



Paolo Gherri

(professore ordinario di Teologia del Diritto canonico
nella Pontificia Università Lateranense, Institutum Utriusque Iuris)

**Ordinamento giuridico e Diritto canonico:
il contributo strutturante di Santi Romano ***

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il Diritto come legittimazione - 3. La corrispondenza tra istituzione e ordinamento - 4. La terzietà del Diritto - 5. La non-necessarietà del legislatore affinché si abbia vero Diritto - 6. Per concludere.

1 - Premessa

Proponendo un approccio canonistico all'opera "*L'ordinamento giuridico*" di Santi Romano, nel centenario della sua pubblicazione, non esito ad affermare che il docente pisano è stato l'autore del Novecento che - al di là di ogni (sua) espressa intenzione in merito¹ - ha giovato maggiormente alla *Teoria generale del Diritto canonico*: si tratta di un semplice fatto, che supera ogni possibile punto di vista più o meno ideologico.

Offrendo alla *Teoria generale del Diritto* la sua "*Teoria ordinamentale*", Santi Romano ha tolto infatti dalle spalle dei canonisti post-codicali sia [a] il giogo della *divinizzazione* del Diritto canonico che [b] quello della sua *ontologizzazione*, rendendo teoreticamente e praticamente inutili gli

* Il contributo, non sottoposto a valutazione, riproduce il testo della relazione tenuta al Convegno su "*Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*" organizzato - in occasione del centenario della pubblicazione dell'opera *L'ordinamento giuridico* - dal Dipartimento di Scienze Politiche e dal Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Pisa, indirizzo Diritto pubblico e dell'economia (Pisa, 14-15 giugno 2018), ed è destinato alla pubblicazione negli Atti.

¹ Non è a tema in queste note il rapporto ideale e concreto tra l'Autore e la Chiesa: un rapporto che nulla incide sui riferimenti, sempre tecnici, al Diritto canonico che costituiscono un elemento portante della sua riflessione e Teoria ordinamentale (cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 3^a ed., Sansoni, Firenze, 1945, pp. 6; 10; 94-107), come giustamente si confà a chi per anni ha insegnato anche Diritto ecclesiastico e - quindi - canonico (cfr. A. OLIVARI, *Santi Romano ontologo del Diritto*, LED, Milano, 2016, p. 156, nota n. 10), pubblicandone - seppure indirettamente - un manuale di circa 600 pagine in doppia edizione, sia pre-codiale che post-codiale (cfr. S. ROMANO, *Lezioni di Diritto ecclesiastico*, [V. Mungioni, a cura di], 1^a ed., Spoerri ed., Pisa, 1912; 2^a ed., 1923).



approcci c.d. “fondativi” al Diritto della Chiesa che, pure, hanno angustiato per oltre cinquant’anni la Canonistica tedesca, italiana e spagnola del secondo dopoguerra, nonostante fossero già passati trent’anni dalla pubblicazione dell’opera in parola (1918-1948²).

Se il Diritto non è “qualcosa” (in sé e per sé) ma una *dinamica relazionale* - ciò che Paolo Grossi chiamerà poi “ordinamento osservato”³ - il suo “esserci” non dipende più da “qualcuno” che in qualche modo lo ponga e mantenga nell’essere (= il legislatore, sia divino, che umano, o qualche altro super-soggetto come lo Stato moderno di matrice hegeliana⁴) ma, laddove si realizzino determinate condizioni, il Diritto “avviene”⁵ in quanto “è” la stessa istituzione da cui origina⁶. È di tutto interesse, in questa sede, che proprio tale concetto sia stato espresso da Giovanni Paolo II nella presentazione ufficiale del *CIC* del 1983:

«se la Chiesa-corpo di Cristo è *compagine organizzata*, se comprende in sé detta diversità di membra e di funzioni, se “si riproduce” nella molteplicità delle Chiese particolari, allora tanto fitta è in essa la trama delle relazioni che *il Diritto c’è già, non può non esserci*. Parlo del Diritto inteso nella sua globalità ed essenzialità, prima ancora delle

² L’attività di Klaus Mörsdorf a Monaco inizia, infatti, nell’immediato dopoguerra; la fondazione dell’Istituto di Diritto canonico risale al 1947 (cfr. URL http://www.kaththeol.uni-muenchen.de/lehre/stud_for_einh/kanonistik/index.html, al 10 giugno 2018).

³ Cfr. **P. GROSSI**, *Prima lezione di diritto*, 5^a ed., Laterza, Bari-Roma, 2005, p. 19.

⁴ Come ha ben chiaro l’Autore quando rimanda a “quella concezione dello Stato, di cui l’Hegel fu il più logico e il più suggestivo difensore. Se con tale filosofo si ammette che lo Stato è la totalità etica, che esso rappresenta l’ingresso di Dio nel mondo, che si deve onorare come un che di mondano-divino, e che anzi è un Dio reale allora si è dinanzi a un sistema, che non si può scalzare senza contrapporgliene un altro” (p. 90); tanto più quando la dottrina “riferisce l’ordinamento giuridico a una sola volontà, quella dello Stato, affermando che essa deriva da un bisogno mentale simile a quello che conduce all’idea di Dio: l’analogia fra il microcosmo giuridico e il macrocosmo dell’ordinamento dell’universo imporrebbe questa personificazione, che rende possibile la concezione di una volontà unica in un sistema armonico” (*ibidem*).

⁵ Cfr. **P. GHERRI**, *Persone, accoglienza e Diritto*, in *Apollinaris*, LXXXIX (2016), pp. 180-181.

⁶ “Lo consideriamo non come il prodotto dell’istituzione, ma come l’istituzione stessa” (p. 108); nella stessa linea si era scritto in precedenza: “Ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in Diritto. [...] L’aspetto fondamentale e primario del Diritto è dato dall’istituzione in cui esso si concreta, e non dalle norme o, in genere, dai precetti con cui esso opera, che ne costituiscono invece un aspetto derivato e secondario” (pp. 36 e 41).



specificazioni, derivazioni o applicazioni di ordine propriamente canonico»⁷.

Se l'„auto-generarsi” del Diritto risulta fondamentale per il Diritto in sé - per ogni Diritto - la cosa diventa addirittura *rivoluzionaria* per il Diritto canonico, senza che la sua matrice espressamente religiosa possa offrire alcun tipo di ostacolo alla giuridicità⁸. In tale ottica, sono due le *acquisizioni irreversibili* che “L’ordinamento giuridico” di Santi Romano porta al Diritto della Chiesa cattolica:

- 1) prima di tutto con “L’ordinamento giuridico” finisce l’epoca dello *Ius publicum ecclesiasticum* teoretico-filosofico⁹: la Chiesa cattolica finalmente non ha più necessità di presentarsi (e pensarsi, *sic!*) come “*societas iuridice perfecta*”, secondo il presupposto filosofico degli Stati moderni sette-ottocenteschi coi quali voleva o dialogare o contrapporsi “alla pari”, almeno dal punto di vista ontologico;
- 2) con “L’ordinamento giuridico”, il Diritto canonico, per poter “esistere” come vero Diritto, non ha più bisogno (come, in realtà, mai lo ebbe nei secoli) dei legislatori formali alla Sarto, Gasparri, Della Chiesa, coi loro *Codices*¹⁰.

⁷ IOANNES PAULUS PP. II, *Allocutio a summo Pontifice in aula supra porticum vaticanae Basilicae habita, ad novum Codicem Iuris Canonici, paucis ante diebus promulgatum, publice exhibendum*, in AAS, LXXV (1983), Pars I, p. 461, n. 8 (corsivi non originari).

⁸ «È quindi perfettamente vano proporsi [...] di fissare i caratteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli della religione, della morale, del costume [...]. Ciascuna di queste manifestazioni dello spirito umano può essere in tutto o in parte assunta nel mondo giuridico e formarne il contenuto, tutte le volte che essa rientra nell’orbita di una istituzione. [...] Possiamo immaginare uno stato socialista, che in sé accentri e organizzi una grandissima parte delle manifestazioni economiche. Molto significativo è poi, in questo senso, il Diritto della Chiesa pel quale hanno assunto carattere giuridico tanti principii etici e religiosi, nonché dei principii di pura liturgia [...]. Anche adesso il Diritto inglese, che nessuno vorrà giudicare poco evoluto, considera “law”, non soltanto gli Statuti emanati dal Parlamento, ma ogni regola, qualunque sia la sua origine e il suo contenuto, che i Tribunali applicano e fanno osservare» (pp. 37-38).

⁹ Sebbene un ambito del Diritto inter-ordinamentale e internazionale che comprende norme e gestisce relazioni giuridiche della Chiesa cattolica col resto degli ordinamenti giuridici, detto ancora “Diritto pubblico ecclesiastico”, esista oggi sotto il profilo pratico e goda di discreta salute (cfr. M. NACCI, *Chiesa e Stato dalla potestà contesa alla “sana cooperatio”*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2015).

¹⁰ “Che poi tale ordinamento sia sempre e necessariamente giuridico, risulta dall’osservazione che scopo caratteristico del Diritto è per l’appunto quello dell’organizzazione sociale” (p. 35).

Si permetta di anticipare quanto più oltre sarà espresso circa il rapporto tra sanzione e Diritto in termini di “completezza” formale dell’ordinamento: un’esigenza *dogmatica* che



Si tratta di due fattori che, non solo permettono al Diritto canonico di recuperare *piena consistenza autonoma* senza doversi per forza “teoretica” analogare ad altre forme di Diritto, almeno ontologicamente “esemplari”, se non proprio (subite/idealizzate come) “superiori”¹¹, ma addirittura di assurgere esso stesso a paradigma e “modello” del Diritto come tale, nella consapevolezza che

“c’è [...] un altro ordinamento, quello della Chiesa, che non si può, senza disconoscerlo e annientarlo, ridurre a quello statale. [...] anzi parecchi scrittori sono pervenuti ad un’esatta (da questo punto di vista) concezione del Diritto in generale, per l’appunto muovendo dalla considerazione dell’ordinamento ecclesiastico” (p. 94).

Occorre tuttavia osservare che nella maggior parte dei casi i canonisti del dopo Concilio che si ritenevano insoddisfatti dello *Ius publicum ecclesiasticum* teoretico - rinnegato di fatto dal Vaticano II¹² - si sono però accontentati di assumere dall’insegnamento di Romano la sola idea di “ordinamento primario”¹³ per affidarle poi - in modo generico e superficiale - la ricollocazione del Diritto canonico al fianco dei diversi ordinamenti nazionali e di quello internazionale: un semplice scambio terminologico - alla pari - tra “*societas iuridice perfecta*” e “ordinamento giuridico primario”, senza cogliere le conseguenze più profonde che, in realtà, derivano da tale radicale cambio di paradigma¹⁴.

costrinse Gasparri a integrare il primo Codice canonico con un apposito Libro dedicato al Diritto penale canonico; una vera e propria “appendice” realizzata in tutta fretta... Una fretta di cui la Chiesa cattolica continua a pagare oggi gli ingenti costi, anche materiali.

¹¹ È la *vexata quæstio* dei “modelli” che ha inficiato la Canonistica dell’ultimo secolo (cfr. P. GHERRI, *Metodo e modelli nel Diritto amministrativo canonico*, in *Prawo Kanoniczne*, LVI [2013], n. 4, pp. 49; 57-58; anche in: G. Dalla Torre, C. Mirabelli [a cura di], *Verità e metodo in Giurisprudenza*. Scritti dedicati al Cardinale Agostino Vallini in occasione del 25 anniversario della consacrazione episcopale, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014, pp. 304-305; 311-312).

¹² Le “dimissioni” del Card. Ottaviani dalla guida del Sant’Uffizio a fine Concilio sono un sintomo palese di tale mutamento di corso (erano sue le “*Institutiones Iuris publici ecclesiastici*” riedite fino all’inizio dell’Assise conciliare).

¹³ L’espressione, pur corrispondente al pensiero dell’Autore, non risulta utilizzata nell’opera in oggetto; in essa egli parla invece di “ordinamenti originarii” (cfr. pp. 96; 115; 117; 126), contrapposti a ordinamenti derivati.

¹⁴ Prospettiva introdotta, tuttavia, in prima istanza dagli ecclesiasticisti (laici) italiani: V. DEL GIUDICE, *Contributi di Santi Romano nello studio di problemi di Diritto canonico e di Diritto ecclesiastico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, LVIII (1947), pp. 277-291; F. FINOCCHIARO, *Santi Romano e il Diritto ecclesiastico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, LXXXVI (1975), p. 183; P.A.



- In effetti l'apporto della Teoria ordinamentale al Diritto canonico risulta oggi decisivo per illustrarne e tutelarne le singolarità, senza metterne a rischio né la *giuridicità intrinseca*, né le maggiori peculiarità, che non sono semplici "correttivi"¹⁵ alla giuridicità "tipica" del Diritto statale comunque assunta come "*princeps analogatum*" e, pertanto, sostanziale "modello" ontologico-formale (= *Gestalt*) del Diritto *quo tale*.
- L'apporto di Romano alla concezione del Diritto canonico risulta ancora maggiore se si considera la sua proposta non solo in termini ordinamentali ma, più radicalmente, "istituzionali", permettendo al Diritto canonico di leggersi e pensarsi non per via teoretica o metafisica¹⁶, ma a partire dalla *concreta evoluzione storica* della Chiesa come tale, in gran parte autonoma - cioè non-derivata - rispetto alle forme politico-statali progressivamente coeve (Principato, Dominato, imperialità bizantina, Regni romano-barbarici, Sacro Romano Impero, ecc.)¹⁷.

Il tema rileva in modo specifico per la Teologia del Diritto canonico¹⁸, chiamata a gestire in modo scientifico - dall'interno della stessa Scienza canonistica - i rapporti tra la complessa esperienza giuridica ecclesiale e gli elementi e fattori teologici che la rendono possibile o anche

D'AVACK, *Corso di Diritto canonico. I. Introduzione sistematica al Diritto della Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 130; per un approccio più ampio si veda: L. MÜLLER, *Fede e Diritto. Questioni fondamentali del Diritto canonico*, Eupress FTL, Lugano, 2006, pp. 117-118.

¹⁵ Come, di fatto, li intesero un certo numero di canonisti della c.d. Scuola laica italiana (cfr. P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Cedam, Padova, 1941, pp. 13-14).

¹⁶ "Il concetto di istituzione [...] è il concetto più positivo che una dottrina giuridica possa assumere a suo fondamento: l'istituzione non è un'esigenza della ragione, un principio astratto, un *quid* ideale, è invece un ente reale, effettivo" (p. 79).

¹⁷ "Si possono, in primo luogo, avere istituzioni originarie, che sono quelle in cui si concreta un ordinamento giuridico che non è posto da altre istituzioni e che è quindi, quanto alla sua fonte, indipendente" (p. 115). "Da un punto di vista simile, si possono distinguere (§ 12, *sub* 3) le istituzioni perfette, che sono sempre originarie e che possono essere o semplici o complesse, dalle imperfette, che cioè si appoggiano ad altre istituzioni rispetto alle quali sono, non soltanto presupposte, ma coordinate o subordinate" (p. 117).

¹⁸ Cfr. P. GHERRI, *Lezioni di Teologia del Diritto canonico*, Lateran University Press, Roma, 2004; P. GHERRI, *Teologia del Diritto canonico: elementi per una fondazione epistemologica*, in *Apollinaris* (2004), pp. 679-696; P. GHERRI, *Teologia del Diritto canonico: note per individuare la nuova Disciplina accademica*, in *Ius Canonicum*, XLV (2005), pp. 693-754; P. GHERRI, *Teologia del Diritto canonico: identità, missione e statuto epistemologico*, in *Apollinaris*, LXXX (2007), pp. 333-380; P. GHERRI, *Primi appunti per una storia delle origini della Teologia del Diritto (canonico)*, in *Ius Canonicum*, L (2010), pp. 229-261.



necessaria¹⁹.

All'interno di quest'ampia prospettiva, sono quattro gli apporti sostanziali che "L'ordinamento giuridico" offre alla comprensione sistematica e alla stessa "dogmatica" del Diritto canonico, in un approccio integrale e integrato al fenomeno giuridico com'è quello dell'*Utrumque Ius*: 1) il Diritto come legittimazione, 2) la corrispondenza tra istituzione e ordinamento, 3) la terzietà del Diritto, 4) la non-necessarietà del legislatore affinché si abbia vero Diritto.

Non si esaminerà in questa occasione che cosa, invece, l'Autore dica/pensi circa l'ordinamento della Chiesa come tale nei suoi numerosi riferimenti lungo lo scorrere dell'opera che si celebra in questa occasione²⁰.

2 - Il Diritto come legittimazione

2.1 - Potestà e legittimazione

Sebbene quello della "legittimazione" non sia uno degli elementi più espliciti della Teoria ordinamentale di Romano²¹, tanto da poterlo

¹⁹ Cfr. P. ERDÖ, *Teologia del Diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996; P. ERDÖ, *Le sacré dans la logique interne d'un système juridique*, L'Harmattan, Paris, 2009 [traduzione francese dello stesso testo].

²⁰ Per lo studio dell'opera si utilizza l'edizione del 1945 poiché essa, pur lasciando intatto il testo originario (cfr. *Premessa alla seconda edizione*), offre già l'integrazione critica degli apporti e delle divergenze dottrinali manifestatesi nei circa 30 anni dalla prima edizione. Il fatto è rilevante per il Diritto canonico in modo speciale poiché solo dopo il *Codex* del 1917 e il Concordato del 1929 il Diritto canonico ha acquisito un rilievo giuridico generale nella dottrina italiana. Da questo punto di vista risalta in modo specifico la collocazione delle citazioni che riguardano la Chiesa e il suo Diritto, con una differenza sostanziale tra le moltissime poste in nota come elementi bibliografici (quasi sempre posteriori al 1918) e quelle, con significato e valore strutturante, attraverso cui si svolge la trattazione vera e propria.

Solo globalmente si evidenziano le ricorrenze semantiche: "Chiesa" (49 ricorrenze nel corpo del testo; 14 in nota); "canonico" (solo 3 ricorrenze nel testo; 6 in nota); "ecclesiastico" (25 ricorrenze nel testo; 20 in nota), dovendosi altresì osservare che: 1) le ricorrenze in nota corrispondono quasi esclusivamente a titoli di libri o saggi citati; 2) il termine "ecclesiastico" spesso risulta sinonimo di "canonico", come ben desumibile dalle prime pagine del manuale dell'Autore in materia: "A noi sembra più giusto usare le parole "Diritto ecclesiastico" nel loro più largo e comprensivo significato" (S. ROMANO, *Lezioni*, 1912, p. 10).

²¹ La radice "legittim" compare solo 6 volte: pag. 42, nota 37: legittimazione; pag. 97: legittimamente; pag. 103: legittimi; pag. 105: illegittimo; pag. 133: legittimo.



considerare poco più che un suo “corollario”, la possibilità di concepire il *Diritto come* (mera) *legittimazione* intra-ordinamentale²² risulta però l’apporto probabilmente più significativo dell’Autore alla comprensione e teorizzazione del Diritto canonico.

Si tratta, in altri termini, di offrire piena consistenza giuridica a un ordinamento, com’è quello della Chiesa cattolica, del tutto privo di *imperium*, oltre che di “potere” (e conseguente coercizione fisica) ... ma interamente centrato sulla sola *potestas*. Una *potestas* che, per parte propria, non può operare nulla di diverso dalla “legittimazione” o “delegittimazione” sociale/comunitaria di specifiche condotte da parte dei fedeli all’interno della Chiesa²³, secondo le logiche illustrate da Max Weber proprio sulle varie forme di “dominazione” d’origine religiosa²⁴. Di fatto, ciò che negli ordinamenti di *hard Law* (come quelli codiciali) risulta vero “potere”, diventa a ogni effetto mera legittimazione negli ordinamenti di *soft Law*: prassi istituzionali pre-formalizzate - o concordate *in itinere* - ritenute adeguate poiché rispettose di tutto quanto, genericamente, non invade lo spazio esistenziale di alcuno (= *due Procedure*, intesa non come “giusta” ma come “corretta”, “adeguata”).

Basta poco per rendersi conto che, lungi dall’imporre alcunché alle persone dei fedeli, l’esercizio di potestà ecclesiale non fa altro che *sancire definitivamente* la natura e portata dei rapporti giuridici tra i fedeli e la Chiesa nel suo complesso, consegnando alla Comunità stessa il risultato - e le conseguenze - delle decisioni assunte a vantaggio di tutti²⁵. Decisioni

²² Si vedano i riferimenti dell’Autore agli ordinamenti/istituzioni non riconosciuti dall’esterno: “ci sono istituzioni che si affermano in una posizione antitetica con altre, che possono alla lor volta considerarle anche illecite, come sarebbero gli enti che si propongono uno scopo contrario alle Leggi statuali, o le Chiese scismatiche di fronte a quelle da cui si sono separate” (p. 34). «Quando il Diritto dello Stato considera come illecita e colpisce con sanzioni penali una qualsiasi organizzazione [...] lungi dal riconoscere agli ordinamenti medesimi il carattere di “ordinamenti giuridici”, li colpisce come i più gravi fatti anti-giuridici, cioè come reati. Così l’antitesi fra il Diritto dello Stato e quello interno di siffatte organizzazioni culmina nella sua più tipica manifestazione» (p. 160).

²³ Anche poggiando “soltanto sulle sanzioni spirituali e interne, che, secondo noi, restano sempre, per la loro stessa natura e in quanto hanno carattere istituzionale, vere sanzioni giuridiche, anche quando ad esse non si aggiungono quelle civili (§ 14)” (p. 99).

²⁴ Cfr. M. WEBER, *Economia e società. Comunità*, [a cura di W.J. Mommsen, M. Meyer, M. Palma], Donzelli, Milano, 1995, *passim* (edizione italiana a cura di M. Palma della versione originaria *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1921-1922, postuma).

²⁵ Cfr. P. GHERRI, *Bilancio canonistico*, in P. Gherri (ed.), *Decidere e giudicare nella*



che andranno accolte ed eseguite prima di tutto ed essenzialmente “in coscienza”²⁶ da parte dei fedeli (sia individualmente che comunitariamente), vista la *natura volontaria* che contraddistingue la partecipazione alla vita ecclesiale²⁷. Ne deriverà il dovuto comportamento della medesima Comunità verso i destinatari di tali decisioni/provvedimenti. Appartengono a questa dimensione: [a] le decisioni circa l’assegnazione degli Uffici ecclesiastici (= chi sia il Vescovo o il Parroco o il Giudice, ecc.), [b] le Sentenze circa lo stato delle persone (= la dichiarazione di validità o nullità dell’Ordinazione o del Matrimonio, così come dei Voti religiosi), [c] i Provvedimenti penali che dichiarino la condizione gravemente difforme dalle norme ecclesiali - e dal Vangelo stesso - in cui qualche fedele può venirsi a trovare per aver assunto comportamenti qualificati come “delitti” in corrispondenza di condotte particolarmente gravi (cfr. Can. 1321) e, in ragione di tale difformità, ne limitino o sospendano del tutto l’esercizio dell’attività ecclesiale (Interdetto, Sospensione, Scomunica...).

Concepire la *potestas* ecclesiale in termini di *legittimazione* comporta, di conseguenza, la possibilità di comprendere, e accettare, l’ordinamento canonico nell’alveo degli ordinamenti di *soft Law* in cui la c.d. *potestas* non è altro che un misto di *accountability* e *moral suasion* che legittima innanzi alla Comunità quanto deciso e realizzato da chi possiede “funzioni” di governo e spinge, al tempo stesso, alla sua responsabile assunzione da parte dei destinatari (individuali) di tali attività (= esecuzione). Una prospettiva significativamente proposta e custodita dallo stesso vocabolario canonico che, tra tutte le possibili espressioni lessicali

Chiesa. Atti della VI Giornata canonistica interdisciplinare, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2012, pp. 407-411.

²⁶ “La sottomissione alla giurisdizione ecclesiastica ha un carattere di “obbedienza libera” superiore di molto a quello riscontrabile negli ordinamenti civili. Infatti, le decisioni dei titolari della potestà ecclesiale incidono su materie prevalentemente spirituali e la forza coercitiva dei loro Provvedimenti ha natura primariamente morale, pur riconoscendo la sua essenziale giuridicità”: J. LLOBELL, *La diaconia funzionale della potestà giudiziaria della Segnatura Apostolica con gli altri Organismi della Curia Romana: l’ecclesialità dei principi processuali, il Contenzioso amministrativo e le competenze giudiziali nei confronti della Rota Romana*, in P.A. Bonnet, C. Gullo (a cura di), *La Lex propria del S.T. della Segnatura Apostolica*, Coll. *Studi giuridici*, n. LXXXIX, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, p. 158.

²⁷ Alla Chiesa, infatti, si aderisce volontariamente e non si appartiene estrinsecamente (cfr. P. VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2013, 19; P. GHERRI, *Introduzione al Diritto amministrativo canonico. Fondamenti*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 81-83).



dell'ambito gerarchico, privilegia quella di "Pastore" o di "Superiore" proprio per indicare relazioni "certe", sebbene non invasive come quelle generalmente utilizzate in ambito politico generale²⁸.

Fondato sui medesimi presupposti dell'esistenza della Chiesa stessa, e pertanto di "istituzione divina" (cfr. Can. 129), l'esercizio di questa potestà agisce - a ogni buon conto - *legittimando* o *delegittimando* dal punto di vista della corretta (e salutare) vita ecclesiale *condotte* - e loro *conseguenze* - messe in atto dai fedeli. In tal senso la *dichiarazione potestativa di conformità* o *difformità* rispetto alla fede (= ortodossia) e/o alla sua corretta concretizzazione in ambito etico e morale (= ortoprassi) attraverso una specifica condotta può incrementare o decrementare (in modo più o meno radicale) la comunione e/o l'operatività, anche giuridica, dei fedeli, sia ampliando che riducendo il patrimonio giuridico individuale (diritti, facoltà, doveri, obblighi, divieti...).

2.2 - Sanzione come inabilitazione

Tra le ricadute immediate dell'assenza di *imperium* nella Chiesa, e della conseguente concezione della *potestas* come - mera - legittimazione, si colloca la peculiare concezione della sanzione sviluppatasi nell'ordinamento canonico come sostanziale inibizione della *potestas* stessa, o anche soltanto di abilità o facoltà ordinariamente riconosciute ai fedeli. È infatti palese che nel Diritto canonico la sanzione - ordinariamente intesa come "pena" - assume le caratteristiche sostanziali della "privazione" di una operatività (diretta o indiretta, come sono le *libertates*) o di un bene (anche solo spirituale, come sono i Sacramenti) espressamente ecclesiali²⁹. Di fatto - al di là dell'errata comune percezione - la *scomunica* (cfr. Can. 1331)³⁰ e l'*interdetto* (cfr. Can. 1332) sono soltanto

²⁸ Si permetta segnalare in proposito come Michel Foucault abbia recuperato proprio questa specifica tipologia comportamentale autorevole come peculiare "modello" o comunque "tipo" da utilizzare anche in ambito socio-politico attraverso l'adozione del termine "pastorato" (o "pastoralato"); si veda in merito: **M. FOUCAULT**, *Sicurezza, territorio, popolazione*, in **M. FOUCAULT**, *Résumé des cours, 1970-1982*, Julliard, Paris, 1989 (**D. SEGLARD**, *Foucault et le problème du gouvernement*, in Ch. Lazzeri - D. Rynie [a cura di], *La Raison d'État: politique et rationalité*, PUF, Paris, 1992, pp. 124-125).

²⁹ Significativamente nel CIC vigente la Privazione costituisce una pena (permanente) espressamente volta a sanzionare le condotte più gravi: Cann. 84; 143; 182; 184; 196; 292; 416; 1336; 1381; 1389; 1396; 1457.

³⁰ In nulla assimilabile alla messa al bando o alla estromissione dalla Comunità ecclesiale (cfr. **L. GEROSA**, *La Scomunica è una pena? Saggio per una fondazione teologica del*



due forme di inabilitazione (totale o parziale) all'esercizio delle principali attribuzioni operative dei fedeli, Sacramenti *in primis*³¹; la *sospensione*, per parte propria, riguarda i chierici in quanto dotati di specifiche abilitazioni, soprattutto quelle connesse alla c.d. potestà d'Ordine (cfr. Can. 1333).

Per quanto una tal prospettiva possa apparire non immediata dal punto di vista 'civiltistico', non di meno essa risponde perfettamente al presupposto su cui si regge l'ordinamento ecclesiale: la pre-esistenza, cioè, della Chiesa rispetto ai fedeli e la loro partecipazione sempre "recettiva" a risorse e opportunità originariamente e costitutivamente "offerte" al fedele e mai poste nella sua piena ed esclusiva disponibilità³²; lo Stato, al contrario, risulta sempre successivo rispetto alle persone e proprio da esse stesse 'riceve' ciò di cui dispone³³.

Tale concetto di sanzione, non di meno, corrisponde in pieno all'idea di

"semplice garanzia, diretta o indiretta, immediata o mediata, preventiva o repressiva, sicura o soltanto probabile [...] purché sia, in certo senso, preordinata e organizzata nello stesso edificio dell'ordinamento giuridico" (p. 19)

in cui si concretizza per Romano la sostanza stessa della sanzione, senza che sia necessario aggiungere null'altro³⁴. La sanzione infatti può essere

Diritto penale canonico, Éditions Universitaires, Fribourg, 1984).

³¹ Non fanno testo a livello di definizione teoretica delle sanzioni/pene canoniche le loro - eventuali - conseguenze *anche* civili o sociali, come avvenne spesso durante il Medio Evo ... Enrico IV *docet*.

³² "È necessario considerare che, mentre lo Stato rispetto alla persona è una sovrastruttura non necessaria a definire la persona come tale - e il costituirlo "cittadino" non cambia nulla della persona in sé e per sé - la Chiesa rispetto al fedele risulta, invece, costitutiva offrendo alla persona stessa "qualcosa" di qualitativamente nuovo. [...] Poiché la persona senza la Chiesa non è come la persona senza lo Stato. Non-fedele e non-cittadino non sono condizioni equiparabili. Mentre, infatti, ciò che lo Stato può offrire alla persona/cittadino è una facilitazione [...] del vivere quotidiano (principalmente in termini di sicurezza e stabilità), ciò che la Chiesa offre alla persona/fedele è l'accesso a "risorse" (= salvezza escatologica, santificazione, Parola di Dio, Sacramenti, ecc.) non disponibili come tali fuori da essa". P. GHERRI, *Introduzione*, cit., p. 104.

³³ È per questo motivo che deve dotarsi di *imperium* per poter prendere posizione, anche con la forza, "contro" i singoli dissenzienti limitandone la libertà o la disponibilità di beni.

³⁴ "Quel che preme rilevare è che, quando si dice che il Diritto è norma fornita di sanzione, comunque intesa, ciò, sebbene sembri che generalmente si creda il contrario, non può significare che il Diritto sia una norma più un'altra norma che minacci la sanzione" (p. 19).



“immanente e latente negli stessi ingranaggi, nell’apparato organico dell’ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, può essere forza operante anche in modo indiretto, garanzia pratica che non dà luogo a nessun diritto subbietivo e, quindi, a nessuna norma da cui tale diritto derivi, freno connaturato e necessario del potere sociale” (p. 20).

Tal genere di dinamica, non di meno, risponde pienamente a quella “osservanza” che Paolo Grossi individua tra gli elementi costitutivi del Diritto.

3 - La corrispondenza tra istituzione e ordinamento

Il secondo apporto sostanziale che la Teoria istituzionale porta in dote permanente all’attuale concezione del Diritto canonico sta [a] nella caduta della necessità di ricorrere al paradigma *societario* (il solo “paradigma”, si badi bene!) e [b] nella sua efficace sostituzione con quello *istituzionale*, molto più consono alla natura della Comunità cristiana³⁵. Scriveva Romano:

«Crediamo che fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, ci sia perfetta identità» (p. 28);

«ogni ordinamento giuridico è un’istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l’equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta» (p. 23).

Il tema costituisce il nucleo stesso della proposta dell’Autore: qualunque “organizzazione” - pratica, concreta ed efficace - è per ciò stesso “istituzione” (in sé e per sé) e come tale dà corpo alla giuridicità in senso proprio³⁶, nella “impersonalità” e permanenza che realizza, al di là dei

³⁵ Cfr. P. GHERRI, *Introduzione*, cit., pp. 106-108; 111-114.

³⁶ «Per istituzione noi intendiamo ogni ente o corpo sociale. [...] L’ente di cui parliamo deve avere un’esistenza obbiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile: appunto per rendere meglio questo suo carattere, l’abbiamo anche detto un “corpo” sociale» (p. 29). “L’istituzione è un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità” (pp. 31-32). “Non è dubbio che l’istituzione sia un’organizzazione sociale” (p. 33).



propri partecipanti/membri³⁷ (ciò che non accade, p.es., nella famiglia, o tra amici). Che la Comunità dei discepoli di Gesù Cristo sia stata “questo” fin dalle prime settimane dopo la Pasqua non è dubitabile da nessun punto di vista: tanto basta per affermare che tale Comunità è originariamente “giuridica” in sé e per sé³⁸, prima e al di là di qualsiasi modalità sia stata utilizzata per concretizzare tale propria caratteristica e per raggiungere le finalità proprie di tale organizzazione³⁹. La cosa è tanto radicale dal punto di vista teoretico da non rendere neppure necessario parlare in modo proprio di una “scelta” ecclesiale “per il Diritto”⁴⁰... quasi che tale Diritto possa essere concepito come “qualcosa là fuori” che la Chiesa abbia scelto di adottare, “introducendolo” al proprio interno. Secondo il paradigma dell’Autore, per di più, lo stesso esistere della Chiesa in quanto istituzione la rende realtà originariamente e pienamente giuridica, prescindendo da qualsiasi “apporto” estrinseco: divinità inclusa. Di fatto:

“Se il Diritto non può concretarsi ed acquistar corpo se non nell’istituzione e se, viceversa, tutto ciò che, socialmente organizzato, viene assorbito come elemento di quest’ultima, acquista carattere giuridico se ne può trarre il corollario che il Diritto è il principio vitale di ogni istituzione, ciò che anima e tiene riuniti i vari elementi di cui questa risulta, che determina, fissa e conserva la struttura degli enti

³⁷ “L’istituzione è un’unità ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità, almeno sempre e necessariamente, pel mutarsi dei singoli suoi elementi, delle persone che ne fanno parte” (p. 33). Per una recente e più ampia riflessione in merito si veda: **P. GHERRI**, *Diritti e dignità tra persona e istituzioni*, in F. Felice, G. Taiani (edd.), *Bene comune, dignità e libertà tra ragioni e regole. A cinquant’anni dalla Dignitatis Humanæ e nel decennale dalla morte di san Giovanni Paolo II*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2017, pp. 193-196.

³⁸ Si legga in questa prospettiva l’affermazione di Paolo riportata in *Gal 2,6* circa le “persone più autorevoli” della Chiesa (di Gerusalemme): “Quali fossero allora non m’interessa, perché Dio non guarda in faccia ad alcuno”; persone autorevoli che egli chiama anche “le colonne” (cfr. *Gal 2,9*). Lo stesso passo biblico supporta anche la predetta dinamica di legittimazione poiché, in realtà, Paolo non afferma che Pietro, Giacomo e Giovanni “fossero” le colonne, ma tali “erano ritenuti” (= legittimazione).

³⁹ Non fa alcuna differenza, infatti, che le prime regole comportamentali fossero state assunte dalla vita della sinagoga giudaica e dell’organizzazione del sistema sinagogale nella diaspora giudaica; così come non fa alcuna differenza che progressivamente si sia dato spazio e assunto il *modus operandi* della società romana.

⁴⁰ Espressione utilizzata in: **P. GROSSI**, *Società, Diritto, Stato: un recupero per il Diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 129.



Immateriali. Reciprocamente l'istituzione è sempre un regime giuridico" (p. 38-39).

Il fatto stesso di utilizzare l'istituzione/ordinamento ecclesiale come "prova" della Teoria ordinamentale - insieme e subito dopo l'ordinamento internazionale, allora solo incipiente - lo testimonia inequivocabilmente (cfr. pp. 94-102). In tale prospettiva cade anche la lunga *querelle* filosofica⁴¹ - assunta in modo strutturale dalla Teoria dello *Ius publicum ecclesiasticum* - circa la differenza ontologica tra le "società moralmente necessarie" - uniche riconoscibili come ordinamenti giuridici (cfr. p. 109) - e quelle non tali⁴²: una tematica che l'Autore affronta direttamente in quanto ancora disputata a livello teoretico generale, dissolvendola in sole quattro pagine, domandandosi:

"in che senso deve intendersi la necessarietà e la volontarietà degli enti sociali? Giacché non bisogna dimenticare che ciò che appare necessario da un punto di vista può essere volontario da un punto di vista diverso" (pp. 110-111),

per concludere icasticamente che «poiché siamo nel campo del Diritto, il carattere necessario o meno di un ente sociale non può valutarsi che con un criterio esclusivamente giuridico» (p. 111)⁴³.

Si è già accennato come la consapevolezza espressa e tenacemente dimostrata, argomentata e difesa dal giurista siciliano un secolo fa abbia completamente liberato la Scienza canonistica dalla necessità di assoggettarsi a qualsiasi tipologia di "fondazione" del Diritto canonico

⁴¹ Visto che la tradizionale "Teologia politica" non rientrava affatto nella Teologia propriamente detta ma costituiva semplicemente una Metafisica dello Stato (moderno); si veda in merito: **C. DOTOLÒ**, *Teologia politica*, in L. Pacomio, V. Mancuso (a cura di), *Lexicon. Dizionario teologico enciclopedico*, Marietti, Casale Monferrato (AL), 1993, p. 1054.

⁴² Solo per offrire un assaggio della posizione cattolica tradizionale e coeva si veda: **F.M. CAPPELLO**, *Summa Iuris publici ecclesiastici*, 3^a ed., apud Aedes Universitatis Gregorianae, Romae, 1932, p. 120: "*Ecclesia est necessaria tum necessitate praecepti, tum necessitate medii. Necessarium necessitate medii generatim illud est, quod per se ipsum necessarium est, illud nempe, quo animæ aliquid confertur, sine quo salus obtineri nequit*".

⁴³ Specificamente per la Chiesa si era chiesto in proposito: "In base al Diritto dello Stato, che ammette la libertà religiosa, la Chiesa cattolica è una comunità libera, almeno nel senso che chiunque può uscirne; in base al Diritto ecclesiastico, il Battesimo ha carattere indelebile e l'apostata si considera sempre come appartenente alla Chiesa. È questa dunque una comunità necessaria o volontaria? E a prescindere dal rapporto che lega i singoli alla Chiesa, questa si reputa per se stessa necessaria e indefettibile, avuto riguardo alle sue origini e ai suoi fini, mentre chi appartiene a una diversa comunità religiosa sarà naturalmente di opinione contraria" (p. 111).



come tale⁴⁴. Il delicato momento in cui tale consapevolezza fu offerta alla dottrina giuridica generale non permise tuttavia che i suoi maggiori destinatari in ambito canonistico potessero interessarsene: 1) il Prussiano R. Sohm (1841-1917) era morto qualche mese prima⁴⁵; 2) il teologo cattolico K. Mörsdorf (1909-1989)⁴⁶ era nato da poco e non sarebbe stato in grado per troppo tempo ancora di incontrare gli scritti della dottrina giuspubblicistica statuale italiana, né mai mostrò di averne contezza alcuna; 3) la c.d. Scuola canonistica laica italiana era già troppo impegnata a sistematizzare il Codice canonico appena promulgato da Benedetto XV e di lì a dieci anni avrebbe dovuto impegnarsi nel recepimento del Concordato del 1929 che delineava in modo radicalmente nuovo l'intero ambito dei rapporti giuridici tra Chiesa cattolica e Stato italiano; 4) i canonisti "curiali", per parte loro, stavano assaporando i primi frutti del nuovo corso dello *Ius publicum ecclesiasticum*, prima *internum* (= il *Codex*) e poi *externum* (= la chiusura della c.d. Questione Romana). Non di meno: quando, nel secondo dopoguerra, s'impose la questione fondazionale del Diritto canonico - essenzialmente a partire dalla Germania⁴⁷ - nessuno dei teologi (*sic!*) protagonisti di tale vicenda, Mörsdorf *in primis*, era ormai - moralmente e tecnicamente - in grado di accedere all'opera di cui si tratta, nonostante la sua seconda edizione accresciuta e consolidata nel 1945.

4 - La terzietà del Diritto

⁴⁴ Tema radicalmente diverso da quello dei "fondamenti"...

⁴⁵ Famoso nel secolo scorso per aver affermato l'incompatibilità di principio tra il *Kirchenrecht* e la Chiesa (cfr. **R. SOHM**, *Kirchenrecht. I. Die geschichtlichen Grundlagen*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1892, pp. 1; 700).

⁴⁶ Il quale, nonostante tutto, non studiò mai Diritto canonico ma ne divenne propugnatore e "maestro" attraverso una propria personalissima sintesi tra Teologia e Diritto civile tedesco, come ben evidenzia il suo *curriculum* accademico: 1928-1931: studi di Filosofia, Diritto e Teologia nelle Università di Monaco, Berlino, Colonia; 21/11/1931: Laurea in Giurisprudenza (a Colonia); 1932-1936: studi di Teologia in varie sedi; 28/05/1938: Dottorato in Teologia a Monaco; 1/09/1938: Assistente universitario per Giurisprudenza; 15/11/1939: libera Docenza in Diritto canonico presso la Facoltà di Teologia cattolica dell'Università di Münster (cfr. **K. MÖRSDORF**, *I fondamenti del Diritto canonico*, traduzione italiana di S. Testa Bappenheim, Marcianum Press, Venezia, 2008, p. 301).

⁴⁷ Cfr. **P. GHERRI**, *Primi appunti*, cit., pp. 247-250.



Altro apporto dell'insegnamento di Romano che risulta fondamentale per la Teoria generale del Diritto canonico è la lucida affermazione della strutturale differenza tra *rapporto inter-soggettivo* e *rapporto istituzionale* e, pertanto, *giuridico*.

Avverso le tendenze - ancor oggi molto forti in ambito canonistico - che vogliono identificare il Diritto con la semplice presenza dell'altro (soggetto)⁴⁸, la Teoria istituzionale afferma che le relazioni inter-soggettive (primariamente quelle interpersonali) diventano giuridiche soltanto a determinate condizioni, differenti dalla semplice "alterità" e rapporto con essa: "Diciamo inoltre che l'istituzione è un ente o un corpo sociale nel senso che essa è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo" (p. 31)⁴⁹. Ne deriva un grande apporto al Diritto canonico dal punto di vista della individuazione della sua sede generativa (= il "*locus*"), individuata non tanto nella semplice relazione inter-soggettiva, ma in quella "in terza persona" (*Ius est in tertium*⁵⁰) o, se lo si vuole, nella relazione "sociale"⁵¹. Un apporto che, insieme a quello desacralizzante - trasversale - già menzionato⁵², sottrae terreno al secondo

⁴⁸ Esemplificativamente: C. **ERRAZURIZ**, *Corso fondamentale sul Diritto nella Chiesa. I. Introduzione. I soggetti ecclesiali di Diritto*, Giuffrè, Milano, 2009.

⁴⁹ "L'istituzione non si risolve mai in un singolo rapporto o in più rapporti giuridici determinati. [...] Essa implica dei rapporti, ma non si risolve in questi, anzi è a questi preordinata, nel senso che consiste in quella organizzazione o struttura che è necessaria perché i rapporti medesimi, se e quando si svolgono nella sua orbita, possano essere qualificati come giuridici" (p. 55).

⁵⁰ Cfr. P. **GHERRI**, *Persone, accoglienza e Diritto*, in *Apollinaris*, LXXXIX (2016), p. 178.

⁵¹ "§ 10. Il concetto del Diritto [...] anzitutto deve ricondursi al concetto di società. [...] Per società deve intendersi non un semplice rapporto fra gli individui, come sarebbe, per esempio, il rapporto di amicizia, al quale è estraneo ogni elemento di Diritto, ma un'entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono. E deve trattarsi di un'unità effettivamente costituita" (pp. 21-22).

⁵² Emergente principalmente in termini di non etero-legittimazione dell'attività ecclesiale, come giustifica e fonda *Lumen Gentium* n. 8 (cfr. **CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II**, *Constitutio dogmatica de Ecclesia: Lumen Gentium*, in *AAS*, LVII [1965], pp. 11-12) adottando anche per la Chiesa il principio dell'Incarnazione (cfr. P. **GHERRI**, *Lezioni*, cit., pp. 231-235) come attività immanente di Dio stesso all'interno della storia, a differenza delle prospettive estrinsecistiche tipiche della Teologia (e Filosofia) protestante di cui si alimentò - *de facto* - la Canonistica tedesca del secondo dopoguerra (cfr. P. **GHERRI**, *I fondamenti del diritto canonico secondo K. Mörsdorf. Note contenutistiche alla traduzione italiana degli Scritti maggiori*, in *Ius Canonicum*, XLIX [2009], pp. 680-681 con riguardo all'opera di K. **MÖRSDORF**, *I fondamenti del*



approccio fondazionale che dalla metà del Novecento grava sul Diritto canonico in chiave surrettiziamente giuridica: il c.d. realismo giuridico classico che vuol vedere il Diritto nel semplice “esserci” di un altro cui attribuire il (meramente) “*suum*”⁵³. La questione non è di poco conto per l’ordinamento giuridico della Chiesa cattolica la quale non è stata ancora definitivamente capace di distinguere la Morale dal Diritto⁵⁴ e si trova ciclicamente nella necessità di capire e fissare quali siano i reali confini che delimitano le due aree normative della comportamentalità dei discepoli di Cristo⁵⁵.

Per parte propria Romano è chiaro:

“non basta, perché sorga un’istituzione, l’esistenza di persone collegate fra loro da semplici rapporti, ma occorr[e] che fra esse si stabilisca un legame più stretto e più organico: è necessario che si formi una superstruttura sociale da cui, non solo i loro rapporti singoli, ma prima la loro stessa posizione generica, dipendano o siano dominati. Così non è possibile immaginare un’istituzione costituita soltanto da due persone fisiche: queste resteranno sempre due individualità, che non avranno il modo di costituirne una” (pp. 55-56).

Non basta, cioè, la doverosità di una condotta inter-soggettiva a farne una norma giuridica. Affinché si possa parlare di Diritto, infatti, occorre una strutturale *terzietà-multipla* tra i soggetti che si relazionano, la presenza cioè dei “loro/essi” coi quali ci si rapporta in terza persona in modo non occasionale ma strutturale e tutelato: come accade per l’organizzazione del vivere sociale, rispetto, p.es., alla semplice attività contrattuale dei singoli o ai loro “rapporti”⁵⁶.

Per Romano la tematica è centrale poiché le definizioni tardo-ottocentesche del Diritto “sono state elaborate o dalla Disciplina del

Diritto canonico, edizione e traduzione italiana a cura di S. Testa Bappenheim, Marcianum Press, Venezia, 2008).

⁵³ Solo indicativamente: **J. HERVADA**, *Introduzione critica al Diritto naturale*, Giuffrè, Milano, 1990, e i molti Autori che dipendono più o meno direttamente da lui.

⁵⁴ Cfr. **E. FOGLIASSO**, *Circa la rettificazione dei confini tra la Teologia morale e il Diritto canonico*, in *Salesianum*, XIII (1951), pp. 381-382.

⁵⁵ Le svariate questioni relative al principio della *ratio peccati vitandi* sono emblematiche in merito; si veda, ultimamente: **S. PARINI VINCENTI**, *Æquitas canonica e periculum animæ nello svolgimento del patto nudo in Diritto canonico*, in *Apollinaris*, LXXIX (2016), pp. 629-648; per il passato basti qui: **P. FEDELE**, *Discorso*, cit., pp. 13-14.

⁵⁶ “Il Diritto non è solo norma di rapporti, ma è, soprattutto e prima di tutto, organizzazione” (p. 73).



Diritto privato, che poi le ha imposte alle altre, o da punti di vista che non sono riusciti a superare quelli propri di tale Disciplina” (p. 7), involupando anche il Diritto pubblico e la Filosofia del Diritto, che “hanno mutuato ad occhi chiusi dal Diritto privato” (p. 7). Il modello privatistico tuttavia (incentrato di fatto sul “rapporto giuridico”) non è in grado di sostenere la complessità del fenomeno giuridico che già alle soglie del nuovo secolo andava palesandosi nei suoi amplissimi sviluppi ultra individualistici. La prospettiva del giuspubblicista è decisiva in questo campo: la maggior parte del Diritto pubblico è organizzazione, così come i rapporti tra cittadini e Stato... In tale prospettiva: se, da un lato, la Teoria ordinamentale riesce a contenere e gestire l’ampio spazio del Diritto privato⁵⁷, al contrario i paradigmi privatistici non riescono a dare ragione alcuna dell’ampiezza del Diritto pubblico, ormai strutturato in Europa continentale secondo proporzioni completamente estranee all’epoca delle codificazioni civili europee, di un secolo più vecchie.

Il punto d’osservazione di Romano risulta pregiudiziale per la Teoria generale del Diritto canonico: la prevalenza teoretica - e fondativa - del pubblico sul privato, infatti, è irrinunciabile per una corretta e realistica concezione del Diritto della Chiesa cattolica⁵⁸, soprattutto per il fatto che al suo interno lo spazio effettivamente ‘occupato’ dal rapporto giuridico tra singoli *inter pares* risulta di una esiguità totale mentre, al contrario, la quasi totalità della Normativa canonica si occupa di istituzioni e rapporti e funzionalità istituzionali⁵⁹. Non si dimentichi a questo proposito come lo *status* matrimoniale dei fedeli dal punto di vista canonico non sia *quæstio privata* (come in campo civile) ma *quæstio publici*

⁵⁷ Secondo l’Autore, nel rapporto tra Diritto pubblico e Diritto privato “quest’ultimo è, senza dubbio, una semplice specificazione del primo, una delle sue forme e direzioni, una sua diramazione. Non soltanto esso è sospeso al Diritto pubblico, che ne costituisce la radice e il tronco, ed è necessario alla sua tutela, ma è dal Diritto pubblico continuamente, per quanto talvolta silenziosamente, dominato” (p. 8).

⁵⁸ Sebbene non si possa ignorare la permanenza di prospettive contrarie: «Un’Amministrazione corposa, estesa e onnivale, non assurge ancora alla dimensione della giuridicità se essa vuol essere, o è, “tutto” nella società; [...] alla fin fine, le sorti della dimensione pubblica (amministrativa) della Chiesa, e, dunque, di un Diritto amministrativo nella Chiesa, sono paradossalmente legate alle sorti della dimensione privata, dei diritti soggettivi in essa; che là dove vi è solo “pubblico” non vi è, né vi può essere, “giustizia della cosa pubblica”» (G. LO CASTRO, *Presentazione*, in E. LABANDEIRA, *Trattato di Diritto amministrativo canonico*, Giuffrè, Milano, 1994, p. VIII).

⁵⁹ Questi, d’altra parte, sono in concreto i c.d. *tria munera Ecclesiae* (insegnare, santificare, reggere) che l’ordinamento giuridico canonico regola nel loro corretto esercizio.



boni, cosicché la sua eventuale dichiarazione di nullità non rientri nelle *facultates* dei singoli ma nel bene pubblico.

5 - La non-necessarietà del legislatore affinché si abbia vero Diritto

L'ultimo elemento della Teoria ordinamentale che impatta in modo costitutivo sul Diritto canonico è il rapporto del Diritto con il legislatore: un rapporto meramente *formale* e *non costitutivo* poiché il Diritto - in senso lato, ma sostanziale - è insito nella nozione stessa di organizzazione/istituzione, al punto che «è possibile concepire un ordinamento, che non faccia posto alla figura del legislatore» (p. 17), visto che

“Il Diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante” (p. 22).

“La legge [...] non è mai, come comunemente si crede, il cominciamento del Diritto: è, invece, un'aggiunta al Diritto preesistente (nell'ipotesi che esso abbia lacune) o una modificazione di esso. Il legislatore non è, così, il creatore del Diritto, nel senso pieno ed assoluto della parola, cioè il primo creatore; donde la mancanza in lui del potere di annullarlo completamente” (p. 68).

“Il Diritto in generale [...] non consta soltanto di norme e, quindi, non si fa valere soltanto con le sue norme, come universalmente si crede, ma anche con la sua esistenza complessiva, cioè come istituzione che, pel semplice fatto che è, ha una rilevanza giuridica, per quelli che ne fanno parte” (p. 138).

Tanto dicasi - a maggior ragione - per il Diritto canonico che ha conosciuto la “legge” modernamente intesa solo un secolo fa.

Ormai al declino del secolo dei Codici, e più ancora delle fondazioni filosofiche idealistiche che li avevano sostenuti ponendo l'accento sulla specificità della potestà legislativa, la proposta di Romano non poteva non mettere scompiglio nel sentire comune del primo dopoguerra. Tanto più che l'attività più tipica delle nascenti democrazie era proprio quella di “eleggere” i Parlamenti... cioè i legislatori. Un Diritto senza legislatore pareva inaccettabile a chi proprio della Legge aveva fatto lo strumento tipico ed emblematico del riscatto dei “cittadini” dall'Assolutismo rinascimentale e moderno: l'illuministica Legge “uguale



per tutti” contro il dominante *arbitrium* medievale e rinascimentale⁶⁰. Lo scorporo dell’attività legislativa dal “pacchetto” del potere regio aveva fatto della Legge la chiave del Diritto contro lo strapotere del Governo e dell’Amministrazione statale: la rivincita dei cittadini divenuti finalmente *conditores Legum*.

Rescindere i sottili fili che permettevano al legislatore di ‘animare’ la marionetta del Diritto statale costituiva un’operazione di una gravità inaudita, più dal punto di vista filosofico-teoretico che pratico, profilando futuri inammissibili... salvo per chi aveva già intuito che cosa il secolo da poco iniziato stava portando in grembo, come ben dimostra il suo discorso del 1910 sulla “crisi dello Stato moderno”⁶¹. Il principio evidenziato dal grande giuspubblicista, per altro, palesava già l’intrinseca debolezza dello stesso Costituzionalismo che in quel primo dopoguerra stava delineandosi nei Paesi sconfitti (in particolare: la Germania della Repubblica di Weimar e l’Austria di Kelsen)⁶². Le questioni sul giuridico e pre-giuridico che Romano affronta in modo esplicito e puntuale veicolano, in fondo, proprio quelle sull’identità e il ruolo del legislatore rispetto al Diritto e alla sua consistenza⁶³. Al contrario di Kelsen (col suo “*kein Imperativ ohne Imperator*”⁶⁴), Romano afferma con chiarezza che *il Diritto precede il legislatore*.

Dal punto di vista canonistico, offrire prospettive di questo genere nel 1918, a pochi mesi dalla promulgazione della “prova” pratica della piena e indiscutibile *perfezione giuridica della società ecclesiastica*, non poteva certo suscitare plauso da parte dei canonisti cattolici del tempo (curiali, *in primis*), finalmente appagati dall’esercizio più alto della “vera”

⁶⁰ Su tema, in via generale, si veda: **M. MECCARELLI**, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di Diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁶¹ Cfr. **S. ROMANO**, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, II (1910), pp. 97-114 (Discorso per l’inaugurazione dell’Anno Accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, letto il 4 novembre 1909).

⁶² Il “concetto di Diritto [...] è logicamente antecedente a quello di Stato” (p. 92).

⁶³ “Stato e ordinamento giuridico statale non sono, come si è detto, due diversi fenomeni, e neppure diverse manifestazioni di un medesimo fenomeno, ma viceversa sono l’identica cosa, e, quindi, ciò significa che un attributo essenziale dello Stato, qual è la sua potestà, non è mai extra o pregiuridico, ma nasce con esso e col suo ordinamento, che sempre la disciplina e la regola. Che essa poi sia potestà di porre un nuovo Diritto, non vuol dire che precede il Diritto” (p. 67).

⁶⁴ **H. KELSEN**, *Rechtswissenschaft oder Rechts-theologie?*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 16 (1966), p. 242. Da notare come lo stesso Kelsen nel 1966 parli di “*Rechtstheologie*” rimandando proprio all’ottocentesca Teologia politica, già richiamata.



supremazia pontificia riaffermata dal Concilio Vaticano I, prima di tutto *ad intra Ecclesiae*: un esercizio pieno e definitivo, com'era intesa al tempo la promulgazione di un Codice giuridico completo e universale!⁶⁵ Un esercizio che oggi, ormai a un secolo di distanza, è apparso più volte in tutte le proprie insufficienze, soprattutto teoretiche⁶⁶.

Canonicamente, non di meno, si tratta soltanto di riprendere la consapevolezza storica della reale configurazione ed evoluzione della pratica giuridica ecclesiale lungo quasi due millenni: una pratica che ha costantemente visto impegnata l'Autorità nell'assumere decisioni, molto spesso in sede giurisdicente, senza però farne delle vere "Leggi" formali. Lo strutturarsi (fin dal VI sec.⁶⁷) delle Decretali pontificie a fianco dei Canoni conciliari e il loro utilizzo integrato proposto da Ivo di Chartres⁶⁸ e Graziano⁶⁹ ne sono la testimonianza più efficace e inequivocabile: uno *Ius* concreto e tanto ampio da risultare pressoché infruibile⁷⁰, a fianco di pochissime *Leges*, quasi mai generali, poiché principalmente di portata costitutiva (= *Constitutiones*) di qualche nuova istituzione o materia giuridica.

6 - Per concludere

⁶⁵ «*Novum totius canonici Iuris Codicem*». **BENEDICTUS PP. XV**, Constitutio apostolica: *Providentissima Mater Ecclesia*, in *AAS*, IX (1917), Pars II, 7.

⁶⁶ Si veda in merito, sebbene solo indicativamente, la monumentale ricerca di Fantappiè sulla codificazione pio-benedettina (cfr. **C. FANTAPPIÈ**, *Chiesa romana e Modernità giuridica. II. Il "Codex Iuris Canonici" [1917]*, Giuffrè, Milano, 2008), insieme a qualche contrappunto espressamente metodologico (cfr. **P. GHERRI**, *Codificazione canonica tra tecnica e sistema*, in *Eastern Canon Law*, II [2013], I, 19-130). Non si tralascino neppure i molti interventi e contributi legati proprio al "centenario della codificazione canonica" che stanno aparendo nella dottrina canonistica di questi ultimi anni.

⁶⁷ Il riferimento è alla c.d. *Collectio dionysiana* (cfr. **A. Strewé** [ed.], *Die Canonessammlung des Dionysius Exiguus in der ersten Redaktion - Collectio dionysiana*, Coll. *Arbeiten zur Kirchen Geschichte*, n. 16, de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1931).

⁶⁸ Cfr. **IVO CARNOTENSIS EP.**, *Decretum*, in J.P. Migne (ed.), *Patrologiae cursus completus, Series Latina*, CLXI, Migne, Paris, 1855, coll. 47-1022.

⁶⁹ Cfr. **GRATIANUS**, *Concordia discordantium Canonum*, in Æ. Friedberg (a cura di), *Corpus Iuris canonici*, I, editio lipsiensis secunda, (ristampa anastatica) Akademische druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1959.

⁷⁰ Emblematico in merito il m.p. con cui Papa Sarto indisse la redazione del Codice di Diritto Canonico: **PIUS PP. X**, *Motu proprio de Ecclesiae Legibus in unum redigendis: Arduum Sane Munus*, in *ASS*, XXXVI (1903-1904), pp. 549-551.



Le presenti riflessioni, proposte in una prospettiva “strutturante”, intendono mettere in rilievo quattro elementi del pensiero di Santi Romano che risultano particolarmente significativi per impostare un’attuale *Teoria generale del Diritto canonico*, in un tempo in cui la riflessione canonistica “fondamentale” appare piuttosto rilassata, avendo ormai perso i suoi maggiori protagonisti del dopo Concilio, mentre la maggior parte dei loro aspiranti eredi ha inevitabilmente subito le “diluizioni” dell’attuale “liquidità” socio-culturale anche in ambito ecclesiale.

Per contro: gli inizi del nuovo millennio, caratterizzati [a] dalla sostanziale attenuazione della prospettiva “fondativa” e [b] dalla progressiva perdita di reale credibilità delle soluzioni prospettate in tali ambiti dottrinali, si presentano più facilmente ricettivi degli elementi offerti dalla Teoria ordinamentale come “basi” concrete su cui costruire una nuova sintassi dell’ordinamento giuridico della Chiesa cattolica. Una nuova sintassi in grado di parlare correttamente con gli altri ordinamenti giuridici attualmente vigenti⁷¹, offrendo al Diritto canonico innovativi elementi di solidità e autonomia, senza nulla perdere neppure sotto il profilo più strettamente tecnico, come efficacemente dimostrano alcune pubblicazioni di questi ultimi anni in tema di Diritto amministrativo canonico⁷².

⁷¹ Come scrive, programmaticamente, il “*Commentarius Instituti Utriusque Iuris*” nella sua quarta di copertina: “L’unità del fenomeno giuridico costituisce per la Chiesa una preziosa occasione d’incontro e scambio con la cultura umana di ogni tempo e luogo (come già avvenne per lo *Ius commune*) in una reciprocità di apporti, anche tecnici, consapevole di dover sempre porre la persona al centro della vita sociale e istituzionale.

L’attenzione sia ai fondamenti, sia alla prassi, del vivere giuridico mantiene aperto il dialogo con tutti coloro che nella pratica del Diritto vedono un’irrinunciabile conquista e una via concreta per il futuro dell’umanità” (*Apollinaris*).

⁷² Il riferimento è ai due volumi: P. GHERRI, *Introduzione*, cit., 2015, e P. GHERRI, *Introduzione al Diritto amministrativo canonico. Metodo*, Giuffrè, Milano, 2018. Si veda inoltre, più ampiamente: M. De Benedetto (a cura di), *Il Diritto amministrativo tra Ordinamenti civili e Ordinamento canonico. Prospettive e limiti della comparazione*, Giappichelli, Torino, 2016.