

# IL COMPITO DELLA SCIENZA GIURIDICA CANONICA NELL'EPOCA DELLA CODIFICAZIONE\*

GAETANO LO CASTRO

RIASSUNTO: L'articolo mira a mettere in evidenza i pericoli rappresentati per la complessiva esperienza giuridica della Chiesa dalla scelta della codificazione adottata dal legislatore canonico con il codice del 1917, e, in particolare, per i compiti indefettibili spettanti alla scienza giuridica per la cognizione del diritto e del suo fondamento ultimo.

PAROLE CHIAVE: codificazione, interpretazione, scienza giuridica canonica.

ABSTRACT: This article aims to highlight the dangers for the overall juridical experience of the Church, presented by the choice of codification adopted by the canonical legislator in promulgating the 1917 Code. This article will also consider the particular dangers to juridical science's unfailing task of recognizing the *ius* and its ultimate foundation.

KEYWORDS: codification, interpretation, canonical juridical science.

SOMMARIO: 1. L'immedesimazione fra diritto e codice. – 2. Istanze politiche e istanze ideologiche nelle codificazioni moderne. – 3. Alcune delle ragioni della codificazione del diritto nella Chiesa. – 4. Le conseguenze negative della codificazione nella scienza giuridica canonica. – 5. L'autolegittimazione della legge, il positivismo acritico, l'eccesso di dogmatismo, l'ottundimento della coscienza morale. – 6. L'antidogmatismo. – 7. L'esperienza giuridica nella Chiesa: la funzionalità delle norme rispetto alle finalità e ai valori affermati e perseguiti dall'ordinamento. – 8. La vocazione essenziale della scienza giuridica canonica.

## 1. L'IMMEDESIMAZIONE FRA DIRITTO E CODICE

NEL periodo che immediatamente precedette, accompagnò e seguì il Concilio Vaticano II, significative riflessioni furono svolte sulla posizione e sulla funzione del diritto nella vita della Chiesa: quale la sua natura? quale il suo statuto epistemologico? alla fine, e soprattutto, v'è necessità del diritto perché la società ecclesiale possa svolgere i compiti che le sono stati affidati dal suo fondatore? A tali interrogativi, la scienza giuridica, e, seppur marginalmente, anche la teologica, diedero risposte non univoche, a volte anche contrastanti – ed io qui non sto a ripercorrere i momenti di un dibattito a tutti noto.

Sull'ultimo interrogativo, e cioè sulla necessità del diritto nella vita della

\* Contributo accettato dal direttore.

Chiesa, avrebbe implicitamente risposto, quasi vent'anni dopo la chiusura del Concilio, la cost. ap. *Sacrae disciplinae leges*, con la quale fu promulgato il codice del 1983. Da questa costituzione non il diritto, in generale, ma proprio il codice, qualificato come il “principale documento legislativo della Chiesa, fondato nell’eredità giuridico-legislativa della Rivelazione e della Tradizione”, fu considerato “lo strumento indispensabile per assicurare il debito ordine sia nella vita individuale e sociale, sia nell’attività stessa della Chiesa”. Con la sua promulgazione – spiegò poi la prefazione dello stesso codice –, la legge non avrebbe più potuto essere ignorata; i pastori avrebbero usufruito di norme sicure; ciascuno dei fedeli avrebbe conosciuto i propri diritti e obblighi; sarebbe stata preclusa la via ad ogni arbitrio nell’agire; gli abusi invalsi nella disciplina ecclesiastica avrebbero potuto essere estirpati e prevenuti. In breve: al codice, e al diritto che esso sanciva, veniva riconosciuta una funzione essenziale per la vita della Chiesa.

Certo ci si sarebbe potuto chiedere per quale ragione in quel torno di tempo la legge fosse ignorata; parimenti perché i fedeli misconoscessero i propri diritti e i propri doveri e fosse aperta la via all’arbitrio e agli abusi nella disciplina ecclesiastica. E forse la causa di ciò, oltre ai motivi contingenti propri dell’epoca (soprattutto le novità indotte dalle rilevanti deliberazioni del Concilio Vaticano II) avrebbe potuto essere rintracciata anche nel codice, o, per meglio dire, non nello specifico codice allora vigente, ma nell’ideologia stessa della codificazione fatta propria dalla Chiesa, con il suo volere ingabbiare l’intera esperienza giuridica, per sé dinamica, per sé diveniente nel tempo, in un sistema normativo per sé statico e onnicomprensivo, secondo il noto detto del card. Gasparri – “Quod non est in Codice non est in mundo”<sup>1</sup> –, che esprimeva un pensiero assai diffuso nel modo di vedere e, soprattutto, di vivere l’esperienza giuridica nella Chiesa intorno alla metà del secolo scorso, ben prima che il Concilio Vaticano II fosse celebrato. Il fatto è che l’identificazione (non solo metonimica) fra diritto e codice portava con sé la persuasione che la crisi di quest’ultimo inducesse necessariamente la crisi del diritto, alla quale, per l’appunto, si sarebbe potuto rimediare soltanto con un nuovo codice.

## 2. IDEOLOGICHE NELLE CODIFICAZIONI MODERNE

È stata da tanti e più volte ricordata la finalità empirica che mosse il legislatore ecclesiastico del codice del 1917: di proporre in maniera semplificata l’immenso materiale normativo accumulatosi dalle raccolte di decretali del XIII-XIV secolo fino all’epoca moderna. Sappiamo che alla fine non si trattò soltanto di questo.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Parafrasi del più conosciuto aforisma “quod non est in actis non est in mundo”.

<sup>2</sup> Si deve a C. Fantappiè [*Chiesa romana e modernità giuridica*, Milano, Giuffrè, 2008 – due

Le codificazioni moderne (moderne, nel senso di successive alla codificazione giustiniana) sono sorte, com'è noto, per impulso di molteplici istanze. Qui ne ricordo brevemente soltanto due.

La prima, di carattere politico: offrire agli Stati nazionali, che via via nascevano per il declino del Sacro Romano Impero e della sua forza aggregante, uno strumento legislativo idoneo ad affermare un potere centralizzato, attraverso l'unificazione normativa del diritto, vigente nelle molteplici istituzioni locali o particolari sorte nel corso dei secoli all'interno dell'universalismo medievale.

L'altra, di carattere ideologico culturale, più sottile, meno immediatamente percepibile, destinata ad emergere più lentamente nel tempo, ma, alla fine, la più decisiva per la maniera di intendere il mondo della giuridicità; un'istanza richiedente il ripensamento della funzione del diritto in seguito all'evolversi della cultura filosofica e politica nel periodo tardo medievale e rinascimentale, che vide affermarsi un giusnaturalismo legato alla sola ragione umana, ritenuta capace di fondare il diritto senza ricorrere a spiegazioni o a giustificazioni di natura metafisica o teologica, rendendolo così idoneo ad essere accolto da tutti gli uomini, indipendentemente dalla loro fede in un Dio trascendente. Una concezione, questa, che avrebbe subito una mutazione evolutiva sostanziale allorché, in seguito agli influssi della cultura rispecchiantesi nell'illuminismo o indotta da questo, si ritenne che il legislatore e il diritto da lui prodotto non dovessero seguire l'esperienza giuridica, che è manifestazione della vita degli uomini; ma dovessero precederla; allorché si pensò che la vita degli uomini non è giuridica per sé, ma diventa tale solo se e nel momento in cui è riconducibile al "sistema" e alle norme in questo contenute e in esso ordinate; allorché si auspicò appunto un "sistema", preconfezionato dal legislatore, aperto e disponibile a tutte le istanze ideologiche e politiche, benché contraddittorie fra loro e quantunque nel tempo incoerenti con se stesse; allorché, infine, si pensò che la stessa evoluzione giuridica, il divenire del diritto, non seguisse l'evolversi delle esigenze reali degli uomini, l'affinamento della loro coscienza morale, il loro modo di porsi nel mondo e di vivere le relazioni sociali, ma fosse assicurato dall'intreccio meccanico di categorie astratte facenti riferimento a una visione ideologica della vita e dipendenti da interessi materiali di varia natura. Questo sistema, carico dei suoi impliciti significati, è appunto ben rappresentato dai codici moderni.

volumi: il primo dedicato alla *Edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*; il secondo al *Codex iuris canonici (1917)*] l'indagine più corposa ed approfondita sulle ragioni storiche, ecclesio-logiche, politiche, che soggiacciono alla adozione della forma codiciale da parte del legislatore canonico nel 1917.

### 3. ALCUNE DELLE RAGIONI DELLA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO NELLA CHIESA

Non soltanto per una superficiale *imitatio Imperii*, ma certo la Chiesa nel XIX secolo, soprattutto dopo il Concilio Vaticano I, poteva trovare, in alcune delle motivazioni che incoraggiarono le codificazioni, elementi di grande interesse. E così, il codice avrebbe consentito di mettere ordine alla confusione normativa dovuta alla molteplicità delle fonti in essa esistenti. E ancora, la connessa necessità di un potere capace di dettare norme valide per tutta la Chiesa poteva sembrare il modo più semplice, più radicale, meno problematico per assicurare o, quanto meno, enfatizzare l'unità di questa sotto la supremazia del suo pastore universale: il romano pontefice. Non solo quindi scopi pratici di conoscenza del diritto vigente inducevano ad auspicare la codificazione, ma anche le consonanze con temi ecclesologici di grandissimo rilievo, quali quelli maturati nella Chiesa quanto meno dal Concilio di Costanza in poi, messi in pericolo o negati dagli eventi del XVI secolo e da altri movimenti e correnti di pensiero che nei secoli successivi si sarebbero succeduti. Si rendeva in altri termini necessario affermare nell'organizzazione della società ecclesiale la supremazia di quella potestà, che era stata proclamata dal Concilio Vaticano I, con strumenti giuridici aggiornati rispetto a quelli adoperati nel passato; e il codice del 1917, fra i vantaggi prevedibili, formando un sistema giuridico unitariamente costruito, si sarebbe prestato a confermare e a rinsaldare la posizione dell'ufficio che nella Chiesa detiene la *suprema potestas*.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Il codice del 1983 presenta aspetti che sembrano sfumare la centralità del potere nella Chiesa per come era stata recepita dal codice del 1917; come è noto questo fu uno dei temi, se non il tema più dibattuto del Concilio Vaticano II (basti ricordare le vicende conciliari riguardanti il cap. III della cost. *Lumen Gentium* e la *nota esplicativa previa* con la quale fu approvata la costituzione). Oltre alla previsione e alla regolamentazione di organi di gestione del potere nella Chiesa, nel codice del 1917 non contemplati (sinodo dei vescovi; conferenze episcopali), il codice vigente, sulla scia del Vaticano II, offre una più completa ed equilibrata visione dei rapporti fra chiesa universale e chiesa particolare, attribuendo a quest'ultima un maggior peso nella vita giuridica della Chiesa; prevede, infatti, un più ampio ricorso alla legislazione di sua competenza, complementare della legislazione universale, attraverso l'attuazione locale della legislazione universale, sia in via d'integrazione e di recezione degli atti e dei fatti normativi, compresa la consuetudine, sia in via di dispensa della loro applicazione. Nella Chiesa, tuttavia, ciò che conta, e ne rappresenta una delle connotazioni più significative, non è tanto la previsione astratta di organismi, di attività, e se vogliamo, di diritti e di doveri, ma se e come tale previsione si traduce nella vita della società ecclesiale, per evitare l'erronea persuasione che, nella proclamazione astratta normativa, si ritenga compiuto, ed anche esaurito, il compito principale del diritto (e di chi lo proclama), e si pensi che l'attuazione pratica di quei principi – attuazione nella quale alla fine si concreta e vive l'opera di giustizia – sia affatto secondaria, o segua da sé (sul dogmatismo in diritto vedi, *infra*, nel testo).

#### 4. LE CONSEGUENZE NEGATIVE DELLA CODIFICAZIONE NELLA SCIENZA GIURIDICA CANONICA

Una qualche pensosa riflessione avrebbero dovuto però suscitare le inevitabili conseguenze, che era facile prevedere potessero derivare dal diritto codificato; giacché, adottata l'idea della codificazione, era difficile tenerla separata dalle ragioni culturali che l'avevano fin dall'inizio caratterizzata.<sup>4</sup>

Innanzitutto era inevitabile che si determinasse una tendenziale riduzione dell'esperienza giuridica, espressione della ricca e complessa vita dell'uomo, all'attività di produzione normativa, che di quella esperienza rappresenta in verità soltanto un momento, per quanto necessario e di grande importanza; ma poi, era prevedibile che l'interpretazione, sia quella svolta in sede giurisprudenziale sia quella proposta dalla scienza giuridica, si riducesse all'attività esegetica del testo della norma, mirante ad individuare la mente del legislatore, ritenuto la sola fonte del diritto;<sup>5</sup> infine, come conseguenza inevitabile, sarebbe seguita la mortificazione in fatto,

<sup>4</sup> È bene ricordare come, fin dal periodo della prima codificazione del 1917, da più parti – ma curiosamente soprattutto dalla scienza giuridica laica del diritto canonico – erano state avvertite le negative conseguenze che potevano derivare dal passaggio dal modo antico di vivere il diritto, che non sapeva di codici (almeno per come noi oggi li intendiamo), al modo indotto dalla moderna tecnica codicistica.

<sup>5</sup> In un discorso rimasto famoso, pronunciato davanti alla società dei giuristi berlinesi da J. H. von Kirchmann nel 1847, questi sostenne che «un popolo può bene esistere senza giurisprudenza, ma non senza diritto», soggiungendo che «il diritto può persino avere raggiunto uno sviluppo abbastanza ampio, prima che si sia pensato alla giurisprudenza e che questa abbia avuto inizio» (J. H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1847-48, trad. it. di P. FREZZA, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, in H. VON KIRCHMANN - E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano 1964, p. 5); con 'giurisprudenza' Kirchmann intendeva la scienza giuridica; con 'diritto', il complesso normativo.

Nell'affermazione di Kirchmann, che, così come suona, può sembrare paradossale, era palese il timore che i limiti derivanti per il diritto dall'opera della scienza giuridica potessero minare il raggiungimento dei suoi scopi e, più in generale, condurre al relativismo sia cognitivo sia comportamentale, con i connessi rischi per l'ordinato vivere sociale. D'altra parte, allo stadio attuale della nostra civiltà e della nostra cultura, non è concepibile che una norma possa vivere indipendentemente dalla sua comprensione, la quale è assicurata dall'attività d'interpretazione; e questa in modo specifico compete alla scienza giuridica. E tanto più ciò sarebbe inconcepibile nella vita della Chiesa (anche per le ragioni alle quali accenneremo nel testo).

Gli ordinamenti giuridici moderni, che mirano a presentarsi come ordinamenti chiusi e completi nelle loro disposizioni normative, vivono conseguentemente di un compromesso fra l'istanza volta ad enfatizzare le ragioni del "solo diritto", "tutto diritto", e l'istanza volta a riconoscere le ragioni della necessità della presenza della scienza giuridica per la vita nella società. L'asticella che fissa la mediana di questo compromesso non è stabile, segue nel tempo il rapporto fra pubblico e privato nella società.

all'interno della Chiesa, di ogni attività sapienziale che mirasse a discernere il trascendente fondamento del diritto e della giustizia, da chiunque tale attività fosse svolta, e la negazione, sempre in fatto, della sua forza propulsiva della società ecclesiale. Nella Chiesa, infatti, non era mai mancata l'acuta avvertenza che il diritto è, nella sua essenza e nelle sue ultime ragioni, riferibile a Dio. La stessa autorità ecclesiastica, nel legiferare, aveva sempre tenuto a mostrare che la sua non fosse pura proposizione volitiva di norme, ma, in primo luogo, opera di riconoscimento di una più alta ed oggettiva realtà; una realtà trascendente la storia ma al contempo operante in essa. Non v'era, pertanto, da meravigliarsi se la funzione di riconoscimento di tale realtà, esercitata in primo luogo dal magistero ecclesiastico (onde il legislatore si proponeva come il primo degli interpreti del volere divino), fosse stata affiancata da una attività che si può considerare parallela a quella legislativa in senso stretto, svolta da giudici, da interpreti, ma anche da quanti accedono a quel volere non per conoscenze tecniche ma per santità di vita. Né ci si poteva stupire che a questa attività, concomitante a quella strettamente legislativa, ma fuori di ogni regolazione normativa, fin dalle origini della Chiesa, ma poi nel volgere dei secoli, fosse stato riconosciuto rilievo nella vita della società ecclesiale.

Ciò, fra l'altro, aveva contribuito a conferire all'ordinamento della Chiesa, accanto al particolare connotato di stabilità, dovuto alla fermezza e alla preminenza del principio su cui tale ordinamento si fonda e a cui di continuo si richiama, al contempo, senza contraddizione, il connotato di elasticità nell'attuazione del diritto costituito, con la connessa capacità di "divenire nel tempo" (che indica la capacità di modificarsi, di arricchirsi, di adeguarsi alle nuove necessità della società ecclesiale, che dovessero nel tempo manifestarsi).

Sarebbero stati, pertanto, più che fondati i timori che la straordinaria ricchezza e duttilità di un sistema, che per secoli era riuscito a legare in mirabile armonia il disegno trascendente della divinità riguardante l'uomo col bisogno particolare di giustizia dell'uomo vivente nel divenire storico, potesse perdersi in un eccesso di dogmatismo quando fosse prevalsa la tendenza di riportare assiomaticamente e di ridurre l'intera esperienza giuridica alla proclamazione normativa del diritto, con il connesso pericolo "di vedere soffocato lo spirito della legge dalla formulazione di essa, quasi per un processo di cristallizzazione",<sup>6</sup> e si fosse visto nel codice la causa di tale risultato.

<sup>6</sup> P. FELICI, *Comunità e dignità della persona*, in *Persona e ordinamento nella Chiesa. Atti del II Congresso internazionale di diritto canonico. Milano 10-16 settembre 1973*, Milano, Vita e pensiero, 1975, p. 13.

5. L' AUTOLEGITTIMAZIONE DELLA LEGGE, IL POSITIVISMO ACRITICO,  
L' ECCESSO DI DOMMATISMO, L' OTTUNDIMENTO  
DELLA COSCIENZA MORALE

Di fronte ad un atto normativo che, anche per la forma codiciale assunta, vuole rappresentare esigenze essenziali della Chiesa, quali sarebbero i compiti cui è chiamata la scienza giuridica canonica, quali le consapevolezze che questa dovrebbe maturare?

Ora a me sembra che lo studioso del diritto della Chiesa, che non soltanto aspiri a possedere, com'è necessario che abbia, un metodo tecnicamente corretto, ma ambisca raggiungere la posizione mentale, e direi anche spirituale e morale, più adeguata per rappresentare correttamente nelle sue peculiarità l'intera esperienza giuridica della Chiesa, debba necessariamente tenere nel debito conto la vocazione essenziale della scienza giuridica.

Conviene intanto spendere al riguardo qualche parola, anche perché gli sviluppi più recenti della scienza giuridica canonica talora sembrano non percepire la ricchezza e la piena rispondenza alle esigenze dell'ordinamento della Chiesa di quella vocazione; la quale rappresenta probabilmente il suo più significativo modo di partecipare alla vita complessiva della giuridicità, un tratto connotante che la distingue da molte delle coeve esperienze giuridiche, soprattutto da quelle riferibili ai paesi c.d. di *Civil Law*, e rappresenta il permanente impegno cui sono chiamati quanti si occupano di diritto nella Chiesa.

Quella *vocazione* esprime l'impegno nella vita della Chiesa di dare risposta al problema, sempre presente nella storia dell'umanità, del rapporto fra legge e giustizia, vale a dire fra la disposizione normativa positiva dell'autorità e il giudizio su di essa, con riferimento ad un criterio, ad un parametro di valutazione (il disegno di Dio sulla vita dell'uomo, connotata da esigenze naturali inseparabili), che non sta nella disposizione, ma la trascende, essendone certa l'esistenza benché problematica l'individuazione. Se tale vocazione riguarda tutti nella Chiesa, a diversi livelli e con diversi gradi di responsabilità, in particolare riguarda la scienza giuridica. Così è nell'orizzonte culturale della Chiesa cattolica.

Fuori di tale orizzonte, è ben noto il postulato kantiano: “non potersi la legge criticare [nel senso di valutare con spirito critico] se non sulla base di quanto disposto dalla stessa”. Tale postulato, per quanto non comportasse affatto in chi lo aveva formulato un positivo giudizio di valore della legge, quasi essa dovesse ritenersi aprioristicamente giustificata (anche per Kant il valore del diritto era dato dalla sua giustizia, e le norme erano da considerare soltanto come “fili conduttori” che portano alla stessa),<sup>7</sup> fu dalle correnti

<sup>7</sup> Il criterio di riconoscimento del giusto e dell'ingiusto per Kant non si può ritrovare nei

di pensiero successive, alcune delle quali si vantavano pure di ispirarsi al pensiero del filosofo di Königsberg, sviluppato unilateralmente; nel senso che perdette la cadenza propria di una metafisica dei costumi, e cioè di una metafisica che guardi al comportamento doveroso dello spirito (qual era in Kant), per acquisire quella propria di una affermazione di metafisica trascendentale, venendo così assunto quale principio fondante di tutti i positivismi: la legge non è legge se conduce all'affermazione della giustizia, ma è essa stessa giusta, in quanto legge, in quanto cioè voluta dall'autorità. È questa – sia detto per inciso – la giustificazione massima di ogni autoritarismo, il trionfo del potere sull'uomo, l'annichilimento di ogni sua radicale spettanza.

Su tale convinzione sono profondamente radicate le moderne codificazioni (e, in generale, il moderno modo di intendere la legge, il diritto c.d. positivo); ed essa traluce anche nella codificazione canonica; e per questo l'ho qui richiamata. Sta di fatto che di tale visione è vissuta la scienza giuridica degli ultimi due secoli e che da essa deriva quella massiccia attività scientifica volta alla costruzione dogmatica del diritto, nella persuasione che il sapiente intreccio di concetti giuridici, ricavabili dalle norme e dai principi ad esse sottesi; che la loro ordinata elaborazione in un ordine sistematico razionale, reputato esistente nell'ordine normativo e da questo ricavabile, ma in realtà fortemente propiziato dal legislatore e imposto dalle raffinate elaborazioni di una scienza giuridica prona ai suoi desideri; che la creazione di categorie astratte necessarie per dare ordine al sistema, altro non fosse che la costruzione dell'ordine "giusto"; anzi, che la stessa giustizia scaturisse da queste geometriche costruzioni concettuali, aventi un precostituito fondamento non nella realtà sociale o nei bisogni dell'uomo, nel rispetto della sua natura, o – secondo la più elevata speculazione metafisica – nel diritto divino, ma nella previsione positiva, generale, astratta, del legislatore umano.

Ne è venuto fuori quel positivismo "acritico" appiattito sul dato positivo,

principi empirici ricavabili dalle norme, ma nella ragion pura, ritenuta "unico fondamento di ogni legislazione positiva possibile" (cfr. I. KANT, *Metaphysik der Sitten* (1797), trad. it. di G. VIDARI, *La metafisica dei costumi*, Bari 1983, pp. 33-34); onde l'identificazione fra norma e giustizia, mancando la quale non potrebbe parlarsi di diritto, se non in senso appunto empirico e, al postutto, improprio, non avrebbe potuto né potrebbe essere reputata come un connotato indefettibile della norma, ma quale frutto dell'opera della giurisprudenza (intesa, in senso lato, come scienza giuridica). Per la verità, l'affermata preminenza della conoscenza (fondata sui principi della ragion pura), rispetto al dato conosciuto, aveva indotto Kant a non attribuire all'interpretazione giuridica i compiti che per secoli aveva svolto, primo dei quali di riconoscere attraverso l'*aequitas* ciò che la "natura" esige. Nel ritenere la legge positiva come l'unico oggetto della scienza giuridica (KANT, *op. cit.*, p. 40), egli però propiziò l'identificazione fra diritto (positivo) e giustizia, alla quale in linea di principio era avverso; quell'identificazione che avrebbe rappresentato un punto fermo per le correnti positivistiche del successivo pensiero giuridico.



tipico della scienza giuridica secolare e, in maniera non meno decisa, di quella canonica fino ai nostri giorni; quell'entusiasmo per le categorie giuridiche, assunte con una fiducia quasi feticistica nella loro bontà; quella concezione del diritto positivo come unico possibile luogo di residenza della giustizia; infine, quella identificazione della dimensione morale con quanto disposto dal legislatore umano, mirante a far scomparire o quanto meno ad attenuare la coscienza critica sui contenuti del diritto, nello stesso momento in cui, contraddittoriamente, veniva affermata la distinzione di principio fra morale (che per alcuni poteva essere lasciata alla Chiesa) e diritto (spettante allo Stato, il quale, però, alla fine avrebbe preteso di essere fonte e guida della stessa morale).

Ne venne ancora, conseguenzialmente ma di pari passo, l'esaltazione del momento legislativo, posto non a fianco dell'esperienza giuridica, ma sopra di essa, anzi in funzione genetica della stessa; l'idea che il giusto non fosse il profilo morale del diritto, trascendente la norma, benché da ricercare in essa o fuori di essa e talora, se necessario, anche contro di essa, da parte di una coscienza, nella sua radice ultima, non dipendente dalla norma; ma, identificato senz'altro con questa, che il giusto potesse essere oggetto di creazione, e che questo potere, questa capacità creativa di una dimensione morale che non poteva stare racchiusa nella norma, fosse nelle mani dell'autorità. Al contempo ne venne altresì uno svilimento di quella parte della scienza giuridica ritenuta non partecipe di tale attività creativa, e in particolare della giurisprudenza (che qui intendo nel senso suo ristretto), ridotta ad organo di attuazione di una giustizia identificata con la norma posta dal legislatore e, quindi, metonimicamente con questa stessa. I giuristi poi, quando non furono concepiti come catena di trasmissione di un potere che viveva fuori della loro responsabilità, furono riconosciuti come elaboratori degli strumenti tecnici concettuali al servizio dell'opera legislativa, e in tale riconoscimento avrebbero dovuto trovare la loro gratificazione.

Ne venne, infine, ed è ancora più grave, un offuscamento della stessa coscienza morale individuale nei confronti della norma positiva e, in genere, di quanto fosse disposto dall'autorità, proprio per la riduzione del 'Diritto' per antonomasia (il diritto con la "D" maiuscola) al diritto positivo, con la teorizzata identificazione di principio fra la giustizia e il diritto, qualunque cosa questo avesse disposto.

Il baratro in cui questa visione ideologica del potere, non avvinto e limitato dai valori etici ma generatore degli stessi attraverso l'attività normativa, precipitò il mondo nel secolo scorso (ma il discorso potrebbe valere, e forse più, anche per il presente) fu la prova irrefutabile della sua inidoneità a sorreggere le sorti dell'umanità.

## 6. L'ANTIDOGMATISMO

La direzione verso cui avrebbero dovuto muoversi i giuristi era dunque tracciata e imposta dai fatti: l'antidogmatismo; che nel caso nostro significa la ritrovata indipendenza concettuale del fondamento della giustizia rispetto alla norma – del “Diritto” rispetto al “diritto positivo” – con tutto ciò che da essa consegue, risalendo a ritroso il cammino che la scienza giuridica aveva fino ad allora percorso, e, come esito di tutto ciò, un risveglio dell'autonomia della coscienza morale.

L'antidogmatismo, che caratterizza una parte della scienza giuridica contemporanea dell'Europa continentale, come reazione agli eccessi dogmatici del precedente periodo, naturalmente convive con la trattazione dogmatica del diritto; del resto, non dello strumentario concettuale potrebbe farsi rimprovero ai giuristi, giacché senza di esso ovviamente non sarebbe possibile non solo alcuna costruzione ma neppure alcun discorso scientifico; ma semmai dell'atteggiamento intellettuale che induceva a riporre in quelle costruzioni una forza salvifica dell'uomo, rivelatasi del tutto vana quando esse furono concepite in modo puramente formale, e furono amate per la loro eleganza estrinseca, per lo scintillio di intelligenza che riverberavano, poco curandosi del loro aggancio con la realtà che regolavano.

7. L'ESPERIENZA GIURIDICA NELLA CHIESA: LA FUNZIONALITÀ  
DELLE NORME RISPETTO ALLE FINALITÀ E AI VALORI AFFERMATI  
E PERSEGUITI DALL'ORDINAMENTO

Veniamo all'esperienza giuridica della Chiesa. Qui ci troviamo in una condizione totalmente diversa rispetto a quella preconizzata dalla scienza giuridica secolare contemporanea, poiché nella Chiesa si incontra o si dovrebbe incontrare, coniugata mirabilmente, quell'armonia fra estremi opposti, che si realizza nella convivenza fra dogmatismo e antidogmatismo.

Se il dogmatismo può sembrare ricalcare i momenti ora descritti nell'evoluzione della scienza giuridica secolare, nella Chiesa e nella cultura da essa ispirata ritroviamo, molto più che altrove, anche i presupposti perché possa essere sviluppato un antidogmatismo idoneo ad agganciare il diritto alla realtà da esso regolata e ai valori etici che la sottendono e la governano, e con riferimento a questa, ad elaborare gli strumenti critici atti a valutarlo.

In questa ottica, la norma non è un feticcio da adorare, ma soltanto uno strumento (necessario) in funzione della giustizia e vale se risponde bene a tale funzione. Ciò che conta in tale ordinamento non è il complesso normativo, inteso in senso formale, ma è l'insieme dei valori in esso racchiusi e le finalità metagiuridiche dallo stesso perseguite. Il diritto è essenzialmente aperto a quei valori e a quelle finalità, nei quali risiede non solo la sua mo-

ralità, ma la stessa ragione del suo esserci. La garanzia della loro corretta attuazione non può essere estrinseca, non può essere riposta in sapienti scelte di ingegneria politico costituzionale, che dovrebbero aprioristicamente assicurare su di essa, ma va continuamente controllata; quell'attuazione si ha, se si ha. La norma fa giustizia, mostrando così il suo trascendente valore, se effettivamente la fa; ma potrebbe non farla, nel qual caso non potrebbe vantare la qualifica di "giusta". Un sano scetticismo nei confronti degli strumenti formali (che paradossalmente sembrerebbe accompagnare l'ossequio devoto per la legge) è stato sempre presente nella scienza giuridica canonica.

L'esperienza giuridica nella Chiesa aveva dunque in sé gli anticorpi per restare immune dalla ventata di dogmatismo formale che ha percorso negli ultimi due secoli la scienza giuridica secolare e che ancora soffia impetuosamente in estesi suoi settori. Soprattutto nella società ecclesiale mai si è concesso alla norma un credito illimitato quanto alla sua funzionalità rispetto alla giustizia. Che sia funzionale, occorre e occorre sempre verificarlo. Un compito, questo, al quale non possono sottrarsi non solo gli organi specifici cui è demandato, ma neppure i fedeli, investiti o no che siano di funzioni istituzionali nella Chiesa. Tutto ciò manifesta, sia detto per inciso, un concetto rigoroso e impegnativo non solo della responsabilità scientifica, ma anche, più latamente, della responsabilità personale, assai più alto di quello espresso dalle antropologie umanitaristiche, che si chinano con ostentata misericordia verso l'uomo "debole" riducendone la responsabilità per i suoi atti e misfatti, ma così erodendone la grandezza e la dignità proprie dell'uomo padrone del proprio destino e del proprio futuro.<sup>8</sup>

#### 8. LA VOCAZIONE ESSENZIALE DELLA SCIENZA GIURIDICA CANONICA

I presupposti culturali su cui si asside la scienza giuridica canonica inducono pertanto ad amare non le idee in astratto, ma queste in quanto s'incarnino e si realizzino nell'umanità: non la "verità", ma la verità che è Cristo; non la "libertà", ma l'uomo libero; e dunque non la giustizia astratta della norma disposta dal legislatore, ma quella che si realizza, che prende corpo, quando a ciascuno si riconosce e si dà quel che gli spetta. Il canonista sa che la giustizia non è pura simmetria di concetti, quale può essere pensata e immaginata

<sup>8</sup> Non solo valide ragioni teologiche spiegano, pertanto, perché nella Chiesa non abbia potuto stabilirsi o attecchire la dottrina della separazione dei poteri, e perché gli sforzi svolti da parte di alcuni importanti settori della scienza giuridica canonica contemporanea, che parrebbero andare in tale direzione, riguardano più il miglioramento dell'esercizio del potere (c.d. organizzazione ecclesiastica), che non l'assetto costituzionale della Chiesa. Quand'anche non vi fossero quelle ragioni, tale dottrina non avrebbe in ogni caso potuto assicurare le garanzie di buon esercizio del potere che essa può fornire in ordinamenti che propendono per una concezione formalistica della giustizia.

da un legislatore o costruita in brillanti sistemi dalla scienza giuridica, ma simmetria di rapporti fra persone, quale si realizza nella loro concretezza storica. Certo, il legislatore può e deve dare direttive mediante le norme, ma la sua volontà sarebbe arbitraria se pretendesse d'essere la fonte ultima del giusto, e, quanto meno, resterebbe velleitaria se la sua attuazione non fosse a questo ancorata.

La validità della norma deve essere infatti, per un verso, sostanziale, legata strettamente ai suoi contenuti e non al fatto che è stata formalmente sancita dal legislatore; per un altro verso deve essere comprovata dalla sua idoneità a rendere attuale il giusto nella società, non pretendendo di rinserrarlo esclusivamente in se stesso, poiché la giustizia è più ampia della norma, la trascende, da essa deborda, e alla sua individuazione contribuiscono, sebbene con diversa responsabilità, legislatori, giudici, interpreti della norma, uomini di essa "assetati".

Tanto più ciò vale nella Chiesa, ove il "Diritto", dico il "Diritto" con la "D" maiuscola – non, dunque, come osservava criticamente Kant, ciò che "le leggi empiriche in un certo luogo e in un certo tempo prescrivono o hanno prescritto"<sup>9</sup> –, ma quello che si può fregiare davvero di quella qualifica, non è il futuro e incerto prodotto di una norma, ma è un sicuro presente, benché ancora non realizzato: è il progetto divino per la vita relazionale dell'uomo, che precede la norma e la segue nella sua attuazione, ne rappresenta, in altri termini, la trascendente fondazione.

Ecco tracciato il principale impegno metodologico della scienza giuridica canonica per il futuro: contribuire a far sì che, con l'interpretazione e lo studio del diritto posto, con la collaborazione propositiva con chi ha il compito di emendare quello già emanato o di proporlo di nuovo, il diritto collimi, per quanto possibile, con il disegno di Dio sull'uomo, quale anche si è riversato nella natura di cui l'ha dotato; del qual disegno la scienza giuridica – come ho detto prima – potrà testimoniare la certa esistenza, nel momento stesso in cui avverte la problematicità della sua individuazione.

La scienza giuridica canonica svolgerà in tal modo anche nel futuro il delicatissimo e preziosissimo compito, cui da sempre è stata chiamata: di assicurare la circolarità fra il "dato", nella Chiesa costituito dal diritto divino, con il "costruito"<sup>10</sup> da parte degli uomini; essa in tal modo garantirà l'apertura

<sup>9</sup> Cfr. nota 7.

<sup>10</sup> J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Paris, Sirey, 1935, p. 28. La distinzione fra «dato» e «costruito» era servita a F. Geny (*Science et Technique en droit privé positif*, I, Paris, Sirey, 1922, pp. 96-100), come elemento discretivo fra scienza, avente ad oggetto il «dato», e tecnica, avente ad oggetto il «costruito». Per sé dunque la scienza giuridica, in tale visione, sarebbe una "tecnica", non una "scienza". Ma non sfuggiva al Geny come «donné et construit se mélangent et s'entre-croisent pour fournir à la vie juridique toutes les directions nécessaires» (p. 97).

del sistema normativo e dell'intera esperienza giuridica della società ecclesiale al flusso della storia, nella permanenza e nella indefettibilità del suo fondamento ultimo, e per la sua migliore attuazione, senza avere il timore di svolgere l'attività che le compete, e senza avere la paura di svolgerla e di rivendicarla come un proprio diritto e, soprattutto, come un proprio dovere.