

DOTTRINA

PEREGRINAZIONI INTORNO AL DIRITTO ECCLESIALE*

RINALDO BERTOLINO

PERCHÉ desiderare di definire “peregrinazioni” le riflessioni che intendo offrire sul diritto della Chiesa cattolica?

Perché volere qualificare “ecclesiale” questo diritto bimillenario, ormai conosciuto da secoli come canonico?

Proverò a rispondere a questi interrogativi, inoltrandomi nella illustrazione di alcuni istituti, di taluni momenti e peculiarità di questo diritto, che maggiormente mi hanno interessato nella attività di studio e di ricerca su di esso.

Intanto, pellegrino dovrebbe sentirsi ciascun uomo, che avverte sin dalla prima stagione della propria vita di essere dotato di un bastone insicuro e di una ben povera bisaccia rispetto al complesso e incerto cammino di una esistenza, che si affaccia subito come misteriosa.

Pellegrino, si sente poi particolarmente il fedele, l'uomo che creda: perché chiamato a una più ferma e più profonda consapevolezza della transitorietà della propria vita, dell'esperienza relativa e finita della storia dell'umanità, come di quella stessa della creazione; ad essere permanentemente aperto verso cieli e terre nuovi.

Pellegrino deve poi essere, sempre, il giurista; in particolare il canonista. Egli deve infatti vestire il saio umile di chi è chiamato a dare risposte – sovente incerte – alle urgenze difficili, talora insormontabili di un'umanità sempre in cammino; umile, perché consapevole della povertà della strumentazione giuridica di cui dispone rispetto all'alto ideale di giustizia, all'Assoluto di giustizia e di verità, cui deve invece tendere.

Umile, inoltre, se guardi alla parzialità dell'osservazione che gli è consentita: una parte limitata, solo quella rilevante e significativa giuridicamente, rispetto alla ampiezza della realtà sociale e alla totalità di quella storica che lo

* Testo della lezione tenuta il 7 marzo 2013 nella *Facultad de Derecho* dell'Università Complutense di Madrid, destinato anche alla pubblicazione negli Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre.

circondano: gli occhiali del giurista raramente consentono invero a visioni quadrangolari, a “zoomate” di profondità penetrante. Umile, ancora, nella consapevolezza ulteriore che al giurista è dato di esaminare prevalentemente il passato, di confrontarsi con il presente: di un diritto scritto, di una giurisprudenza precedente o, al più, in atto; ma che la sua interpretazione non riesce quasi mai a consentire alle forse radicali innovazioni, cui le accelerazioni dei tempi invece urgerebbero.

Umile e povero pellegrino – infine, ma principalmente –, perché lo scienziato del diritto non è mai messo in grado di rispondere compiutamente e definitivamente al quesito di cosa sia l’oggetto del suo studio e del suo ricercare: di cosa sia, in realtà, il diritto stesso.

Definire in modo decisivo cosa sia il diritto, il diritto canonico stesso, sembra infatti a me essere pretesa piuttosto intellettuale, teorica, starei per dire dogmatica; che non riesce – né mai può essere – pienamente soddisfatta. Non lo può essere dal punto di vista della più aggiornata scienza giuridica e della moderna teoria generale, che risolvono il diritto – tutto il diritto – nell’esperienza giuridica: un dato posto e un *feri* permanente, il diritto storico (quello normativo) e il diritto vivente; la norma e la sua interpretazione; la dottrina e la giurisprudenza; la prassi (né, certo, della sola Curia Romana – come invece pretenderebbe ancora il can. 19 del vigente Codice di diritto canonico) e la *communis constansque sententia* non dei soli dottori – come di nuovo esigerebbe lo stesso canone: se la norma canonica debba invece essere sempre espressione – come in seguito si vedrà – del *sensus fidei* di tutta la Chiesa.

Ancora – anticipando qui quanto proverò a meglio dimostrare nelle osservazioni seguenti –: come si può pretendere ad assolutezza di posizioni dottrinali, se per il giurista laico il diritto è un mistero; se, quando sia privato di questo mistero, il diritto si riduca a uno dei tanti linguaggi del mondo, a quello odioso del potere e della forza (G. Lo Castro)? Mistero, il diritto secolare risulta per la continua sua esigenza della ricerca di una verità indiscutibile, della giustizia certa; nella sua inadeguatezza dell’essere solo norma posta, legale, rispetto alla doverosa legittimità di tutta l’esperienza giuridica; nel permanente dovere di un *agire cum drectura*, che fa appunto tutto il diritto un *drectum agere*.

Ma ancor più mistero è il diritto della Chiesa, perché mistero è essa stessa, l’Istituzione, cui il canonista deve sempre guardare, secondo il prezioso insegnamento del decreto *Optatam totius* (nr. 16) del Concilio Vaticano II: «[...] nella esposizione del Diritto Canonico e nell’insegnamento della Storia ecclesiastica si tenga presente il Mistero della Chiesa, secondo la costituzione dogmatica “De Ecclesia” promulgata da questo Concilio».

Sembra così a me, dunque, che l’affrontare qualsiasi discorso intorno al diritto, al diritto canonico specialmente, a quello della Chiesa del presente e del non ancora; del già e dell’*eschaton* finale; della *communio ecclesiae et*

ecclesiarum, ma anche dei santi; dei salvati e dei peccatori, non possa riuscire altrimenti che una peregrinazione, faticata e incerta: non è, del resto, la Chiesa, pellegrina in questo mondo?

La dottrina canonistica classica – quella italiana stessa, dogmatica –, posteriore alla prima codificazione del 1917, aveva ben compreso le peculiari caratteristiche del diritto canonico e la sua indole particolare, questa e quelle riassumendo sotto l'espressione della sua *elasticità*, che avrebbe reso «spesso difficile la sua distribuzione in schemi istituzionali assoluti» (V. Del Giudice): avvertendo dunque – in modo molto autorevole e dottrinalmente probante – come occorra un *quid pluris*, di sapere giuridico e di sensibilità umana, per affrontare adeguatamente lo studio del diritto canonico: sino ad arrivare a postulare (ancora Del Giudice) l'esigenza di un costante *sentire* del canonista *cum Ecclesia*.

Da questa peculiare tipicità del diritto ecclesiale intendo muovere i primi passi della mia peregrinazione intorno ad esso, ammonendo sin da subito come occorra guardare sempre all'insieme dell'ordinamento giuridico della Chiesa, coglierne lo spirito nella sua interezza e profondità (P. Fedele), non solo in quella propria – e relativa – di singoli e specifici istituti. Come occorra, allora, guardare non alla sola autorità, ma alla posizione e al ruolo di tutti i *christifideles*, non a caso riqualificati dal Vaticano II (*LG*, nr. 30 ss.) nel loro ministero sacerdotale comune; non all'istituzione soltanto, dunque, ma anche al carisma che sempre la muove.

Avvertendo inoltre che un ordinamento fideistico, che postula di conoscere e praticare la Giustizia di Dio, deve avere la permanente consapevolezza che essa, dovendo realizzarsi nella realtà e nelle contingenze del diritto storico, di un ordinamento positivo, di un diritto umano, si farà sempre e soltanto giustizia: con la “g” minuscola, quella relativa, perché raggiungibile unicamente tramite uno strumentario tecnico e perché percettibile soltanto dalla certezza umana del giudice, sia pure quella morale (can. 1608).

La verità è che l'ordinamento ecclesiale e il suo diritto sono racchiusi tra due poli, di difficile rappresentazione concettuale e di ancor più problematica delimitazione concreta (G. Le Bras): la grandezza assoluta di Dio, che si è però fatto uomo nell'Incarnazione; la piccolezza estrema dell'uomo, di ciascun uomo, che si fa invece grande nel suo configurarsi ad immagine dell'Uomo-Dio.

Ancora: mentre il diritto secolare ha conosciuto e sperimentato il progressivo distacco tra etica e diritto (M. Weber; N. Luhmann), il diritto religioso non può che essere morale. È per questo che può assumere la *salus animarum* come legge suprema del proprio ordinamento giuridico (can. 1752); mai dimentico, peraltro – ecco un'altra delle peculiarità proprie ad esso, che ne realizzano la permanente tensione ideale e la menzionata contraddittoria polarizzazione –, che il regno di Dio, che si rivelerà nella *parusia* finale, ha inizio – deve averlo – già in questa terra, così da ben giustificare il dettato del can. 747, § 2 c.i.c.,

secondo cui «È compito della Chiesa annunciare sempre e dovunque i principi morali anche circa l'ordine sociale, e così pure pronunciare il giudizio su qualsiasi realtà umana, in quanto lo esigono – lo si noti bene – i diritti fondamentali della persona umana e la salvezza delle anime». Quanto a dire – mi sembra si possa affermare – che il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali, che assicurano la dignità di ogni essere umano, sono pareggiati alla finalità suprema della legge canonica e dell'ordinamento stesso della Chiesa.

Da qui, ancora, la pretesa, unica rispetto ad ogni altro ordinamento giuridico secolare, di potere disciplinare "l'uno e l'altro foro": di normare e di esercitare la giurisdizione sia nelle relazioni sociali, interpersonali degli uomini; sia – altresì – sul *Rechtsleerer Raum*, sulla *Staatsfreie Sphäre* – tale per il diritto laico –, che la coscienza è. Un foro interiore – si noti bene anche questo – rispetto al quale la Chiesa, attraverso la propria mediazione giuridica, detta regole e disciplina comportamenti che attengono alla relazione medesima tra l'uomo e Dio.

Ne consegue altresì che, nella propria legittimazione costituzionale fondativa dell'essere un diritto divino, e sia pure nella consapevolezza che di fronte alla giustizia di Dio, che è un Mistero, si avrà sempre un solo balbettare della giustizia degli uomini – siano pure *ordinati in sacris* –, l'obbedienza che il legislatore ecclesiale può attendersi – e pretendere – dai *christifideles* non sarà mai soltanto quella giuridica, formale ed esteriore, della legge (come è per gli ordinamenti statali), ma dovrà essere quella "politica" (H.L. Hart); di adesione convinta, di partecipazione attiva e responsabile, fraterna, capace per davvero di realizzare e vivere la Chiesa come una *communio* salvifica.

V'è di più: quando di Dio si predica la Giustizia, non può non predicarsene anche la contestuale, assoluta Verità, la sua onnipotente Carità. È per questo che, tra le norme positive della codificazione canonica sono quelle che (cann. 747-755), in rigorosa punta di diritto, hanno competenza e giustificata legittimità per pretendere di assicurare l'ortodossia del credo religioso.

Quanto alla Carità, ch'essa sia la legge fondamentale dell'ordinamento canonico – la sua evangelica *regula aurea* – discende dal magistero autentico del Legislatore supremo nella Chiesa, quando nella cost. ap. *Sacrae disciplinae leges* ha potuto dettare che «il Codice non ha come scopo in nessun modo di sostituire la fede, la grazia, i carismi e soprattutto la carità dei fedeli nella vita della Chiesa. Al contrario», ha anzi ammonito Giovanni Paolo II, «il suo fine è piuttosto di creare tale ordine nella società ecclesiale che, assegnando il primato all'amore, alla grazia e al carisma, rende più agevole contemporaneamente il loro organico sviluppo nella vita sia della società ecclesiale, sia anche delle singole persone che ad essa appartengono».

Sono molteplici, del resto, i riscontri della piena consapevolezza del Legislatore ecclesiale contemporaneo della straordinaria tipicità del proprio diritto.

Il canonista avvertito conosce bene quanto annose, complesse e variegiate siano state, specialmente negli anni successivi al Concilio Vaticano II, le posizioni dottrinali quanto al metodo di studio e all'essenza medesima del diritto canonico. Tra gli altri, e fra i più autorevoli, W. Aymans e R. Sobański si interrogavano così: la canonistica è una disciplina giuridica con metodo giuridico o una disciplina teologica con metodo teologico; oppure, anche, una disciplina teologica con metodo giuridico o, in fine e in sintesi, una disciplina teologica e giuridica con metodo teologico e giuridico?

Sul punto, decisiva a me sembra essere stata la risposta del Pontefice e Legislatore supremo nella ricordata costituzione apostolica di promulgazione del Codice – sfuggita ai più –, sulla quale occorrerebbe per contro soffermarsi più a lungo di quanto consentito in questa sede, perché costituisce, a mio giudizio, il fondamento di *un'autentica ermeneutica magisteriale sul diritto canonico*. Precisamente nel passo in cui si parla espressamente delle leggi ecclesiastiche, reclamandone ovviamente l'osservanza, Giovanni Paolo II assicurava infatti che nella redazione del Codice massima era stata la diligenza usata «perché esse risultassero basate su un solido fondamento giuridico, canonico e teologico»; quanto a riconoscere – è questa la mia profonda convinzione epistemologica – che il diritto canonico è sempre, per così dire, un *tertium genus*, che deve permanentemente sapere di teologia e di giuridicità.

Altri ancora, ugualmente significativi, i richiami della *Sacrae disciplinae leges* alla tipicità del diritto ecclesiale e della sua fonte primaria, rappresentata dal codice. Il codice giovanneo-paolino del 1983 è stato infatti fondato «nell'eredità giuridico-legislativa della Rivelazione e della Tradizione» e ha inteso corrispondere «in pieno alla natura della Chiesa, specialmente come viene proposta dal magistero del Concilio Vaticano II [...] in particolare modo dalla sua dottrina ecclesiologicala»: dunque, oltre che sulla Scrittura e sul Magistero, petrino e sinodale insieme, il codice fonda sulla Tradizione. «La "novità" fondamentale del Concilio Vaticano II, in linea di continuità con la tradizione legislativa della Chiesa, per quanto riguarda specialmente l'ecclesiologicala costituisce infatti – secondo la costituzione apostolica –, altresì la "novità" del nuovo Codice».

L'inscindibile nesso dogmatico tra Scrittura e Tradizione si proietta in tal modo sulla natura medesima del diritto della Chiesa cattolica: che non potrà mai essere soltanto scritto (*on the books*), ma – come è detto della *common law* – sarà sempre vissuto nel permanente dinamismo della storia (*in action*): nella più alta Tradizione canonica. Il dato è stato di fatti ancora puntualmente registrato, in fedele continuità con l'insegnamento della più risalente dottrina canonistica e con il dettato dell'antico codice piano-benedettino, dal vigente can. 6, § 2: «I canoni di questo Codice, nella misura in cui riportano il diritto antico, sono da valutarsi tenuto conto anche della tradizione canonica».

La più alta Tradizione della Chiesa si rispecchia in tal modo, sempre e in piena fedeltà, in una tradizione giuridica: quanto a dire, anche, che fede e diritto, ordine e grazia sono sempre – in una convergente tensione ideale – i pilastri dell'ordinamento ecclesiale.

Le ragioni di una specifica particolarità del diritto ecclesiale rispetto a quello secolare erano state, d'altro canto, già avvertite nella Chiesa primitiva, sin dai primi albori. Stava in questa peculiarità, nel bisogno di una radicale differenziazione tra la legge del potere imperiale e quella della grazia del Cristo, se i cristiani dei primi secoli hanno preteso chiamare canone la legge interna della Chiesa, contrapponendola alla denominazione di *nomos*, per quella in vigore nell'Impero. Si badi bene, poi: un canone che – come sarà bene illustrato nelle *Etimologie* di Isidoro di Siviglia – traduce nella espressione greca il concetto latino di regola: precisamente la *regula credendi, orandi, vivendi*, che racchiudeva l'intero orizzonte giuridico della Chiesa del Cristo.

Regula, poi – come fu esemplarmente illustrato da Guido da Baisio nel secolo d'oro della canonistica –, tale perché tutta intrisa di diritto divino, continuamente confrontata con i criteri di legittimazione della giustizia di Dio: una *regula vel mensura*, sempre regolata, appunto, sui parametri del diritto divino.

Si che è da sottolineare come un positivo ritorno allo spirito del diritto ecclesiale dei primi secoli la sistematica del nuovo *Codex iuris canonici*, che ha inserito la normazione sul credere nel libro terzo, dedicato alla funzione d'insegnare della Chiesa, e quella *orandi* nel libro quarto, indirizzato a quella di santificare. È invece da lamentare che, in parallelo, non si sia voluto prevedere un apposito libro che racchiudesse la disciplina necessaria alla vita della Chiesa: una *regula* – si noti – davvero *vivendi* per tutta la comunità ecclesiale; non quella sola disciplina chiamata, nel tit. VIII del Libro I (cann. 129 ss.), la *potestà di governo* (l'antica *potestas regiminis*), che io, volentieri – consapevole che nella Chiesa il potere è sempre diaconia, è servizio – avrei invece desiderato indicare come *potestas pascendi*, poiché la vera figura del governante nella Chiesa altra non può essere che quella del Cristo, Pastore buono.

Le peculiarità del diritto canonico, che – tutte – derivano dalla natura della Chiesa, dalla tipicità, vale a dire, dell'ordinamento societario che ne è il sostrato, sono tali che hanno condotto la dottrina a porsi un interrogativo, mai valso per alcun altro diritto secolare: il diritto ecclesiale è veramente diritto?

La risposta all'interrogativo si è intrecciata, com'è naturale, con le vicende storiche dell'ordinamento; più specialmente con la lettura della Chiesa cristiana avutasi, dopo la Riforma, nell'area luterana e protestante. Alla interpretazione di Lutero di una Chiesa, vera e salvata, come di quella unicamente *invisibilis*, ne è seguita la percezione del diritto come del tutto inadeguato

a rappresentarne correttamente l'essenza; sino alla formulazione sintetica di Rudolph Sohm, dell'essere il diritto, per sua natura, incompatibile con l'essenza della Chiesa. E sino, altresì, ad arrivare alla pretesa utopica di Hans Dombois, che quello canonico debba essere, senz'altro, *das Recht der Gnade*: non, dunque, un diritto certamente salvifico – come è per la dottrina cattolica – ma, tale, unicamente quello spirituale, della Grazia e dei carismi, con la conseguente pretermissione della forma istituzionale della *Ecclesia* cristiana.

La Chiesa cattolica, pellegrina nella storia, pur consapevole dell'essere *semper reformanda*, ha ecceduto, se mai, nel contrario: ha infatti ceduto a tale valorizzazione della propria giuridicità da arrivare a presentarsi, nei secoli passati, soprattutto come *societas iuridica*; di più, *perfecta* nel proprio ordinamento storico.

È così occorso, anche in questo ambito, il grande insegnamento del Concilio Vaticano, nella *Lumen Gentium*, nr. 8, per dettare la risposta a mio avviso più equilibrata all'annoso dibattito: «[...] la società costituita di organismi gerarchici e il corpo mistico di Cristo, 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». Né soltanto: il magistero conciliare, che ha saputo armonizzare, sapientemente, cielo e terra, umano e divino, storia e profezia – tutti egualmente espressione della Chiesa del Cristo – ha scolpito la dimensione costituzionale dell'ordinamento, giustificandone la piena compatibilità con un vero diritto e legittimandone, dunque, la piena assunzione al proprio interno: lo ha fatto, guardando alla figura del Fondatore, dell'Uomo-Dio che Cristo è stato: di fatti, ancora per la *Lumen Gentium* (nr. 8), «Per una non debole analogia [...] è paragonata al mistero del Verbo Incarnato. Infatti, come la natura assunta serve al Verbo divino da vivo organo di salvezza, a Lui indissolubilmente unito, in modo non dissimile l'organismo sociale della Chiesa serve alla Spirito di Cristo che la vivifica, per la crescita del corpo».

Dio è per davvero entrato, definitivamente, nella storia degli uomini e ne ha assunto tutte le dimensioni, compresa quella della giuridicità e del diritto: con l'incarnazione del Cristo l'*Ecclesia* degli apostoli e dei credenti, degli ordinati e dei *christifideles* si è potuta legittimamente fare ordinamento giuridico. E poiché Cristo ha salvato e salva permanentemente l'uomo, la qualificazione concettuale più appropriata per definire questo ordinamento, davvero unico nella storia, credo debba essere il ritenerlo la *configurazione giuridica dell'ordine della Salvezza*.

È sul piano della Rivelazione e della Redenzione cristiane, non soltanto su quello della Creazione, che va, invero, fondato il diritto ecclesiale e risolto il problema della sua natura. Non risultano infatti appropriate, a mio avvi-

so, né appaiono pertanto sufficienti, pur autorevoli dottrine avanzate nel passato: la teoria istituzionista (quella della canonistica italiana, al seguito della dottrina del Santi Romano) e quella più recente, analogica, di Eugenio Corecco.

Non quest'ultima, perché pretendendo di far discendere la giuridicità del diritto ecclesiale per una *analogia secundum quid* con il diritto statale, fatalmente quella limita e riduce al solo livello su cui può operare il diritto secolare: quello, cioè, naturale. Ma neppure giova il più tradizionale insegnamento che, sul presupposto dell'aureo brocardo dell'*ubi societas, ibi ius*, vorrebbe farne discendere il diritto unicamente dall'indole societaria della Chiesa, perché – se sia vero che nella Pentecoste cristiana l'assemblea dei credenti abbia avvertito e, quindi, originato una forma di autocoscienza ecclesiale (L. Boff) – prima della stessa ci sono state la scelta e l'istituzione da parte del Cristo del Collegio degli apostoli e del suo Capo e la indicazione di un preciso mandato, di indubitabile portato giuridico: «Tu sei Pietro e su questa pietra edificherò la mia chiesa. [...] A te darò le chiavi del regno dei cieli, e tutto ciò che legherai sulla terra sarà legato nei cieli, e tutto ciò che scioglierai sulla terra sarà sciolto nei cieli (Mt 16, 18-19)». E ancora: «Andate [...] e ammaestrate tutte le nazioni [...] insegnando loro ad osservare tutto ciò che vi ho comandato (Mt 28, 19-20)».

Di più: è per la tipicità unica del diritto ecclesiale che la intersoggettività, disciplinata dall'ordinamento, non si arresta (come si è visto *supra*) all'ambito delle sole relazioni umane e pretende alla disciplina di quelle stesse tra l'uomo e Dio. Da ultimo – e ancor più significativamente – unicamente all'interno di un ordinamento giuridico (che legittimamente pretende di essere) della salvezza, può pensarsi di dettare – come fa LG, nr. 14: «Non si salva, però, anche se incorporato alla Chiesa, colui che, non perseverando nella carità, rimane sì in seno alla Chiesa col “corpo”, ma non col “cuore”».

A seconda della consapevolezza della Chiesa di quale funzione dovesse assumere nella storia il proprio ordinamento e, pertanto, di quale natura vi avesse il proprio diritto (se quella della *respublica universalis christiana* medioevale, che pretendeva alla pienezza della realizzazione politica e giuridica del proprio potere, sovrapponendosi fino a cancellare quello secolare; oppure, invece, la più avvertita e recente coscienza conciliare, che ha restituito la precisa percezione dell'alterità del Dio cristiano rispetto al Cesare pagano), è mutata la concezione stessa della legge canonica. Di fatto, l'evoluzione storica delle definizioni dottrinali di legge segnala e accompagna la trasformazione della concezione ecclesiologica e societaria della Chiesa cattolica.

La piena consentaneità di natura e del soprannaturale; di fede e di ragione; dell'ordine della Creazione con quello della Redenzione, propria al

mondo medioevale – quando il divino era la strada obbligata, forse l'unica, per la “umanizzazione” dell'uomo – consentiva a san Tommaso, nella I-II, q. 90 della *Summa Theologiae* di sottolineare gli aspetti unicamente naturali – razionali – della legge, come «ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam habet communitatis promulgata». Emergenza, pertanto, soprattutto della *rationabilitas*; ma la *ratio*, la ragionevolezza della norma umana diceva un inscindibile richiamo e un nesso inestricabile con la *Ratio* divina, origine della Creazione, la quale muoveva, pertanto, tutte le realtà umane.

Quando poi, nell'affacciarsi del potere assoluto degli Stati, anche nella Chiesa prevalse la concezione imperativa della legge, la definizione che il Suarez ne diede, nel *Tractatus de legibus ac de Deo legislatore*, trascorse dall'elemento cognitivo a quello volitivo, al preminente rilievo del comando del principe e, dunque, anche del Pontefice romano, come «iussum legitimi principis propter bonum subditorum, commune, perpetuum, sufficienter promulgatum».

L'ecclesiologia del Concilio Vaticano II e la rilevanza data agli elementi fondamentali della Rivelazione cristiana, alla Parola e al Sacramento, hanno invece condotto la Scuola teologica del diritto canonico, quella tedesca d'Olttralpe e segnatamente Eugenio Corecco, a interpretare la norma ecclesiale come una esplicitazione diretta della fede, come – *tout court* – *ordinatio fidei*. In tal modo, si sono ricollocati il diritto divino e i conseguenti profili teologici di quello umano come lampada sul moggio della giuridicità ecclesiale, reclamando – a mio avviso, giustamente – l'attenzione della canonistica sul fatto che la giustizia di Dio non può non accompagnarsi – ed essere, pertanto, sempre interpretata – alla luce della fede.

Dimentica, se mai, quella dottrina che la rappresentazione della realtà di Dio nella storia si realizza pienamente anche attraverso le virtù teologiche della speranza e – quanto più conta per il giurista – della carità: così che, a volere seguire quella impostazione ermeneutica sino al fondo, la legge canonica avrebbe dovuto più appropriatamente definirsi come *ordinatio*, insieme, *fidei*, *spei* e *caritatis*: un ordine sempre illuminato, dettato e compatibile con la ragione umana.

Si sarà agevolmente notato, così, come le une e le altre posizioni dottrinali – quelle del passato lontano, riferibili a una Chiesa storicamente più “terrena”, quasi secolarizzata – e queste della contemporaneità – che esigono una Chiesa più spirituale, meno giuridicizzata (come non ricordare, a questo proposito, il diffuso antiggiuridismo che ha accompagnato i lavori del Vaticano II e i tempi della elaborazione codiciale novella?) sembrano meno consentanei al necessario equilibrio tra il fondamento giuridico e quello teologico, compresenti con quello *canonico*, vigorosamente pretesi – come si è ricordato *supra* – per ogni legge ecclesiale dal suo Legislatore supremo.

Così che, volgendo al positivo la riflessione condotta sin qui e volendo provare a dare una definizione più equilibrata e completa della legge canonica, sembra a me che essa possa ultimamente dirsi la *ordinatio iustitiae ratione inluminatae*: un ordine di giustizia, immediatamente rilevante sotto profili giuridici, espressione della superiore Giustizia divina – per come essa è stata rivelata e si rivela continuamente nel Popolo di Dio –, e illuminato dalla ragione umana, nella misura in cui l'uomo, pur balbettando, riesca a tradurla nella storia, giovandosi della propria intelligenza, la risorsa che maggiormente lo distingue da ogni altro essere vivente.

Nelle peregrinazioni intorno alle peculiarità del diritto ecclesiale un posto di rilievo merita senza dubbio – a mio avviso – la consuetudine.

Particolarissima e speciale fonte del diritto, questo istituto ha nell'ordinamento giuridico della Chiesa significato, ruolo ed efficacia ben diversi da quelli che assume – sempre più estenuato, invero – negli ordinamenti statali, soprattutto di quelli a *civil law*.

Per questi, come già per l'antico diritto romano, rilevano i soli elementi, materiali e formali, della consuetudine: l'uso ripetuto nel periodo di tempo richiesto normativamente; la *opinio iuris ac necessitatis*, quanto a dire la percezione della comunità di riferimento della vincolatività e della obbligatorietà giuridiche del comportamento tenuto.

Tutt'altro e ulteriore ruolo ha invece la consuetudine nell'ordinamento canonico, in cui questa specialissima fonte del diritto opera anche con un suo specifico "spirito", con un significato più arricchito.

Vi ha qui rilievo, infatti, l'antica tradizione canonica, criterio ermeneutico suppletivo – come si è già visto – del *ius vetus* (can. 6, § 2): la quale – si badi bene –, per la omogenea e fitta tessitura al proprio interno di tutte le fibre dell'ordinamento religioso, non può non dire un riferimento diretto, continuo, alla Tradizione medesima (quella con la *T* maiuscola), «*quae*», secondo il dettato dogmatico della costituzione conciliare *Dei Verbum*, nr. 8, «*ab Apostolis sub assistentia Spiritus Sancti in Ecclesia proficit*»; nella quale, dunque, cresce «la comprensione tanto delle cose quanto delle parole trasmesse, sia con la riflessione e lo studio dei credenti, i quali le meditano in cuor loro, sia con l'esperienza (si noti l'assonanza con l'esperienza giuridica) data da una più profonda intelligenza delle cose spirituali».

La consuetudine ha infatti un rilievo essenziale nella Chiesa perché riesce a dire, in modo efficace anche dal punto di vista giuridico, la partecipazione organica del popolo cristiano alla *aedificatio Ecclesiae*, alla sua *implantatio* nel secolo e nella storia.

Istituto giuridico e fonte del diritto, la consuetudine è dunque per l'ordinamento canonico un qualcosa di più, di maggiormente fondamentale: vi opera, infatti, come la espressione pratica, nel concreto della vita, del *sensus fidei*

stesso dei credenti, che comunionalmente diviene il *consensus totius Ecclesiae*. Universalità, dunque, «dei fedeli che tengono l'unzione dello Spirito Santo», che – ancora secondo il magistero dogmatico della *Lumen Gentium*, nr. 12 – «non può sbagliarsi nel credere, e manifesta questa sua proprietà mediante il soprannaturale senso della fede di tutto il popolo, quando “dai Vescovi fino agli ultimi fedeli laici” mostra l’universale suo consenso in cose di fede e di morale».

In tal modo la consuetudine consente di realizzare due altissimi momenti dell'ordinamento, di rango costituzionale: l'esercizio concreto del sacerdozio comune dei fedeli – quanto a dire, il modo di collaborazione di ciascun *christifidelis* nella costruzione dell'*ordo Ecclesiae* –, e il profilo societario, complessivo, di questo, giacché *l'universitas fidelium* è l'espressione più autentica e immediata di una Chiesa davvero *communio*.

Ma si può andare oltre e attribuire un significato ulteriore alla consuetudine ecclesiale ancora più penetrante, davvero canonico, nel senso visto *supra*. Se si guarda bene, infatti, nella universalità dei comportamenti apprezzabili giuridicamente, il popolo cristiano realizza una vera e propria ortoprassi, integra una sorta di *infallibitas in agendo*, a fortiori consentita se – come è per *Lumen Gentium* – esso possa essere attore e partecipe della ortodossia medesima della fede della Chiesa, della sua *infallibilitas in credendo*.

Del resto, solo guardando a questo specialissimo profilo della consuetudine canonica, a questo vero e proprio *carisma comunitario*, si riesce a darne una interpretazione precisa e a fare salve la presenza nel dettato normativo e la efficacia operativa dell'*adprobatio legislatoris*, richiesta dal can. 23. Approvazione, che non può evidentemente essere pensata, per la contraddizione non consentita logicamente, come un intervento di sola natura giuridica, che trasformerebbe inevitabilmente la consuetudine in legge medesima; ma deve essere pensata – come ancora reclamato nel nr. 12 della *Lumen Gentium* – come il discernimento del Pastore, partecipe con e nel proprio gregge nella elaborazione di un *sensus fidei* applicato nella esperienza storica della Chiesa locale (o di quella stessa universale).

Un'ultima notazione, non certo marginale ancora in tema di fonti del diritto ecclesiale, riguarda l'equità canonica. Anch'essa, divenuta nel frattempo ormai profilo di secondo rango nel diritto positivo degli Stati, mentre l'antica sapienza giuridica romana amava definire lo *ius* come l'*ars boni et aequi*, segnala infatti una peculiarità ineludibile del diritto della Chiesa. Non soltanto per la più diffusa concezione di essa, difesa da sempre nella canonistica, dell'essere il migliore criterio interpretativo e applicativo della legge, fattore di una giustizia vera perché *dulcore misericordiae temperata* (si cfr. già il *Decretum di Graziano*), ma per l'essere il principio informatore del diritto ecclesiale, fondativo e perciò di rango costituzionale, fonte formale e materiale del diritto nel caso concreto.

Tale è, invero, il significato e il portato che da Martino Gosia e dal cardinale *Hostiensis* (Enrico da Susa) in poi ha, nel diritto della Chiesa, la massima “*Nihil aliud est aequitas quam Deus*”: l’essere, cioè, l’equità la permanente, possibile estrinsecazione del diritto divino nella storia dell’ordinamento umano, fonte stessa del suo diritto, criterio ultimo e permanente della sua legittimità costituzionale.

Tra le più significative espressioni della *peculiarità* del diritto ecclesiale, alcune meritano ulteriori riflessioni, uno studio approfondito, ricerche interdisciplinari, di carattere storico, giuridico, teologico.

Ritengo, ad esempio, che il canonista debba riprendere a fondo lo studio del diritto di libertà di coscienza nella Chiesa, al cui riguardo la dichiarazione conciliare *Dignitatis humanae* ha proposto una precisa configurazione giuridica, bene identificandola nei suoi contenuti positivi e negativi, fondandola inoltre – come è ormai nella consapevolezza delle migliori teorie secolari sui diritti umani fondamentali – sulla dignità della persona umana. Una dignità colta dalla dichiarazione conciliare a tutto campo, non racchiusa nell’orizzonte della sola Creazione o del mero riconoscimento nelle statuizioni positive degli Stati o di Carte internazionali; dilatata invece all’ordine della Salvezza operata nella storia, sino a percepirne il valore decisivo, ultimo, nel riscatto divino della natura umana, che discende dalla Incarnazione e dalla Redenzione cristiane: una dignità – recita infatti *DH* nr. 2 – «quale si conosce, sia per mezzo della parola di Dio rivelata che tramite la stessa ragione».

È per questo che la dichiarazione conciliare (nr. 16) può dire della coscienza come del «sacramento dell’uomo, dove egli si trova solo con Dio, la cui voce risuona nella intimità propria»; per questo ancora, la libertà di coscienza è stata sempre affermata nella storia della Chiesa e nel magistero del primo Pietro («*Magis oportet oboedire Deo, quam hominibus*») e dei suoi successori (Innocenzo III: «*Quidquid fit contra conscientiam, aedificat ad gehennam*»).

Ma quali siano i limiti opponibili nell’ordinamento ecclesiale al giusto esercizio di questa libertà, così intima e propria a ciascun uomo, credo non sia stata ancora sufficientemente approfondita. Mi limito, così, a riproporre quelli che altrove (cfr. R. Bertolino, *La libertà di coscienza e il diritto all’obiezione nell’ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell’uomo e Istituzione. Saggi di diritto costituzionale canonico*, Giappichelli, Torino 1989, pp. 83 ss.) ho indicato come insuperabili, essenziali: quello della giustizia intrinseca del comportamento in questione (*recta conscientia*); della conoscenza adeguata di tutte le ragioni per cui è tenuto (*informata conscientia*); quello – infine – del trattarsi sempre di una espressione di libertà mai contrastante con il bene ultimo della comunione fraterna nella Chiesa (*salvo iure communionis*).

Quanto al matrimonio, istituto che, nei secoli, è cresciuto per davvero «sui ginocchi della Chiesa» (O. Giacchi), due sembrano i profili, che meglio lo delineano nella sua tipicità canonica, che lo ha come istituto di diritto naturale e – coesenzialmente – come sacramento: il *bonum coniugum* e la dimensione di fede richiesta per realizzarne, appunto, la sacramentalità salvifica.

La recente lettura personalistica dell'istituto, specialmente consentita dalla elevazione nel codice vigente del *bonum coniugum* ad elemento essenziale del consenso e dalla chiara intenzione del Magistero conciliare di volere il matrimonio come la «intima comunità di vita e d'amore coniugale» (*Gaudium et spes*, nr. 48) – sì che, ora, può per davvero dirsi che nelle nozze cristiane è comandato l'amore stesso – postula uno studio sulla configurazione giuridica della nozione di persona (l'uomo e la donna costituiscono infatti l'oggetto del consenso matrimoniale – can. 1057, § 2), protagonista insostituibile delle relazioni intrapersonali, interpersonali, transpersonali che connotano, in modo unico, la vita matrimoniale cristiana.

Al riguardo, vorrei pertanto suggerire che si dilati l'orizzonte di studio dai soli profili privatistici dell'istituto a quelli – di un vero e proprio diritto costituzionale canonico – sulla realtà della persona nell'ordinamento ecclesiale: perché il bene della persona è tutto racchiudibile, necessariamente compreso, in ogni elemento di rilievo giuridico che ne assicuri la fondamentale dignità nella Chiesa, sia come uomo che come fedele.

Numerosi sono ormai gli studi sul rapporto tra fede e consenso nel matrimonio canonico (tra gli ultimi, segnalò G. Bertolini e A.P. Tavani), bene avvertiti di come il magistero pontificio recente (Giovanni Paolo II e Benedetto XVI) e la prevalente giurisprudenza rotale riconducano il requisito della fede alla prestazione del solo consenso *naturaliter* valido (ma il grande papa-teologo, Benedetto XVI, non ha mancato di segnalare come occorranno ulteriori approfondimenti e studi di carattere teologico sull'importante e difficile questione).

Al riguardo, da canonista consapevole di come il diritto e la teologia siano le ancelle indispensabili di un vero sapere *canonico*, amerei meglio vedere illustrato – oltre a quello della volizione della dignità sacramentale, comunque messa in rilievo nella vigente codificazione, sia pure sotto la sola specie dell'errore (can. 1099) e non sotto quella della simulazione diretta (can. 1101, § 2) – il portato normativo del requisito, puntualmente richiesto nel can. 1063, 3°, di una «fruttuosa celebrazione liturgica del matrimonio, in cui appaia manifesto che i coniugi significano e partecipano al ministero di unità e di amore profondo tra Cristo e la Chiesa».

Possiamo, per davvero e a cuor leggero, relegare il significativo elemento richiesto dal canone al piano della sola liceità, morale e giuridica?

Mi piacerebbe, infine, che la dottrina canonistica – finalmente consapevole (da ultimo, si veda I. Zuanazzi) di come la disciplina della famiglia e del rapporto matrimoniale sia stata fatta oggetto di una più penetrante attenzione nella nuova normazione codiciale – si occupasse approfonditamente anche della teologia del sacramento del matrimonio: è esso, tutto, racchiudibile nel matrimonio *in fieri* o si proietta altresì – e con quali tratti – anche sul matrimonio *in facto*?

Termino questa ormai lunga e faticata peregrinazione sul diritto ecclesiale con un rapido cenno a due settori, particolarmente espressivi della sua *elasticità*, che a mio avviso meritano una riflessione, studi e ricerche, ben più innovativi di quanto usato sin qui, anche nella migliore canonistica.

Si tratta del diritto processuale e di quello penale della Chiesa, entrambi messi in gioco, da un lato dal proporsi di odiosi comportamenti criminosi da parte di ecclesiastici; dall'altro, provvidenzialmente, dal rinnovato "spirito pastorale" che papa Francesco intende infondere e trasmettere nella vita della Chiesa e – crederei – del suo diritto.

Quanto al primo, pur apprezzando l'acribia legislativa e giurisprudenziale da sempre usata nell'ordinamento canonico nel forgiare e praticare un *ordo iudiciarius* che sia garanzia della migliore giustizia, continuo a pensare che una più convinta adozione del processo contenzioso orale meglio corrisponderebbe allo "spirito" di un diritto, che dovrebbe praticare la giustizia tra i propri fedeli come tra fratelli (Cfr., al riguardo, più estesamente, R. Bertolino, *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo Codice di diritto canonico*, Giappichelli, Torino 1983, pp. 140 ss.).

Mi interrogo, specialmente, se non sia arrivato anche il momento di ripensare su quanto la procedura giudiziaria canonica, costruita, dottrinalmente e nelle decretali pontificie, ad uso di una Chiesa che mirava a sostituirsi e a supplire una debole società secolare, sia stata debitrice ad esigenze, a regole, a sistemi di una giustizia più confacente a una *respublica* che non al «Popolo santo di Dio» (*LG* nr. 12).

Sul diritto penale, infine, avverto che le sue peculiarità lo collocano per davvero sul confine estremo della giuridicità: si tratta di un vero diritto, oppure, deve risponderci affermativamente all'interrogativo se esso non sia, prevalentemente, un ordinamento disciplinare?

Conosco la risposta della codificazione giovanneo-paolina e riconosco come anche le più recenti novelle legislative (ad es., le *Norme "de gravioribus delictis"* – 15 luglio 2010 – della Congregazione per la Dottrina della Fede) siano state pensate e volute nell'orizzonte teoretico e nell'applicazione pratica di un diritto penale inteso *stricto sensu*.

Si tratta peraltro, pur sempre, di un diritto penale peculiarissimo; davvero *sui generis*.

Al riguardo, mi limito a segnalare come la pena canonica per eccellenza,

la scomunica, e tutte quelle *latae sententiae* – che sono le più pesanti ed efficaci dell'ordinamento – risultino in definitiva essere una sorta di automatica autoapplicazione della pena da parte del colpevole: esse infatti operano nel momento medesimo della piena consapevolezza criminosa del reo.

Certezza, dunque, piena della inflizione della pena; anche – direi – attuazione di una giustizia assoluta; qui si ha, realmente, una perfetta coincidenza del foro interno con quello esterno. Ma tale risultato risponde anche, ultimamente, ai parametri e ai fondamenti stessi del moderno diritto penale, per come esso è conosciuto nella scienza giuridica secolare?

Pellegrino nel mio percorso di studio del diritto ecclesiale, pervenuto ormai quasi al termine del cammino, mi rendo in tal modo conto di non avere raggiunto mete sicure, toccato traguardi definitivi; spero che altri, più giovani studiosi, li possano presto attingere. Rimango tuttavia convinto che ogni ricerca sul “mistero del diritto ecclesiale” continuerà a essere, per tutti, una incerta, faticosa peregrinazione verso una meta mai pienamente raggiungibile: quella della infinita giustizia di Dio.