

LA PROBLEMATICA GIURIDICO-CANONICA
SUL MATRIMONIO E SULLA FAMIGLIA
NELL'ORIZZONTE DELLA GIUSTIZIA
E DELLA MISERICORDIA.
ASPETTI FONDAMENTALI*

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M.

RIASSUNTO: Si propone un'ottica diversa per mettere a fuoco la problematica giuridico-canonica sul matrimonio e sulla famiglia, in cui si affermi la centralità non più del sistema normativo e processuale, bensì della dimensione di giustizia inerente al matrimonio e la famiglia quali beni giuridici ecclesiali, al cui servizio si pone quel sistema. Nello stesso tempo, si mostra l'armonia tra misericordia e giustizia, l'importanza della misericordia per il riconoscimento e la protezione dei diritti nella Chiesa, e la necessità di tener sempre conto del diritto divino nell'applicazione della legge canonica ai casi singoli.

PAROLE CHIAVE: diritto canonico matrimoniale, famiglia, giustizia, misericordia.

ABSTRACT: In this article, the juridical-canonical problem of marriage and family is focused in a different way. The centrality is not more attributed to the normative and procedural system, but to the dimension of justice inherent in marriage and family as ecclesial juridical goods, to whose service that system is placed. At the same time, the article shows the harmony between mercy and justice, the importance of mercy for the recognition and protection of rights in the Church, and the need to always keep account of divine law in the application of canon law to individual cases.

KEYWORDS: canon law marriage, family, justice, mercy.

SOMMARIO: 1. Impostazione abituale della problematica giuridico-canonica sul matrimonio e la famiglia alla luce del diritto come norma generale e della sua applicazione misericordiosa al caso singolo. – 2. La dimensione di giustizia come chiave ermeneutica in quest'ambito: il matrimonio e la famiglia come bene giuridico ecclesiale. – 3. Il matrimonio come rapporto di giustizia e di amore. – 4. Alcune conseguenze dell'esistenza di una dimensione di giustizia nel matrimonio e nella famiglia. – 5. La rilevanza della misericordia nella dimensione giuridica del matrimonio e della famiglia nella Chiesa. – 5.1. Considerazioni generali. – 5.2. La misericordia nell'applicazione della legge canonica.

* Relazione al XVI Congresso Internazionale della *Consociatio Studio Iuris Canonici Promovendo, Diritto Canonico e Culture Giuridiche*, Roma, 2-7 ottobre 2017.

1. IMPOSTAZIONE ABITUALE DELLA PROBLEMÁTICA
GIURIDICO-CANONICA SUL MATRIMONIO E LA FAMIGLIA ALLA LUCE
DEL DIRITTO COME NORMA GENERALE E DELLA SUA APPLICAZIONE
MISERICORDIOSA AL CASO SINGOLO

QUANDO si pensa al diritto matrimoniale canonico, e anche al tante volte auspicato diritto canonico di famiglia, quasi sempre la parola «diritto» viene intesa come complesso o sistema normativo della Chiesa in quest'ambito. Del resto, in ciò si segue la concezione abituale dell'intero diritto ecclesiale. Il binomio diritto canonico-diritto civile si intende anche come dualità di sistemi od ordinamenti, di cui si tengono presenti gli influssi reciproci, senza concepire un ordine giuridico comune, che di fatto risulta sempre più problematico anche sotto il profilo della mera comparazione.¹

In tale ottica, le norme canoniche matrimoniali e familiari appaiono come regole generali umane, in questo caso emanate per lo più dal Supremo Legislatore. È vero che generalmente si accetta la categoria del diritto divino, naturale e divino-positivo, inerente alla realtà ecclesiale in maniera intrinseca; ma è pur vero che, tranne per alcuni problemi specifici (come ad es. la retroattività del dolo come capo di nullità introdotto dal Codice del 1983), tale categoria sembra piuttosto ininfluenza in pratica. Ho l'impressione che prevalga largamente l'idea secondo cui i canoni matrimoniali, alla stregua degli altri canoni, costituiscano delle griglie estrinseche che si applicano a certi aspetti dei rapporti familiari nella Chiesa. In fondo è lo stesso concetto di diritto come sistema di norme, con il suo normativismo che sfocia facilmente in positivismo, un fattore decisivo che impedisce di cogliere la nozione di un diritto matrimoniale canonico che sia intrinseco alla realtà dei matrimoni dei fedeli.

In questa cornice ermeneutica il sistema normativo matrimoniale canonico consiste soprattutto nell'ordinamento legislativo e giudiziario delle nullità del matrimonio, cui si aggiungono le ipotesi eccezionali di scioglimento. La giustizia viene vista pertanto in relazione alla sua amministrazione ad opera del potere giudiziale. I tribunali ecclesiastici devono operare secondo ciò che è giusto, nel senso che devono applicare la normativa vigente trattando i casi uguali in modo uguale e quelli diversi secondo quanto richiesto dalla diversità. La giustizia costituirebbe quindi un'esigenza dell'operatività

¹ La progressiva distanza tra entrambi i sistemi è agli occhi di tutti, a partire dall'abbandono del principio di indissolubilità fino al rigetto dell'eterosessualità. Come presentazioni d'insieme del diritto secolare di famiglia, con un penetrante sguardo critico di una situazione che nel frattempo si è aggravata di molto, conservano il loro interesse le opere di R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid 1995 e C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el derecho de familia*, Rialp, Madrid 1996.

del sistema normativo, piuttosto che una dimensione della stessa realtà regolata ed oggetto di giudizio giurisdizionale.

Di solito non si sente bisogno di invocare la misericordia in questo quadro per quel che riguarda le nullità matrimoniali, a differenza delle ipotesi di scioglimento, impostate proprio come grazie e quindi come attuazione della misericordia che oltrepassa la giustizia. Anzi, l'invocare la misericordia nell'interpretazione e nell'applicazione dei capi di nullità appare a ragion veduta fuorviante e pericoloso, in quanto sembra una minaccia contro lo stesso senso del giusto, indebitamente soggettivizzato e relativizzato. Ci si deve chiedere pertanto quale senso possa avere la misericordia nell'operato dei tribunali ecclesiastici in tema di nullità matrimoniale.

D'altra parte, è chiara la rilevanza della misericordia in altre questioni che toccano pure il diritto nella Chiesa in questo campo. Si pensi a un tema tanto attuale come quello dell'atteggiamento dovuto nei confronti dei fedeli che vivono le cd. situazioni matrimoniali irregolari, specialmente per quel che attiene all'amministrazione dei sacramenti e a certe responsabilità ecclesiali. La misericordia viene vista in tali casi come un adattamento del diritto canonico alle situazioni concrete dei fedeli e delle comunità allo scopo di raggiungere la finalità salvifico-pastorale della stessa disciplina ecclesiale. Dovremo esaminare dunque il rapporto tra giustizia e misericordia per cercare criteri validi di soluzione a tali questioni.

La mia esposizione prenderà le mosse dalla giustizia, indispensabile per comprendere la giuridicità del matrimonio e della famiglia anche nella Chiesa, ed esaminerà poi il ruolo della misericordia nell'ambito canonico.

2. LA DIMENSIONE DI GIUSTIZIA COME CHIAVE ERMENEUTICA IN QUEST'AMBITO: IL MATRIMONIO E LA FAMIGLIA COME BENE GIURIDICO ECCLESIALE

La questione più fondamentale che si pone in qualsiasi ambito del diritto consiste nella determinazione del bene giuridico che è in gioco. Il bene giuridico di cui ci occupiamo qui è il matrimonio e la famiglia. A poco a poco si andrà chiarendo il significato di tale affermazione. In partenza dobbiamo ribadire che questo bene possiede una duplice ed inscindibile dimensione: naturale e soprannaturale o salvifica. Il secondo aspetto è il fondamento immediato della rilevanza giuridica intraecclesiale di questo bene, ma va sottolineato che all'interno della Chiesa il bene mantiene intatta la sua costitutiva indole naturale. Per il nostro tentativo iniziale di evidenziare l'essere di questo bene giuridico nella Chiesa, risulta perciò necessario incominciare dalla dimensione naturale, per poi passare a quella soprannaturale.

Il matrimonio e la famiglia costituiscono un bene giuridico. Per comprendere la peculiarità di questo bene conviene osservare che si tratta di un be-

ne che non solo è oggetto di relazioni giuridiche, ma consiste esso stesso in un insieme di relazioni giuridiche. In altri termini, in questo caso il bene è intrinsecamente relazionale sotto il profilo giuridico. Il matrimonio e la famiglia sono realtà in se stesse giuridiche, nella misura in cui i rapporti di giustizia sono in essi costitutivi. Com'è ovvio, questa visione si discosta radicalmente da quella positivista secondo cui la giuridicità verrebbe data dal rapporto di queste realtà, di per sé non giuridiche, con il sistema normativo e con il potere pubblico.

Il matrimonio e la famiglia sono realtà essenzialmente inseparabili. Il senso veramente matrimoniale dell'unione tra un uomo e una donna si illumina in funzione della famiglia che intendono fondare. Reciprocamente la famiglia si costituisce in virtù del matrimonio, per cui lo stesso rapporto tra i coniugi è di natura veramente familiare. Il fatto che la generazione umana possa avvenire al di fuori del matrimonio, e che pertanto si possa istaurare così una certa famiglia imperfetta, non deve far dimenticare che ad essa manca una condizione essenziale per la sua corrispondenza con le esigenze naturali. Perciò lo stesso concetto di famiglia si applica in senso analogico a tale realtà, le cui differenze rispetto alla famiglia di fondazione matrimoniale vanno sempre tenute presenti, allo scopo anzitutto di non relativizzare la necessità di tale fondazione.

Nel matrimonio e nella famiglia si possono distinguere due tipi di relazioni giuridiche: quelle intercorrenti tra le persone che li compongono (tra i coniugi, tra genitori e figli, tra i vari altri parenti), e quelle riguardanti la famiglia in quanto soggetto giuridico unitario. Questa è la peculiarità che viene sottolineata dall'espressione "comunità familiare",² la quale ha dei rapporti sia con i suoi propri membri sia con altri soggetti privati e pubblici. Particolare rilievo possiedono le relazioni giuridiche delle famiglie con le varie comunità umane in cui esse naturalmente si integrano e di cui costituiscono la cellula fondamentale (a livello locale, regionale, nazionale, internazionale).³

Ogni persona umana partecipa al bene giuridico del matrimonio e della

² A questi effetti la soggettività del noi di marito e moglie si può far rientrare in quella della famiglia cui hanno dato vita, anche qualora non abbiano figli.

³ La Santa Sede, dopo il Sinodo dei Vescovi del 1980, presentò all'attenzione dei governi e di tutte le istituzioni e persone interessate una *Carta dei diritti della famiglia*, 22 ottobre 1983. Nel contesto della formulazione dei diritti delle famiglie in quanto tali, si enunciano i principi giuridici fondamentali circa il matrimonio, la vita umana e l'educazione, e si presentano le diverse conseguenze del diritto fondamentale a esistere e a progredire come famiglia (cfr. art. 6): vita religiosa, partecipazione attiva alla vita sociale, beneficiare di giuste politiche familiari pubbliche, adeguata organizzazione del lavoro, abitazione adatta, protezione in caso di migrazione. Anche all'interno della Chiesa esistono diritti della famiglia in quanto tale, i quali iniziano dal riconoscimento degli stessi principi naturali sul matrimonio, la vita umana e l'educazione, e poi si estendono al rispetto e promozione della famiglia nella vita ecclesiale, sia nell'ambito associativo che in quello della Chiesa come istituzione.

famiglia, e ciò costituisce una dimensione primordiale della sua biografia. Tale partecipazione si basa su relazioni familiari che implicano delle identità personali permanenti (marito, moglie, padre, madre, figlio, figlia, fratello, sorella, ecc.). In primo luogo, la persona è membro di una famiglia d'origine in cui è anzitutto figlio o figlia. Il suo sviluppo personale è legato in modo decisivo alla sua vocazione matrimoniale,⁴ mediante la quale fonda una nuova famiglia, oppure alla scelta di rimanere celibe o nubile, che può anche assumere un senso vocazionale. Opera dunque prima la possibilità del matrimonio come diritto fondamentale della persona umana (lo *ius connubii*), e poi il bene di essere coniuge e potenziale padre o madre. La distinzione tra le relazioni riguardanti la famiglia d'origine e quelle concernenti la nuova famiglia costituita mediante il matrimonio, e in definitiva la difesa delle identità personali permanenti che sono frutto di tali relazioni, è protetta da sempre nelle culture umane tramite la proibizione dell'incesto ossia dei rapporti sessuali tra parenti stretti che non siano gli stessi coniugi.

Il bene della dimensione differenziata e complementare della persona come uomo e come donna (mascolinità e femminilità) è primariamente orientato secondo la natura umana verso il matrimonio. In esso tale bene assume la dimensione vincolata della coniugalità. Tuttavia, non solo è possibile il pieno sviluppo umano senza il vincolo coniugale, ma va tenuto presente che il bene della persona umana in quanto sessuata, uomo o donna, riguarda l'insieme della sua vita umana individuale e sociale. In questo senso devono essere riconosciuti e tutelati due grandi principi giuridici: l'uguale dignità personale di uomini e donne, contro ogni ingiusta discriminazione basata sul sesso; e la valorizzazione della reale diversità tra l'essere persona-uomo e persona-donna, contro ogni ingiusta uniformità che pretenda abolire la differenza, adottando uno dei sessi come modello per l'altro. Il bene della mascolinità o della femminilità, nella ricchezza personale delle sue dimensioni corporee e spirituali, è un diritto della singola persona ma anche della società nel suo insieme. Perciò tale bene deve essere socialmente riconosciuto secondo giustizia da tutti nei suoi vari aspetti: verità essenziale sulla condizione sessuale umana, intimità e pudore con cui va vissuta, libertà per vivere la sessualità in modo umano con la capacità di impegnarsi in scelte vocazionali matrimoniali e celibatarie, esigenza di educazione e ambiente sociale adeguato al suo sviluppo, ecc.

Il bene del matrimonio e della famiglia, compresa la sua dimensione di giustizia, è intrinsecamente appartenente alla realtà soprannaturale della Chiesa di Cristo. La massima espressione di questo inserimento nell'economia della salvezza cristiana è la natura di sacramento in senso stretto che è propria del

⁴ Cfr. R. DÍAZ DORRONSORO, *La naturaleza vocacional del matrimonio a la luz de la teología del siglo XX*, EDUSC, Roma 2001.

matrimonio tra battezzati. Ne segue che il matrimonio costituisce un bene giuridico immediatamente salvifico, come gli altri sacramenti cristiani, ma con la specificità propria dell'essere un segno sacramentale che possiede una consistenza d'indole naturale, per cui non esistono due matrimoni, uno naturale ed un altro soprannaturale, bensì uno solo, nel quale s'intrecciano le due dimensioni. Unitamente alla vocazione matrimoniale, propria della stragrande maggioranza delle persone ed inseparabile dalla vocazione radicale alla santità e all'apostolato, Cristo ha mostrato la grandezza della vocazione al celibato assunto per motivi soprannaturali. Questo dono di Dio, di fedeli sacerdoti, religiosi o laici, costituisce certamente un bene giuridico specificamente ecclesiale di grande rilievo nella vita dell'intero Popolo di Dio.

D'altra parte, questa considerazione certamente centrale della sacramentalità del matrimonio non deve oscurare la rilevanza soprannaturale complessiva del matrimonio e della famiglia, che ha altre manifestazioni, tutte in fondo connesse con quella dignità sacramentale. Innanzitutto, va ricordato che il matrimonio e la famiglia sono stati sempre inseriti nell'ordine salvifico, per cui anche nei loro confronti non è mai esistito uno stato di natura pura. Ciò si applica certamente al matrimonio nello stato di giustizia originale, ma anche al matrimonio di tutti dopo il peccato originale, il quale malgrado il disordine conseguente partecipa all'anelito della redenzione in Cristo. Ne deriva che l'ottica cristiana dinanzi a qualunque unione matrimoniale include la percezione della sua ordinazione a diventare sacramento in senso proprio, mediante il battesimo dei coniugi.

Nello stesso tempo, anche la famiglia, con i rapporti giuridici che le sono propri, è un bene giuridico legato all'ordine soprannaturale, il che trova la sua compiuta realizzazione nelle famiglie costituite dal matrimonio tra battezzati. Le varie relazioni giuridiche ad esse concernenti, in primo luogo tra i coniugi e tra genitori e figli, possiedono quindi un rilievo ecclesiale anche sotto il profilo del diritto. E nel Popolo di Dio tutti gli aspetti naturali del bene della mascolinità e della femminilità, di qualsiasi persona che abbia contatti con la Chiesa e con i cristiani, devono essere oggetto di un riconoscimento e tutela speciale, anche perché possiedono una rilevanza salvifica.

3. IL MATRIMONIO COME RAPPORTO DI GIUSTIZIA E DI AMORE

Per meglio comprendere il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale, conviene molto approfondire la giuridicità del matrimonio come fondamento della famiglia. Viviamo tempi in cui il matrimonio è per molti un bene da riscoprire. E tale riscoperta comprende sia la dimensione dell'amore che quella della giustizia.⁵

⁵ Le considerazioni che espongo sono in linea con quelle di diversi altri autori: cfr. ad

Per cercare di mostrare queste dimensioni, ci possiamo chiedere in che consista l'una sola carne, cioè l'unione tra l'uomo e la donna in quanto tali che costituisce il matrimonio indissolubile e aperto alla vita? Come i due riescono ad essere uno, come marito e moglie e come possibili genitori? Certamente non si tratta di una fusione ontologica, poiché le due persone non possono perdere l'incomunicabilità propria del loro essere personale, e pertanto l'intrasferibile dignità, libertà e responsabilità di ciascuna anche nel loro rapportarsi come coniugi. La questione verte proprio sulla determinazione del modo di comunicare, e perciò di mettere in comune, l'essere maschile e l'essere femminile, compresa la sua essenziale dimensione procreativo-educativa. Anzitutto, va tenuto presente che la mascolinità e femminilità sono relazionali, per cui, presupposta la vocazione e la decisione matrimoniale, sono di per sé orientati a entrare in comunione, sia nel corpo che nell'anima.

Quale modo di comunicare la mascolinità e la femminilità è facile pensare all'amore che unisce gli sposi, a quell'amore talmente legato al matrimonio che si chiama per l'appunto coniugale o matrimoniale. San Paolo esprime il nesso tra amore ed *una caro* con grande efficacia: «Così anche i mariti hanno il dovere di amare le mogli come il proprio corpo: chi ama la propria moglie, ama se stesso» (Ef 5, 28). Si noti che egli parla di «dovere di amare», e che il fondamento di tale dovere risiede nella profonda unità che si è stabilita tra marito e moglie. A quest'unità, attinente sia al corpo che all'anima, si riferisce lo stesso Paolo a proposito dell'atto coniugale: «Il marito dia alla moglie ciò che le è dovuto; ugualmente anche la moglie al marito. La moglie non è padrona del proprio corpo, ma lo è il marito; allo stesso modo anche il marito non è padrone del proprio corpo, ma lo è la moglie» (1 Cor 7, 3-4). Questi testi evidenziano che il legame coniugale ha un'essenziale componente di giustizia, in virtù del quale l'uomo e la donna si coappartengono, e sono davvero l'uno per l'altro "mia moglie" e "mio marito", in una maniera permanente che oltrepassa l'ambito dell'agire insieme. Poiché il rapporto riguarda un aspetto così personale come l'essere uomo o donna, esso può essere vissuto soltanto mediante l'amore mutuo interpersonale. Ma questo amore è dovuto, non già nel senso in cui si deve amare ogni persona umana in quanto prossimo, bensì secondo le esigenze specifiche del vincolo coniugale. E tali esigenze rientrano nell'ambito della giustizia, perché presuppongono un'unione peculiare tra l'uomo e la donna, in virtù della quale ciascu-

es. J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Giuffrè, Milano 2000; P. J. VILADRICH, *La definición del matrimonio*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, X Congreso internacional de Derecho Canónico, EUNSA - Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona 2000, pp. 205-312; J. I. BAÑARES, *La dimensión conyugal de la persona: de la antropología al derecho*, Rialp, Madrid 2005.

no di loro è dell'altro. Consideriamo brevemente il rapporto tra amore e giustizia nel matrimonio.

Il disegno naturale sul matrimonio e la famiglia si attua mediante la libertà umana, e tale libertà si esercita autenticamente nell'amore interpersonale. In questo senso, nel magistero della Chiesa nel sec. xx vi è una grande attenzione all'amore coniugale, in particolar modo nel Concilio Vaticano II.⁶ *Amoris laetitia* di Papa Francesco è dedicata proprio all'amore nella famiglia, e i due capitoli centrali trattano dell'amore (cap. iv: «L'amore nel matrimonio»; cap. v: «L'amore che diventa fecondo»). Il matrimonio e la famiglia in esso fondata si costituiscono mediante un libero atto di amore mutuo tra gli sposi (essendo tale amore nella sua essenza un atto della volontà della persona che si dona e accetta come coniuge e quindi anche come potenziale genitore), e il matrimonio già costituito è un'«intima comunità di vita e di amore coniugale», secondo la celebre espressione conciliare⁷. Tale comunità è dovuta, e va vissuta e cresce attraverso l'amore coniugale. Tuttavia, lo stesso testo, nel parlare del «consenso personale irrevocabile» che ne è la causa, dell'«istituzione che ha stabilità per ordinamento divino» e che è un «vincolo sacro» che «non dipende dall'arbitrio dell'uomo», esclude una semplicistica identificazione tra amore effettivo e matrimonio, e pertanto impedisce di concepire quale essenza del matrimonio la realizzazione esistenziale di quell'intima comunità di vita e d'amore. L'esigenza dell'amore nei rapporti tra genitori e figli, nonché in tutte le relazioni familiari, corrisponde alla sostanza interpersonale di tali rapporti e delle rispettive identità relazionali dei membri della famiglia. Emerge così la dimensione del vincolo, collegata alla giustizia ma nel contempo pienamente connessa all'amore,⁸ come lo evidenzia la stessa *Amoris laetitia*: «In definitiva, la spiritualità matrimoniale è una spiritualità del vincolo abitato dall'amore divino» (n. 315).

La dinamica dell'amore nel matrimonio e nella famiglia presuppone e si fonde con quella della giustizia. L'amore coniugale è vero se muove verso l'attualizzazione di ciò che è giusto nei rapporti tra marito e moglie, che in fondo implica sempre conformarsi alla loro coniugalità, ossia alla relazione di mutua coappartenenza tra loro nella mascolinità e la femminilità. Se si toglie questo riferimento alla giustizia allora si perde il senso dell'amore matrimoniale, che risulta così fragile e instabile come le reazioni emotive. A sua

⁶ Cfr. cost. past. *Gaudium et spes*, 46-52. Ciò si verifica anche senz'altro nell'ampio insegnamento di San Giovanni Paolo II, ma nell'enc. *Casti Connubii* di Pio XI (31 dicembre 1930, «AAS», 22 [1930], pp. 539-592), efficace sintesi magisteriale in materia nella prima metà del sec. xx, appare molto frequentemente la dimensione dell'amore, ed esso occupa un posto di speciale rilievo nell'enc. *Humanae vitae* del Beato Paolo VI, nn. 8-9.

⁷ Cfr. cost. past. *Gaudium et spes*, 48a.

⁸ Cfr. J. J. PÉREZ-SOBA, *El amor crea vínculos: un anuncio liberador*, «Revista Española de Teología», 75 (2015), pp. 141-171.

volta essere giusti nella loro relazione coniugale richiede l'amore, perché gli atti esterni che si devono vicendevolmente possono essere compiuti solo nel modo che è matrimonialmente giusto se c'è amore, sia pure in minimo grado. Non si può concepire il vincolo se non lo si comprende quale relazione in cui l'amore è dovuto. Amore e giustizia s'intrecciano profondamente: il primo indica l'orizzonte interpersonale dell'unione e la pienezza cui è chiamata, la seconda corrisponde alla struttura fondamentale dell'unione secondo la sua natura, in cui l'uomo e la donna, rimanendo autonomi tra di loro, sono veramente diritto-realtà giusta dell'altro per quel che attiene alla loro dimensione maschile e femminile (è il senso profondo dell'essere "mio marito" e "mia moglie"), la quale implica sempre l'orientamento verso i possibili figli oppure altre modalità di accoglienza di altri nel rapporto d'amore matrimoniale. Nelle altre relazioni familiari, a cominciare da quelle tra genitori e figli, c'è un vincolo di parentela di sangue (inesistente nel matrimonio in quanto tale), sul quale si fondano le esigenze dell'amore e della giustizia. Anche lì si può ravvisare una priorità fondativa nel rapporto di giustizia, in quanto la specificità della relazione con l'altro segna le esigenze della verità dell'amore, e una priorità vitale nel rapporto d'amore, che muove a vivere secondo il diritto e ad andare oltre.

Per meglio comprendere il vincolo di giustizia inerente all'unione coniugale bisogna determinare il diritto che ne è alla base. Se intendiamo per diritto il bene di una persona in quanto le è dovuto da un'altra, diventa fondamentale precisare quale sia tale bene nel matrimonio. Si potrebbe pensare che la stessa persona umana degli sposi, nella totalità del loro essere relazionale, costituisca il bene coniugale, ossia che i coniugi siano diritto l'uno per l'altro secondo una pienezza di vita che deve essere condivisa. Una simile impostazione presenta almeno due problemi: la stessa persona non può costituire un diritto, un bene giuridico appartenente ad un altro, giacché ciò contraddirebbe la sua incomunicabilità; e il preteso bene giuridico avrebbe un'estensione così ampia ed indeterminata come la vita delle persone nella loro relazionalità. D'altra parte, il bene matrimoniale non può ridursi a un insieme di prestazioni mutue, le quali non spiegherebbero la permanenza dell'unione e porrebbero anche problemi circa la loro determinazione concreta, nella misura in cui tali prestazioni dipendono dalle circostanze mutevoli. Scartate queste due risposte, si comprende meglio il senso dell'affermazione secondo cui il bene nell'unione coniugale è costituito dalla stessa relazione tra la mascolinità e la femminilità delle persone sposate. Questa tesi, che potrebbe apparire tautologica, racchiude invece a mio parere una comprensione realistica e profonda del matrimonio, molto in linea con la nozione dell'una sola carne.

Sotto il profilo del diritto, la mascolinità è anzitutto un bene dello stesso uomo, così come la femminilità appartiene alla stessa donna, dovendo

essere tenuto sempre presente che tali beni non esistono quali beni chiusi nelle persone dei coniugi, ma comportano essenzialmente una teleologia verso i figli. Si tratta di beni naturali inerenti alle stesse persone umane, la cui giuridicità dipende dall'esistenza di doveri di giustizia da parte degli altri e della stessa società, anzitutto il rispetto socialmente dovuto alla condizione maschile e femminile, compresa la condizione genitoriale. Per comprendere l'indole essenziale di tali doveri di giustizia va tenuto presente che la mascolinità e la femminilità sono beni relazionali, in quanto pongono di per sé la persona in una determinata relazione con gli altri. Questa relazione comporta soprattutto l'inclinazione naturale all'unione con una persona dell'altro sesso. Quando avviene l'unione, come frutto del concorso della natura e della libertà, si verifica un qualcosa di unico nel mondo umano: dei beni naturali inerenti a due persone, la mascolinità e la femminilità nella loro relazionalità specificamente coniugale, passano a costituire dei veri diritti dell'altro. La mascolinità dell'uomo in quanto unito alla donna diventa un bene di quest'ultima, che cioè le appartiene e le è dovuto secondo giustizia da suo marito. Contemporaneamente, come aspetto inseparabile di una sola unione, la femminilità della donna in quanto legata all'uomo passa a essere un diritto di quest'ultimo, un bene suo che gli è dovuto dalla donna. In questo modo vi è una vera comunicazione e condivisione tra marito e moglie, la quale nella sua essenza è giuridica, perché implica i due presupposti essenziali del diritto: la configurazione di un bene come proprio di una persona, e la dipendenza dell'effettività di tale appartenenza dall'agire altrui. Il matrimonio e la famiglia in esso fondata risultano così naturalmente determinati, con una determinazione essenziale che è garanzia di autentica vitalità.

«Così non sono più due, ma una sola carne. Dunque l'uomo non divida quello che Dio ha congiunto» (Mt 19, 6). La prima conseguenza che Gesù trae dalla verità del principio sull'una sola carne, riguarda l'indissolubilità. Ciò si spiega ovviamente nel contesto del dialogo con i farisei, il cui tema era proprio la possibilità del ripudio. Ma ritengo che per la stessa comprensione dell'una sola carne la proprietà essenziale dell'indissolubilità risulti completamente decisiva. L'unione tra l'uomo e la donna non raggiunge la sua piena verità se non impegna la totalità anche temporale della loro mascolinità e femminilità. La comunicazione e compartecipazione dell'essere maschile e femminile è inautentica se viene minacciata dalla caducità mentre i coniugi vivono. Una donazione parziale di queste dimensioni non solo è ingiusta, con un'ingiustizia che non scompare in virtù del reciproco assenso, ma in realtà non può essere matrimoniale, in quanto contraddice il fatto che l'uomo e la donna coniugati, in quanto tali, non sono più due.

È facile ammettere, sulla scia della fenomenologia dell'amore umano, che l'indissolubilità è un bell'ideale. La difficoltà nasce quando, per cause volontarie o meno, la vita matrimoniale non va avanti. È allora che il vincolo

appare come una realtà vuota, che sussisterebbe unicamente in un registro e nell'applicazione di una legge positiva. Tuttavia, è proprio in tali circostanze che risuona in tutta la sua forza il monito di Gesù: «l'uomo non divida quello che Dio ha congiunto», con il suo appello alla riconciliazione dei coniugi e comunque al mutuo rispetto della loro identità relazionale, tenuto conto di tutta la sua rilevanza per loro stessi, per i figli e per la società. L'*una caro* non è stata il mero prodotto della volontà umana: è Dio stesso, Creatore dell'uomo e della donna, della loro relazionalità naturale, che ha unito il loro essere maschile e femminile in matrimonio. E il "per sempre" appartiene alla configurazione naturale di tale unione, alla sua struttura giuridica essenziale. Si rimane marito e moglie anche quando sembrano esserci tante buone ragioni per sciogliere tale legame, quando per motivi giustificati o meno si è instaurata una separazione, oppure quando si è cercato di stabilire una nuova unione.

È innegabile che in questo vincolo di giustizia che resta intatto in ogni circostanza si scorge un mistero, che s'illumina nel contesto del piano salvifico di Dio per l'umanità in Cristo, senza dimenticare che quell'illuminazione mediante la fede rimanda al disegno naturale, creazionale, del principio. Nell'accogliere l'indissolubilità dell'una sola carne, si prende assolutamente sul serio l'essere relazionale secondo giustizia dell'unione tra uomo e donna. Ed è proprio questa relazionalità quella realtà che assume un significato e un'efficacia salvifica: «*Per questo l'uomo lascerà il padre e la madre e si unirà a sua moglie e i due diventeranno una sola carne.* Questo mistero è grande: io lo dico in riferimento a Cristo e alla Chiesa!» (Ef 5, 31-32). Nella mia trattazione ho preferito lasciare implicito questo profilo, perché esso meriterebbe una trattazione separata, nella quale converrebbe evidenziare che in ogni rapporto di vera giustizia tra gli uomini vi è, almeno in modo implicito ma realmente operante, una dimensione trascendente e religiosa, da sempre avvertita nella connessione tra il diritto e il sacro; e che tale dimensione è certamente molto più profonda quando si tratta del rapporto matrimoniale e di tutti i rapporti familiari. Ciò spiega il perché la crisi religiosa sia così determinante nelle crisi matrimoniali: la percezione della giustizia in quest'ambito sfugge a chi nel rapporto con l'altro si chiude vitalmente in pratica alla trascendenza. Mi bastano questi accenni per ribadire l'esistenza di un solo disegno globale di Dio sul matrimonio e la famiglia, in cui si fondono e compenetrano, anche sul piano giuridico, gli aspetti umani e quelli salvifici.

4. ALCUNE CONSEGUENZE DELL'ESISTENZA DI UNA DIMENSIONE DI GIUSTIZIA NEL MATRIMONIO E NELLA FAMIGLIA

Mettere in luce la dimensione di giustizia inerente al vero matrimonio non implica compiere un passo indietro rispetto alla visione acquisita mediante

il Concilio Vaticano II e alla base della codificazione postconciliare. Tale rischio potrebbe derivare da un'inadeguata comprensione egoistica e conflittuale della giustizia, in contrapposizione all'amore, oppure da una logica che collocasse l'oggetto della giustizia coniugale nelle mere prestazioni. Invece, la rilevanza del profilo di giustizia, ovvero del diritto quale suo oggetto, va presentata secondo l'ermeneutica della continuità, in modo che mostri la ricchezza dell'autentica personalismo della *Gaudium et spes*.

In questa sede non vorrei dilungarmi su questi profili fondamentali, che richiederebbero un'esposizione troppo vasta ed articolata. Preferisco concentrarmi su alcuni aspetti del matrimonio che a mio parere si chiariscono quando si tiene presente il loro spessore di giustizia. La mia trattazione sarà dunque piuttosto esemplificativa, ma ho cercato di scegliere dei capisaldi, che poi possano servire a illustrare temi più particolari.

In primo luogo, sono convinto che il punto di vista del giusto e dell'ingiusto sia decisivo per cogliere il vero senso del diritto divino nel matrimonio e nella famiglia.⁹ In effetti, poggiando sulla nozione di diritto come insieme di norme è molto facile che l'attenzione si rivolga quasi esclusivamente alle norme umane, per cui il diritto divino diventerebbe una categoria problematica e quasi vuota, piuttosto inoperante nell'elaborazione teorica e nella prassi del diritto matrimoniale canonico. Al massimo essa servirebbe come limite, ma lo stesso fondamento del limite tende ad apparire come estrinseco, più riguardante un dato tramandato che un'esigenza intrinseca della realtà. Ciò certamente non comporta una permanente discussione di tutte le norme, ma la loro stabilità è percepita più come umana che come divina, il che in definitiva lascia l'intero sistema matrimoniale in uno stato fragile, privo di quella solidità che unicamente può provenire da una fondazione reale che rimandi a Dio. Anzi, questa stessa solidità può essere vista come frutto di ingenuità e dogmatismo.

Allo scopo di superare tale situazione vanno chiamati in causa tutti gli aspetti della realtà matrimoniale e familiare. Non deve essere però sottovalutato il contributo della considerazione della dimensione di giustizia e di diritto. La ragione è molto semplice: il diritto divino, sia naturale che positivo, se esiste davvero, è vero diritto, diritto vigente. Altrimenti c'è un grosso equivoco nella stessa denominazione. E se è vero diritto, per comprenderlo occorre prendere le mosse da un'idea di diritto. Se, come sono convinto, tale idea implica l'inseparabilità tra diritto e giustizia, il diritto divino in questo

⁹ Cfr. H. FRANCESCHI, "Ius divinum" e "ius humanum" nella disciplina matrimoniale. La "verità del matrimonio" come ragione e fondamento del sistema matrimoniale canonico, in AA. VV., *Ius divinum* (relazione nel XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico, Venezia 17-21 settembre 2008), a cura di J. I. Arrieta, coordinatore edizione: C.-M. Fabris, Marcanum, Venezia 2010, pp. 773-817.

campo sarà visto come oggetto della giustizia nell'ambito familiare, cioè come l'insieme dei beni appartenenti alle persone – a cominciare da quei beni inerenti alle stesse persone, come la coniugalità, la condizione genitoriale o filiale, ecc. – in quanto sono dovuti dagli altri secondo giustizia nel vivere queste relazioni familiari. In questo modo il diritto divino acquista la centralità che gli è propria sia in teoria che in pratica, e si pongono le premesse per una antropologia giuridica del matrimonio, secondo l'espressione usata da Benedetto XVI.¹⁰ L'intero sistema di dichiarazione e tutela del bene giuridico del matrimonio poggia sul riconoscimento di una realtà giuridica che, essendo nel suo nucleo divina, non può essere mutata né dalle parti né dai giudici.

In secondo luogo, l'avere in mente la giustizia agevola la comprensione dell'indissolubilità,¹¹ o forse meglio dello stesso matrimonio quale vincolo. È facile rendersi conto che se non esiste il giusto e l'ingiusto nel rapporto tra uomo e donna, regna l'incertezza e la fragilità della pura integrazione esistenziale, sempre minacciata da crisi che non solo metterebbero a rischio la convivenza, ma intaccherebbero la sussistenza dello stesso rapporto. Tale rapporto muterebbe essenzialmente, dall'essere un'esigenza di amore dovuto nella coniugalità all'essere un incontro sottratto a doveri che non siano quelli elementari del rispetto che si deve a qualunque persona. Un amore uomo-donna senza giustizia non può essere amore coniugale. L'indissolubilità diverrebbe un onere esterno, a rigore incomprendibile e da cui ci si vorrebbe liberare anche attraverso pseudoprocessi di nullità.

In positivo, la riscoperta antropologico-giuridica dell'indissolubilità costituisce un aspetto decisivo di quella pastorale del vincolo cui chiama Papa Francesco in *Amoris laetitia*, n. 211: tutti gli aiuti spirituali, psicologici, ecc. devono fondarsi sulla convinzione di essere veramente rivolti a coniugi, cioè legati da un vincolo che proprio per essere vivo va percepito nel suo essere per sempre. L'indissolubilità non è più una clausola che pretende dare l'apparenza di osservanza della dottrina della Chiesa, ma si trasforma in condizione essenziale del vissuto coniugale, fino al punto di potersi parlare di «una spiritualità del vincolo, abitato dall'amore divino», come fa lo stesso Papa Francesco in *Amoris laetitia*, n. 315.

In terzo luogo, l'ottica della giustizia consente di approfondire il matrimonio *in fieri*, e anzitutto il consenso matrimoniale. Quando si prescinde da tale profilo, per impostare il matrimonio solo come relazione d'amore, si rende oscura la rilevanza del momento costitutivo dell'unione. Tale mo-

¹⁰ Cfr. *Discorso alla Rota Romana*, 27 gennaio 2007.

¹¹ Sviluppo questa idea in *La indisolubilidad del matrimonio: su problemática comprensión actual y la importancia de una fundamentación antropológico-jurídica*, «Ius Canonicum», 57 (2017), pp. 129-150.

mento infatti si chiarisce quando si avverte che esso segna una novità nello stesso rapporto d'amore, e cioè la nascita di un amore dovuto secondo giustizia. Perciò, se nell'unione coniugale c'è un legame di giustizia è possibile che esista un prima e un dopo, un prima certamente preceduto da una storia di preparazione, e un dopo che apre alla realizzazione dell'intera comunità di vita e di amore, ma il consenso, mediante il quale si attua liberamente il piano naturale e salvifico del matrimonio, non è un momento qualunque nella biografia dei coniugi, bensì quello che costituisce la loro alleanza matrimoniale. Ciò va tenuto presente nell'esame sia della capacità che dell'atto del consenso: altrimenti le esclusioni e le incapacità vengono riferite alla vita matrimoniale, perdendosi la stessa possibilità di un matrimonio celebrato per sempre.

In quarto luogo, il vincolo di giustizia, proprio per la sua rilevanza sul piano naturale, risulta determinante per l'esistenza del sacramento matrimoniale tra i battezzati. È lo stesso rapporto di giustizia coniugale a costituire, attraverso la celebrazione che l'ha fatto nascere e lo rende visibile, la *res et sacramentum* del matrimonio. Esiste qui una singolare compenetrazione tra realtà giuridica e realtà sacramentale, tanto profonda che la dimenticanza della prima lascia nell'incertezza la determinazione della seconda, dovendosi cercare altri elementi, d'indole intenzionale, formale, ecc., che contraddicono l'unità tra la dimensione creaturale e quella salvifica del matrimonio.

In quinto luogo, vorrei accennare ad una questione, molto attuale, concernente la rilevanza giuridica della dimensione oggettiva del vincolo di giustizia che unisce i coniugi.¹² L'oggettività della giustizia è peculiare in virtù della sua relazionalità, e permette di affermare che esistono azioni oggettivamente giuste o ingiuste sotto il profilo del vincolo, a prescindere dalle disposizioni soggettive di chi le compie, e che tali azioni, qualora diano luogo a una situazione esterna d'indole stabile, non possono essere esternamente ignorate. Questo profilo di giustizia consente di comprendere come si debba richiedere una coerenza esterna, d'indole veramente giuridica, per ricevere la Comunione eucaristica e gli altri sacramenti nonché per incarichi e mansioni ecclesiali che per loro natura esigono tale coerenza nella comunione ecclesiale. Anche in questa materia il fatto di ricordare l'esistenza di rapporti di giustizia aiuta a comprendere il fondamento di soluzioni tradizionali, che non intendono in alcun modo discriminare o allontanare le persone, e che anzi si dimostrano molto rispettose della coscienza delle persone, in quanto non la giudicano.

¹² Ho sviluppato brevemente questo tema in *La rilevanza pastorale della giustizia oggettiva nella situazione dei fedeli che vivono relazioni affettivo-sessuali non matrimoniali*, «Ius Ecclesiae», 28 (2016), pp. 579-588.

5. LA RILEVANZA DELLA MISERICORDIA NELLA DIMENSIONE GIURIDICA DEL MATRIMONIO E DELLA FAMIGLIA NELLA CHIESA

5. 1. Considerazioni generali

Dopo aver presentato la prospettiva della giustizia nella problematica canonica sul matrimonio e la famiglia, ci si può chiedere se tale prospettiva sia veramente valida nell'ambito ecclesiale, oppure se essa andrebbe superata mediante un'accoglienza decisa e onnicomprensiva della misericordia, in modo che quest'ultima costituisca il principio fondamentale del diritto matrimoniale canonico. La centralità della misericordia nel Pontificato di Papa Francesco, e in particolare nei Sinodi sulla famiglia da lui convocati e nell'esortazione *Amoris laetitia*, potrebbe indurre a una simile conclusione. Del resto essa sarebbe facilmente collegabile con le tesi secondo cui alla carità, anziché alla giustizia, spetterebbe il primato immediato e costitutivo nell'impostazione dell'intero diritto canonico.¹³

In questa sede vorrei limitarmi ad alcune considerazioni basilari sul rapporto tra giustizia e misericordia, sperando che esse possono essere utili per le singole questioni canoniche. Non mi addentro nella complessa storia di quel binomio, che si rispecchia soprattutto nel concetto di equità, né nel dibattito specifico tuttora in corso sull'interpretazione del capitolo ottavo di *Amoris laetitia*.¹⁴

Anzitutto, vorrei ribadire con forza che la virtù della giustizia non può essere eliminata, o comunque messa da parte, da nessuna accresciuta consapevolezza circa il rilievo intraecclesiale della misericordia. Mettersi in tale direzione sarebbe ricadere nell'antigiuridismo, che riduce il diritto della Chiesa ad un assetto di norme meramente umane per tutelare alcuni beni organizzativi. Secondo tale orientamento i canonisti dovrebbero accontentarsi di cercare soluzioni strumentali per venir incontro ai gravi problemi umani e di fede nell'ambito familiare riguardanti tanti cattolici nell'attualità, senza potersi pronunciare sulla sostanza delle soluzioni da adottare, poiché essa non sarebbe giuridica. Di conseguenza, la misericordia così intesa relativizzerebbe la giustizia, come se quest'ultima perdesse importanza davanti alle situazioni problematiche e dolorose, oppure come se la giustizia consi-

¹³ Per un superamento critico di tale tesi rimando a quanto ho scritto in *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 124-130.

¹⁴ Su questi due versanti rimando ai notevoli lavori di Javier Otaduy, che oltre all'abbondante informazione assumono posizioni ben calibrate: Dulcor misericordiae. *Justicia y misericordia en el ejercicio de la autoridad canónica. I. Historia*, «Ius Canonicum», 56 (2016), pp. 585-619; Dulcor Misericordiae. *Justicia y misericordia en el ejercicio de la autoridad canónica. II. El capítulo octavo de Amoris Laetitia*, «Ius Canonicum», 57 (2017), pp. 153-201.

stesse nell'adeguarsi semplicemente alle esigenze di ogni caso secondo criteri pragmatici.

Quando invece si prendono sul serio tanto la giustizia quanto la misericordia, allora si vede subito come regni tra di esse la medesima armonia esistente tra qualunque coppia di vere virtù. In effetti, tra il dare a ciascuno il suo diritto, e il venir incontro per amore alle necessità altrui per alleviarle, non può sussistere nessuna contrapposizione.

Da una parte, servire il prossimo nei suoi bisogni, praticando le opere di misericordia concepite in maniera che coprano tutto il vissuto del cristiano, presuppone il riconoscimento dei diritti di colui che viene aiutato nonché dei diritti dei terzi e della comunità. Tutto l'operare misericordioso è condizionato da tale atteggiamento di giustizia, senza il quale la stessa misericordia diventa falsa, in quanto contraria alla dignità delle persone che si esprime nel rispetto di ciò che secondo giustizia spetta ad esse. Questo principio non viene intaccato dalla possibilità che il titolare del diritto introduca, per motivi di misericordia, cambiamenti negli aspetti umani del diritto (cfr. n. 5.2), poiché nel mutare il suo oggetto in aspetti mutevoli e ad opera di chi è competente per farlo, la giustizia continua ad essere rispettata.

D'altra parte, quando si tende a vivere la virtù della giustizia nella sua pienezza umana e cristiana, senza accontentarsi dell'adempimento esterno del giusto oggettivo, si scopre che la misericordia costituisce un potente motore di giustizia. Infatti l'ingiustizia, attuale o potenziale, e a prescindere dall'intenzionalità ingiusta, rappresenta uno stato di necessità dotato di speciale rilevanza, nella misura in cui è particolarmente in gioco la dignità di chi la soffre. Perciò, la compassione suscitata da tale situazione mostra la sinergia profonda che esiste tra l'impulso della giustizia e quello della misericordia.

Per evidenziare quest'armonia giova rileggere un testo del *De civitate Dei* di Sant'Agostino,¹⁵ citato da San Tommaso d'Aquino proprio quando si domanda se la misericordia sia una virtù.¹⁶ Nel contesto di un esame dell'insegnamento della sacra Scrittura e dei filosofi antichi sul valore morale delle passioni, Agostino scriveva: «Cos'è la misericordia se non una certa compassione del nostro cuore alla miseria altrui, mediante la quale, se ci è possibile, siamo spinti ad alleviarla?» Ed aggiungeva subito il passo poi citato dall'Aquinate: «E questo movimento è utile alla ragione quando la misericordia si offre in modo da conservare la giustizia, tanto nel contribuire al bisognoso quanto nel perdonare il pentito».¹⁷

¹⁵ IX, 5, in PL 41, 261.

¹⁶ *Summa Theologiae*, II-III, q. 30, art. 3, in c.

¹⁷ «Quid est autem misericordia nisi alienae miseriae quaedam in nostro corde compassio, qua utique si possumus subvenire compellimur? Servit autem motus iste rationi, quando ita praebetur misericordia, ut iustitia conservetur, sive cum indigenti tribuitur, sive cum ignoscitur paenitenti» (IX, 5, in PL, 41, 261). La traduzione è mia.

Mi pare specialmente interessante ed attuale l'idea secondo cui l'indole virtuosa della misericordia dipende dal fatto che essa muova alla giustizia. Ritengo che la menzione della giustizia nel testo agostiniano vada intesa in senso ampio, comprendente la stessa carità, che spinge verso l'ausilio a chi è nel bisogno e verso il perdono. Ma si può e si deve applicare quella veduta alla giustizia che ha come oggetto il diritto. L'autentica compassione, che non è sentimentalismo, inizia con il rispetto e la promozione del diritto come ciò che è giusto. L'insistenza di Papa Francesco sulla misericordia contiene un messaggio speciale per i giuristi, il quale non può essere ridotto alle eccezioni che possono e devono essere fatte alle norme generali umane, ma abbraccia l'approccio complessivo al mondo giuridico, poiché la misericordia muove a rispettare appieno i diritti dei più bisognosi nonché i diritti di tutti, e a cercare vie efficaci per la loro promozione e tutela. È urgente scoprire la sensibilità e l'azione in favore della giustizia contenuti nella vera misericordia cristiana. Un aspetto molto importante del cuore misericordioso dei Pastori e di tutti i fedeli, e del contributo specializzato dei canonisti, è la maturazione di un'autentica mentalità giuridica in questa materia, di una preoccupazione costante ed efficace per il matrimonio e la famiglia come realtà giuste, il che implica attenzione ai diritti delle persone, delle famiglie e della Chiesa. Se invece la misericordia si trasformasse in un sentimento disordinato, non virtuoso, che portasse a misure incompatibili con la giustizia, sia contro il diritto divino sia contro il legittimo diritto umano, in tal caso non ci sarebbe sollievo dai mali, ma essi si moltiplicherebbero.

Il passaggio dall'idea di diritto come sistema normativo a quella dell'insieme di beni giusti esistenti nella realtà dei rapporti intersoggettivi, consente di allargare le vedute circa il posto della misericordia nel matrimonio e nella famiglia. Infatti, si osserva che la rilevanza prioritaria della misericordia nelle relazioni giuridiche in questo campo riguarda la stessa vita familiare, e molto specialmente la vita coniugale. La dimensione di giustizia, essenziale per comprendere il vincolo tra marito e moglie, va vissuta costantemente nell'amore mutuo, ed una delle principali esigenze, quasi costante, del vero amor coniugale, è il reciproco perdono. Non è possibile delimitare con precisione quando tale perdono concerne delle vere ingiustizie, ma il sistema canonico tiene conto di casi che indubbiamente lo sono, come l'adulterio, in cui la legge della Chiesa mostra chiaramente la duplice dimensione dello stretto diritto, che autorizza la separazione perpetua (cfr. c. 1152), e della carità misericordiosa, di cui si fa eco con insistenza lo stesso legislatore (cfr. cc. 1152, 1155, 1695), muovendo verso la riconciliazione.

La premura della Chiesa circa l'accessibilità e la celerità nei processi di nullità matrimoniale, alla base della riforma promossa da Papa Francesco mediante il m.pr. *Mitis iudex*, va letta anche come espressione istituzionale di misericordia nel venir incontro al diritto dei fedeli ad un sistema giuridi-

co veramente operativo. È ovvio che con ciò non s'intende introdurre un fattore di misericordia nello stesso giudizio di nullità matrimoniale, o un atteggiamento approssimativo che toglie vero rilievo a tale giudizio, ma si vuol spingere verso un'amministrazione di giustizia più vicina e solerte, il che è espressione di vera compassione verso i disagi dei fedeli che toccano profondamente la loro interiorità.

Anche in tutta la complessa questione sul modo di discernere, accompagnare ed integrare i fedeli che si trovano nelle cd. situazioni matrimoniali irregolari è evidente l'afflato profondamente misericordioso che sorregge l'esortazione *Amoris laetitia*. Ciò però non significa dimenticare la giustizia, anche nella sua dimensione oggettiva, di cui abbiamo parlato prima (cfr. 4). A nostro avviso, si tratta piuttosto di presentare ed attuare le esigenze della giustizia con squisita carità, evitando accuratamente che si possa verificare in pratica quella sola giustizia, sganciata dalla misericordia, che diventa crudeltà. Il celebre monito di San Tommaso d'Aquino risuona molto attuale: «iustitia sine misericordia crudelitas est; misericordia sine iustitia mater est dissolutionis».¹⁸ Come ha detto uno studioso del capitolo ottavo di *Amoris laetitia*, «*Amoris Laetitia* si comprende meglio se si percepisce come un modo di evitare ogni crudeltà nell'applicazione della giustizia».¹⁹ Deve però essere chiaro che la crudeltà non deriva dalla stessa giustizia – adeguandola all'occorrenza al caso singolo in ciò che è diritto umano –, bensì dall'assenza di un modo davvero umano e cristiano di trattare le persone e i loro problemi, in cui la dimensione di giustizia, sia nel momento pregiudiziale sia nello stesso processo, possa iscriversi come parte del processo di discernimento, accompagnamento ed integrazione dei fedeli nella fede e nella comunità ecclesiale.

5. 2. *La misericordia nell'applicazione della legge canonica*

Un aspetto specifico della relazione tra giustizia e misericordia è quello concernente l'applicazione della legge canonica. Anche con riferimento a varie altre nozioni come la *oikonomia* degli orientali, l'equità canonica, la *salus animarum* quale *suprema lex*, è stata proposta la misericordia come principio molto rilevante in tale applicazione.²⁰ Mi limiterò a qualche osservazione

¹⁸ *Super Evangelium Matthaei*, cap. 5, lectio 2.

¹⁹ J. OTADUY, *Dulcor Misericordiae. Justicia y misericordia en el ejercicio de la autoridad canónica. II. El capítulo octavo de Amoris Laetitia*, «*Ius Canonicum*», 57 (2017), p. 32. La traduzione è mia.

²⁰ Il principale lavoro monografico in tal senso è quello di T. SCHÜLLER, *Die Barmherzigkeit als Prinzip der Rechtsapplikation in der Kirche im Dienste der salus animarum: ein Kanonistischer Beitrag zu Methodenproblemen der Kirchenrechtstheorie*, Echter, Würzburg 1992 («Forschungen zur Kirchenrechtswissenschaft», 14). Per un'impostazione concorde con quella che presento, cfr. E. BAURA, *Misericordia, oikonomia e diritto nel sistema matrimoniale canonico*, relazione tenuta nella Giornata di Studio «Misericordia e diritto nel matrimonio» (22 maggio 2014),

critica alla luce del contenuto non meramente umano del diritto come oggetto della giustizia.

A questo proposito si possono leggere alcune parole del Cardinal Walter Kasper nel paragrafo intitolato «Misericordia nel diritto canonico?» del suo noto libro *Misericordia. Concetto fondamentale del vangelo - Chiave della vita cristiana*:²¹ «Teologicamente si tratta di fare la verità con amore (*Ef* 4,15), cioè di fare ciò che è giusto guidati dall'amore. Perciò, nel caso del giudice canonico, alla capacità umana del giudizio si aggiunge il fatto che egli deve essere un giudice giusto e misericordioso sul modello di Gesù. Egli non distorcerà ovviamente, per una malintesa bontà d'animo, il senso oggettivo della legge a seconda della situazione, ma lo applicherà in modo che esso risulti giusto ed equo nelle varie situazioni, inoltre terrà conto, nel senso della misericordia cristiana, della situazione dell'altro e cercherà di capirlo in base ad essa».²²

Questa presentazione sembra a prima vista ineccepibile ed equilibrata, ma prende le mosse da un presupposto che conviene evidenziare, e cioè dall'identificazione tra diritto canonico e legge o disciplina positiva della Chiesa. Si tratta di una precomprensione che comunemente è quasi scontata, essendo tra l'altro favorita dallo stesso aggettivo "canonico" con cui abitualmente viene designato il diritto della Chiesa cattolica. In quest'ottica, pur affermandosi in linea di massima il valore della stessa legge umana, essa viene relativizzata in quanto sarebbe suscettibile delle applicazioni più disparate e perfino contraddittorie tra di loro.

Vale la pena di tornare alle parole con cui Benedetto XVI, nel suo discorso alla Rota Romana del 2012, sull'interpretazione della legge nella Chiesa, descrisse gli atteggiamenti di questo tipo: «Negli ultimi tempi alcune correnti di pensiero hanno messo in guardia contro l'eccessivo attaccamento alle leggi della Chiesa, a cominciare dai Codici, giudicandolo, per l'appunto, una manifestazione di legalismo. Di conseguenza, sono state proposte delle vie ermeneutiche che consentono un approccio più consono con le basi teologiche e gli intenti anche pastorali della norma canonica, portando ad una creatività giuridica in cui la singola situazione diventerebbe fattore decisivo per accertare l'autentico significato del precetto legale nel caso concreto. La misericordia, l'equità, l'*oikonomia* così cara alla tradizione orientale, sono alcuni dei concetti a cui si ricorre in tale operazione interpretativa. Conviene

organizzata dalla Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce, in *Misericordia e diritto nel matrimonio*, a cura di C. J. Errázuriz M., M. A. Ortiz, EDUSC, Roma 2014, pp. 23-45; IDEM, *Misericordia e diritto nella Chiesa*, in *Ius quia iustum. Festschrift für Helmut Pree zum 65. Geburtstag*, a cura di E. Güthoff, S. Haering, Duncker & Humblot, Berlin 2015, pp. 23-37.

²¹ Trad. it, 2ª ed., Queriniana, Brescia 2013.

²² *Op. cit.*, pp. 266-267.

notare subito che questa impostazione non supera il positivismo che denuncia, limitandosi a sostituirlo con un altro in cui l'opera interpretativa umana assurge a protagonista nello stabilire ciò che è giuridico. Manca il senso di un diritto oggettivo da cercare, poiché esso resta in balia di considerazioni che pretendono di essere teologiche o pastorali, ma alla fine sono esposte al rischio dell'arbitrarietà. In tal modo l'ermeneutica legale viene svuotata: in fondo non interessa comprendere la disposizione della legge, dal momento che essa può essere dinamicamente adattata a qualunque soluzione, anche opposta alla sua lettera. Certamente vi è in questo caso un riferimento ai fenomeni vitali, di cui però non si coglie l'intrinseca dimensione giuridica». ²³

Il Cardinal Kasper ritiene però che questo intervento non riguardi la sua visione: «Non si può ovviamente che assentire a una simile critica della misericordia. Non può ovviamente trattarsi di un'interpretazione soggettiva o di una pura giustizia situazionale. Si tratta al contrario di applicare ragionevolmente il senso oggettivo del diritto in una situazione concreta spesso complessa e di farlo in modo che esso sia realmente giusto ed equo in tale situazione. Non si tratta quindi di un'errata interpretazione arbitraria, ma di affermare il senso del diritto oggettivo in modo oggettivamente e situazionalmente giusto». ²⁴

In questo modo però rimane indeterminato quel «senso oggettivo del diritto in una situazione concreta», perché non si tiene conto di ciò che Benedetto XVI in quel discorso chiama «l'intrinseca dimensione giuridica». Nonostante la migliore buona volontà, ritengo che si apra lo spazio di arbitrarietà temuto da Benedetto XVI. Perciò credo che una questione di fondo decisiva per comprendere la relazione tra misericordia e diritto sia quella concernente il senso dello stesso diritto. Come abbiamo detto all'inizio (cfr. n. 1), occorre superare una concezione che identifica il diritto canonico con le norme ecclesiastiche umane, e non tiene presente l'esistenza di norme che dichiarano il diritto divino, le quali per loro natura si trovano al di fuori dell'applicazione dell'equità. Come asserito nel passo citato di Benedetto XVI, il positivismo canonico non viene superato dalla sola attenzione al caso concreto, evitando ogni legalismo, perché si può cadere in un positivismo della singola situazione. Occorre invece affermare l'esistenza del diritto nella stessa rete dei rapporti intraecclesiali, in modo che si possa coglierlo davvero nel caso concreto, sia quando corrisponda a un'esigenza inerente alla realtà ecclesiale (diritto divino), sia quando vi siano delle esigenze poste dall'uomo che non risultano ingiuste né sono state dispensate nel caso singolo (diritto umano).

D'altra parte, sempre alla luce di una considerazione realistica del diritto, mi pare opportuno osservare che vanno distinte l'equità come giustizia del

²³ 21 gennaio 2012.

²⁴ *Op. cit.*, p. 265.

caso particolare, e cioè l'*epicheia* aristotelica,²⁵ e l'equità quale *iustitia dulcore misericordiae temperata*, secondo la definizione attribuita dall'Ostiense a San Cipriano.²⁶ Nel primo senso l'equità si muove nella logica della stessa giustizia, correggendo quanto di ingiusto vi può essere nell'applicazione della norma umana generale in virtù della sua connaturale imperfezione derivante dal suo fondarsi su una generalizzazione. Nel secondo senso l'equità va oltre, non più per evitare l'ingiusto, ma per trovare una soluzione più conveniente, la quale deve essere adottata da chi è competente per mutare il diritto prestabilito. In questo secondo ambito opera la misericordia con la sua dolcezza per aggiustare la soluzione del caso singolo, ed eventualmente per modificare la stessa norma generale, rientrando in quella che è tradizionalmente chiamata *aequitas scripta*, presente nella stessa legge. Non si può invece attribuire alla misericordia la ricerca di una risposta giusta nel caso particolare, secondo il primo significato dell'equità, perché così non si coglierebbe la norma generale quale regola di giustizia, né si comprenderebbe il senso e la doverosità delle eccezioni dovute a una vera ingiustizia. Estendendo la misericordia ad entrambi i sensi dell'equo si finisce per relativizzare ogni norma, e si dimentica che il *dulcor misericordiae*, dinanzi a una legge umana che è giusta nel caso concreto, spetta soltanto al titolare del diritto, il quale trattandosi di questioni di rilevanza pubblicamente ecclesiale è la stessa Chiesa come istituzione rappresentata dai sacri Pastori.

Queste considerazioni risultano pienamente applicabili alle leggi canoniche sul matrimonio e la famiglia. Infatti, il ricorso alla misericordia, tanto fecondo quando conferma e promuove la giustizia, o modifica legittimamente il suo contenuto umano, diventa invece ingiusto quando non rispetta il diritto divino circa l'indissolubilità e gli altri aspetti essenziali del matrimonio. In tali casi della vera misericordia non vi è altro che l'apparenza di una compassione sentimentale.

²⁵ Cfr. *Etica a Nicomaco*, v, 10, 1137a - 1138a.

²⁶ Cfr. *Summa*, v, de dispensationibus, 1.