ad una così radicale messa in discussione delle proprie disposizioni normative per il rispetto delle esigenze di ciascuno dei suoi membri. In questo senso la comunità cristiana ed il suo ordinamento si presentano come irriducibilmente « alternativi » rispetto ad ogni altro tipo di convivenza giuridicamente organizzata <sup>(116)</sup>. Un « uso » quanto si voglia (pur esso) « alternativo » del diritto, diversamente fondato, non sembra poter condurre ai medesimi risultati. Vi sono, è vero, esperienze come quelle del « socialismo reale » o delle società in fase di « transizione » che presentano principi ispiratori e direttivi — concernenti, in modo particolare, il coinvolgimento dei cittadini in diffuse pratiche sociali iniziatiche e formative — volti a stimolare e sostenere la massima partecipazione dei soggetti, in modo analogo a quanto può verificarsi nell'ordinamento canonico <sup>(117)</sup>. C'è però da osservare che il solidarismo meramente umano, anche nelle sue forme più impegnate, finisce, alla lunga, col creare puramente e semplicemente

---

<sup>(114)</sup> Per più articolate proposizioni su questo assunto rinvio a S. BERLINGÒ, *Il potere autorizzativo e il diritto ecclesiastico*, Milano, 1974, 103 ss., 141 ss.

<sup>(115)</sup> Cfr., in argomento, la voce *Dispensa (dir. can.)*, in corso di pubblicazione presso *l'Enciclopedia giuridica* edita dall'Istituto dell'Enciclopedia Italiana.

<sup>(116)</sup> Sul modo d'intendere l'« alternatività » di cui al testo, cfr. G. LOHFINK, *Gesù come voleva la sua comunità? La chiesa quale dovrebbe essere*, trad. it., Milano, 1987, 166 ss.

<sup>(117)</sup> In argomento si rinvia alle avvertite e, ad un tempo, sorvegliate considerazioni di D. FARIAS, *Idealità*, cit., 131 ss., 302 ss.

« un *tutto* oggettivo, nel quale ognuno mette in gioco solo un proprio ruolo, una funzione, e non il proprio *io* »<sup>(118)</sup>; al contrario di quanto, secondo la visione di fede fatta propria della Chiesa, avviene nel suo ordinamento, in forza di un equilibrio difficilmente riproducibile tra il momento oggettivo e quello soggettivo, la realtà « esteriore » del *tutto* e quella « interiore » dell'*io*.

Per altro, anche la democrazia ed il federalismo che, secondo alcuni Autori, potrebbero rappresentare nel mondo contemporaneo le forme secolarizzate del « diritto naturale cristiano », si collocano, in realtà, su di un piano sostanzialmente distinto rispetto alla tradizione giuridica bimillenaria della Chiesa: questa ha sempre offerto privilegiata attenzione — nonostante rimarchevoli eclissi e rilevanti cadute di livello — agli aspetti « contenutistici » o « materiali » del diritto, mentre gli ordinamenti contemporanei — anche i più avanzati, ed in tale preciso senso la lezione di Kelsen mantiene tutta la sua emblematicità — continuano a dare (non possono non continuare a dare) marcata prevalenza agli aspetti « strutturali » e « formali » del « reale normativo »<sup>(119)</sup>.

Per converso, i tratti caratterizzanti dell'ordinamento canonico, che si esprimono attraverso la dimensione dell'« economia/dispenza », risultano ispirati ad una prospettiva peculiare, ma (tendenzialmente) non esclusivista o ripiegata su se stessa. Il principio intimamente « economico », cui si conforma l'esperienza giuridica della Chiesa, è quello dell'« autonomia della progenitura »<sup>(120)</sup>, in considerazione del fatto che il Dio cristiano tende a valorizzare il massimo della libertà e della partecipazione dell'uomo (sua progenie) nell'edificare la comunità ecclesiastica e nel realizzare il suo piano di salvezza. Una prospettiva del genere è, per sua natura, « dia-logica », idonea cioè ad andare *oltre* la propria *misura*, volta alla « convocazione » ed al servizio di *tutti* gli uomini; quindi atta, di per sé, ad agevolare l'« apertura » dell'ordinamento canonico, la sua pecu-

<sup>(118)</sup> Cfr. G. MADINIER, *Coscienza*, cit., 83.

<sup>(119)</sup> Sull'ultima notazione di cui al testo si veda, per tutti, C. SCHEFOLD, *Transformation*, cit., 374 s. Quanto alla tendenza volta ad assorbire la tradizione giusnaturalistica nelle forme attuali del transnazionalismo, cfr. I. TEBALDESCHI, *Soggetto di pensiero e soggetto di diritto (Saggio di filosofia della persona e della dimensione giuridica)*, Milano, 1986, 313 ss., 335 ss.

<sup>(120)</sup> Tale principio è richiamato da V. JANKÉLÉVITCH, *Trattato delle virtù*, trad. it., Milano, 1987, 106 s.

liare « giustizia »: intesa come « accoglienza », pur se « prudente » (« *charitas discreta* »), di *qualsiasi* soggetto e di *qualsiasi* diverso valore ordinamentale, anche solo umanamente fondato (« *nihil eorum rescindens, nec destruens, imo etiam servans ac sequens* ») <sup>(121)</sup>.

---

(121) Cfr. *De civitate Dei*, XIX, 17. Il richiamo alla « *charitas discreta* » è in B. FORTE, *Eucaristia e diaconia ecclesiale della carità*, in *La chiesa nel tempo*, 1988, 31. Per ulteriori sviluppi sulla posizione dei soggetti nell'ordinamento canonico e sui rapporti di quest'ultimo con altri ordinamenti, rinvio alla voce *Ordinamento canonico* in corso di pubblicazione presso l'*Enciclopedia giuridica* edita dall'Istituto dell'Enciclopedia Italiana. Per alcuni cenni sulle caratteristiche « dialogiche » dell'ordinamento canonico, cfr. H. PREE, *Die evolutive Interpretation*, cit., 248. Sui rapporti tra « dialogo » e « identità » del cristiano cfr., fra gli altri, D. LANFRANCONI, *Dialogo e identità nella missione della Chiesa*, in *Riv. cl. it.*, 1988, 167 ss.; N. LIPARI, *Il cristiano impegnato nella società. Riflessioni sulla sofferenza di un laico*, in *Laici nella chiesa per il mondo*, Padova, 1987, 36 ss., in specie 45 ss., per le considerazioni ivi svolte sul noto testo della Lettera a Diogneto.