



Francesco Zanchini di Castiglionchio

(già ordinario di Diritto canonico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Teramo)

Tra città di Dio e società "perfette".

Il linguaggio del diritto pubblico ecclesiastico come cifra ricostruttiva della transizione cattolica dal mito alla modernità¹

SOMMARIO: 1. Preambolo - 2. Il diritto romano nell'esperienza cristiana - 3. Chiese e diritto romano nella "civiltà cristiana" - 4. Tra una giurisprudenza e l'altra: la mediazione medievale del diritto comune - 5. La civiltà del diritto nell'età del potere. Quale dogmatica? - 6. Lo *jus publicum europaeum*: verso una riduzione della Santa Sede a pura "potenza" religiosa - 7. Il retroterra politico di un nuovo diritto pubblico ecclesiastico - 8. (*segue*) La fondazione teorica di un nuovo diritto costituzionale - 9. Profili di una nuova costituzione materiale - 10. Posizioni di principio e di metodo vincenti a partire dalle dottrine del Bouix - 11. (*segue*) Dal conflitto alla stabilizzazione dell'emergenza- 12 Il tramonto dei diritti nel nuovo, e nel nuovissimo "jus populi Dei" - 13. (*segue*) La fine, di fatto e di principio, dell'attuazione giudiziaria del diritto.

1 - Preambolo

Sottostante al presente rapporto essendo un'ipotesi di discontinuità radicale dell'argomento rispetto agli assetti condivisi nella cultura giuridica anteriore, ne è nata la necessità di anteporre a una prima descrizione (basata su una pur sommaria campionatura) delle linee di sviluppo delle idee emergenti all'epoca dell'innovazione dogmatica del Vaticano I, qualche cenno alla messa a fuoco di principi nuovi realizzatasi nella cultura ecclesiastica, fino a dare vita a una cesura valoriale sistematica rispetto al passato, determinata dall'accumularsi drammatico, fino ai secoli XVIII e XIX, d'inedite emergenze anticattoliche, a rincalzo di quelle emerse fino ad allora, dalla Riforma in poi. Da tali emergenze, infatti, andava perdendo plausibilità l'idea di una contraddizione ontologica, piuttosto che storica, tra profano e "sacro": e con essa acquisiva prestigio la traduzione in termini di **appartenenza politica** della metafora mistica di Fil. 3,20, già a volte estremizzata nelle modalità invalse d'intendere, in Occidente, la poderosa dottrina del grande Dottore africano sulle "due città". Così da accreditare,

¹ Il contributo, non sottoposto a valutazione, è destinato alla pubblicazione negli *Studi in onore di Mario Tedeschi*.



di contro a convinzioni profondamente radicate nell'età antica, un'idea di Chiesa da definirsi non per inclusione, come *pars nobilior* di un cosmo ordinato, per sé spontaneamente cristiano; ma piuttosto per esclusione, come **entità sociale altra** (puntualmente descrivibile con precisione bellarminiana) da un mondo disordinato, cui tale squalifica conveniva in via del tutto empirica, in quanto non riducibile alla disciplina cattolico-romana. Situazione, cui la scuola di Salamanca tentò, per i casi di irriducibile conflitto, di predisporre principi di pacifica convivenza alternativi al razzismo e alla guerra, coerenti con gli antichi istituti del diritto romano classico (*ius gentium*).

Al disordine del campo avverso l'approccio non era tuttavia più quello, mitico, dell'età antica, ma semmai quello, fenomenico, dettato da una coscienza tutta moderna dei meccanismi e dei passaggi storici attraversati dalla crisi in atto; inclusa una consapevolezza decisamente analitica, e talvolta spregiudicatamente secolare, delle cause di essa, eventualmente imputabili non solo "al nemico dell'umana natura" (Ignazio di Loyola), ma pure a un loro erroneo governo da parte del vertice, ministeriale e politico, della Chiesa.

Quando, al culmine dell'età barocca, questa crisi epocale della cristianità cominciò a definire il volto inquieto delle proprie contraddizioni, fu allora che il diritto canonico occidentale si avviò a prendere le distanze, a suo modo, dagli antichi vincoli dell'orizzonte mediterraneo: fino a avvertire, sospinto dalle febbrili dinamiche eversive degli interessi imperialistici covati dalla crescita di un capitalismo bensì globale, ma ancora incluso in rigidi recinti controllati da "potenze" egemoni, la necessità di varcare il punto di non ritorno della propria emancipazione dal bacino di civiltà giuridica, dal quale per quasi quindici secoli aveva tratto vita e alimento: il diritto romano.

La datazione di un tale fenomeno innovativo coincide, a me pare, con l'indicazione postuma che ne è dato trarre dal testamento del cardinal Martini: "la Chiesa è indietro di duecento anni"; ma ciò non con riguardo a un'addebito di intempestività nel fronteggiare la crisi ottocentesca (che sarebbe fuori bersaglio), ma piuttosto con riferimento al suo attardarsi, nel secolo XX, in una interminabile attività di cesello dei successi raggiunti sotto Leone XIII, seguita dall'inerzia catatonica in cui il suo vertice è improvvisamente piombato dopo il Vaticano II.



2 - Il diritto romano nell'esperienza cristiana

Con accorgimenti evolutivamente differenti, l'inculturazione cristiana è avanzata nel tempo attraverso omeostasi più o meno appaganti, più o meno pervasive, tra fede e storia. Potrebbe dirsi che questa sua disponibilità al compromesso ha costituito, anzi, un punto di forza non secondario della sua vicenda. Di volta in volta, dalla memoria conservata del *kèrigma* apostolico, sono così state tratte le elaborazioni necessarie a integrare secondo necessità pastorale sia il *depositum fidei*, che l'*ordo disciplinae*, per riproporli (alla stregua di una regola di adattamento e nella fedeltà allo spirito, più che alla lettera) di fronte alle sfide poste da situazioni nuove, e non di rado traumatiche.

Questo processo di adattamento ha caratterizzato più o meno ogni diramazione del fenomeno, dall'ortodossia (bizantina e non) al cattolicesimo romano, alle chiese riformate; s'intenda, non di rado con rilevanti scostamenti -non solo di stile- fra una tradizione confessionale e l'altra. Né sono mancati al riguardo, quasi ovunque, momenti di tensione tra organismi gerarchici preoccupati della tutela di principi "non negoziabili" e sperimentazioni audaci di avanguardie zelanti. Sono codeste cose largamente note, che tutti sanno, anche quando fingono di non sapere.

Due sono stati i *media* fondamentali, attraverso i quali il processo si è mosso. Di uno di essi, il pensiero greco, si è ben detto di recente, con altra autorità, a Ratisbona (e, a tal riguardo, non sarebbe male ricordare che, una volta fusa nella simbiosi greco-romana l'ecumene mediterranea, appena sette secoli dopo Pompeo gli storici arabi chiamavano "romani" i greco-bizantini). Qui si vorrebbe porre, invece, attenzione a un saliente spesso trascurato tra le due linee di avanzata morenica, in Occidente, della vita e dell'azione pastorale cristiana lungo un percorso che risulta ininterrotto almeno fino a Trento: il diritto romano, al cui "battesimo" si deve non poco della tenuta storica della comunità di popoli tanto tra loro diversi, come quelli che l'Europa ha riunito tra l'Atlantico e il Mediterraneo, nell'arco dei due millenni appena trascorsi e a onta dell'improvviso collasso, alla fine del secolo V, dell'impero romano-cristiano d'occidente.

Al riguardo sarà utile tenere presente che, mentre il prestigio del pensiero occidentale decade, oggi, in un quadro globale in gran parte estraneo alle sue radici, si rafforza in progressione inversa quello del diritto romano; del quale si riconosce invece quasi ovunque l'evidente superiorità rispetto ai sistemi concorrenti. Trattasi d'una superiorità di complessa decifrazione, ma che trova comunque un punto di forza sicuro nella sua capacità di adattamento a luoghi e tempi i più diversi, assecondata da un'attitudine parallela a riattualizzarsi attraverso la duttilità di una



interpretatio pronta a risalire senza incertezze dall'empiria della storia alla cogenza di principi permanenti, fecondi di valori nuovi e di nuovi innesti civili e politici. In siffatto ruolo, oggi, questo singolare fenomeno assume anzi il nome di diritto romano "attuale"; tale ritenuto per le attitudini ben altrimenti evolutivo-transitive, che esso esprime rispetto ai sistemi codificati, all'immediatezza della loro dipendenza (non scevra di rischi) dal potere, al loro caotico aggiornamento e alla loro reciproca, e talora forzosa integrazione, nel vecchio e nel nuovo mondo.

Ci sia permessa, fin da questi primi cenni preliminari, l'iniziativa di avanzare una proposta di maggiore attenzione alla tematica del diritto romano, come chiave e strumento da cui la vita delle chiese ha certo marcato, col trascorrere del tempo, distanze talora ragguardevoli; ma che in essa lascia tuttora tracce cospicue, e forse in parte recuperabili nonostante lo sforzo organico di cancellarle definitivamente, esercitato nei tre secoli appena trascorsi. È un percorso inconsueto, ma forse non inutile ai nostri fini.

3 - Chiese e diritto romano nella "civiltà cristiana"

Com'è ben noto, le chiese dell'ecumene antica tendono a organizzarsi in base a simboli culturalmente compatibili con istituti e concetti del diritto romano; e a esso apportano, e da esso ricevono, i dati elementari, si direbbe gli stessi elementi costruttivi del loro sistema istituzionale originario. Il tutto è iscritto, del resto, nella logica propria delle ovvie esigenze di reciproco riconoscimento tra l'ordinamento generale e quello nascente delle nuove comunità, in cui il fenomeno cristiano si aggrega e si coordina; sicché qualcosa di nuovo nasce sicuramente dalla combinazione dei linguaggi della fede e dell'ordine oggettivo garantito dal potere egemone nell'ecumene, se solo si pensi quanto le chiese debbono a una inedita e corale riunione di vescovi (Nicea), convocata dall'imperatore e inizio della "Grande Chiesa".

Lentamente, sotto l'impulso dell'innovazione costantiniana, l'impero si fa cristianità; e questo processo richiede un convergente rimodellamento del profilo costituzionale dello Stato, come pure del primo abbozzo autonomo dei dati istituzionali elementari che avevano retto l'impatto dell'uscita delle chiese dall'economia del Tempio e dal pluralismo di esperienze dell'età post-apostolica. Superfluo precisare, a tale riguardo, come questa grandiosa transizione investa preferibilmente il livello dell'organizzazione gerarchica delle chiese e il loro correlarsi con l'ordinamento generale attraverso le strutture episcopali. È questo processo,



a mio parere, a rendere possibile una costruzione ideologica graduale rispondente all'idea, eusebiana, di un popolo di Dio incluso in un solo impero. Idea grande e feconda, e di lunga lena, se il papato gregoriano la rinverdisce a suo modo nella rivoluzione del secolo XI, quando trova la forza di emanciparsi dall'egemonia bizantina; e se la rinascita zarista delle Russie vi fonda reciprocamente, dopo la caduta di Costantinopoli, gran parte della propria ragion d'essere.

Solo riprendendo (ma così integrato) il discorso di Benedetto XVI a Ratisbona, ci rendiamo conto, ancora una volta, che le radici della disintegrazione del moderno mondo europeo sono qui; e che dipendono dal processo di emancipazione che alcune famiglie culturali della cristianità hanno intrapreso nell'età moderna, dapprima mediante la regionalizzazione giurisdizionalista dei "re cattolici", e poi attraverso il travaglio dei nazionalismi "irredentisti" dell'Ottocento, anticipato dall'appello luterano a un concilio "libero e tedesco". Dando luogo a un'esperienza collettiva prima psichica che politica di straordinaria ricchezza, culla delle attuali patrie, di cui conosciamo i limiti, talora sconcertanti (tra cui, in primo luogo, andrebbe annoverata la riduzione cattolica del diritto ecclesiale a strumento esclusivo di traduzione identitaria dell'appartenenza a Cristo, secondo la tesi che qui si propone). Un'esperienza, della quale vale però la pena di salvare con orgoglio, di fronte al mondo globale odierno, almeno quel grumo di valori imperituri che costituiscono, all'esito delle rivoluzioni borghesi, il recupero di alcune, venerabili idee della Roma precostantiniana: la laicità dello Stato, il rispetto delle differenze politico-culturali (*ius gentium*) e la libertà religiosa.

4 - Tra una giurisprudenza e l'altra: la mediazione medievale del diritto comune

Eppure, l'integrazione tra dogma cristiano e giurisprudenza romana non era stata impresa da poco, tenuto conto del peso delle storiche determinazioni costituenti, adottate al fine di fare man mano spazio al nuovo culto nella *pax deorum* anteriore. Né la ricezione di dette innovazioni era avvenuta senza il travaglio di un processo graduale di riflessione-integrazione, al quale il ceto dei giuristi della Tarda antichità (cristiani, e non) aveva partecipato in un clima di aperto dialogo con i nuovi valori emergenti.

La pressione della politica, dal canto suo, aveva giocato a favore dell'innovazione religiosa, ma al contempo pure in funzione di garanzia del blocco culturale a egemonia stoica (Seneca, Marco Aurelio) caratteristico



dell'estrema età precristiana; blocco, che era destinato a mantenere a lungo la sua influenza professionale e corporativa, e ciò fino a esprimere, in misura decisiva, il gruppo dei giuristi incaricati da Giustiniano di avviare il ciclopico lavoro di impostazione delle compilazioni.

Su questo punto di equilibrio, l'opera di definizione del profilo ideologico del "nuovo" impero post-augusteo aveva potuto mantenere fermi pressoché tutti i punti non specificamente investiti dall'innovazione costantiniana; inclusi quelli dell'inerenza al sistema di legalità di un'esigenza ulteriore di espansione verso una più perfetta giustizia (diritto naturale) e di pieno rispetto per l'alterità politica dello straniero non ostile, come tale libero e sacro (diritto delle genti).

Tale retaggio della civiltà dei gentili - integrato perfettamente anche nella civiltà bizantina - passa intatto, attraverso l'*interpretatio* medievale, nel medioevo occidentale; e se ne vedrà il frutto ai tempi del conflitto aperto, nel *siglo de oro*, dai teologi di Salamanca contro la *destrucción de las Indias* e gli abusi degli *encomenderos*, richiamantisi al pretesto abusivo della propagazione della fede. Un conflitto che, a ben vedere, affrontava la barbarie integralista di Sepulveda più con i valori originari della sapienza degli antichi, che non con quelli di un presunto diritto romano-cristiano, derivato dallo *jus divinum* e comunque "canonizzato" dalle bolle alessandrine.

Comunque, si voglia o no, il processo di ricezione medievale del diritto antico, in concorso con i diritti particolari (feudi, principati *superiorem non recognoscentes*, città libere ecc.) caratterizzanti in Occidente l'universo dei rapporti sociali, si era svolto usualmente in concordia con quello dell'unico altro diritto, che in regime di cristianità potesse ritenersi comune: il diritto canonico. Di qui la legittimità storiografica del termine "sistema del diritto comune", usato da Francesco Calasso con riferimento alla tendenza, all'epoca, a un coordinamento costituzionale, e per certi versi a una reciproca, indissolubile inerenza, dei due diritti sovrani della diarchia (*inadaequae distincta?*) romano-cristiana.

Nella temperie particolaristica sottesa a tale sistema, né papa né imperatore erano riusciti però, almeno in Occidente, ad assumere la somma di poteri caratterizzante la *maiestas* cesarea del modello romano. Ed era stata questa incompiutezza del diritto pubblico medievale a provocare, dopo una serie di scontri tra le due autorità, uno squilibrio ideologico tanto più crescente, quanto più l'antica metafora di Fil. 3, 20 tendeva a venire intesa in termini di lealtà istituzionale verso uno dei due poteri, piuttosto che come contemperamento razionale di valori nell'unità vivente della fede di chi riconoscesse, in ultima istanza, la sovranità del Cristo pasquale.



5 - La civiltà del diritto nell'età del potere. Quale dogmatica?

L'età che succede alla crisi della *christianitas*, alla vigilia della caduta di Costantinopoli, si presenta (ferma la fede in un destino comune) con la pretesa di affrontare il futuro nella dimensione finalistica del passato, ma con l'intenzione di munirsi all'uopo di uno strumentario più efficace. E poiché, tra gli altri strumenti dell'agire umano, il potere appare sommamente efficace, alla scienza (somma energia progettuale di questo tempo) viene chiesto uno sforzo di riflessione innovativa, tra l'altro, sulla teoria del potere e sulle tecniche di accumulazione di esso.

Risale pertanto, effettivamente, a questo periodo un'accelerazione considerevole dello sforzo del pensiero politico europeo di darsi dimensioni critiche nuove; e, di conseguenza, obiettivi di revisione inedita delle vedute ereditate dal passato, e ora riversate nel crogiolo di una secolarizzazione della politica impensabile fino al secolo XIV, oltre che funzionale alla crescita impetuosa della consapevolezza di sé delle potenze europee, re cattolici non esclusi. A fronte di che, il concilio Tridentino potrebbe valutarsi - seppure dialetticamente - come un fenomeno interno alla stessa temperie di accelerazione politica, capace come fu di definire problemi del passaggio dal Tardoantico all'ultimo Medioevo con nettezza finalmente indiscutibile (si pensi al *Tametsi*, col correlativo chiarimento finale della teologia cattolica del matrimonio), comportando conseguenze durevoli per l'intera cristianità occidentale e marcandovi il segno di una potenza ecclesiastica operante ormai nel quadro di modelli decisamente diversi da quelli del magnifico mecenatismo del papato rinascimentale; e, stando a una interessante suggestione di Paolo Prodi negli studi per l'ultima lezione di Giuseppe Alberigo, decisamente più spirituali che in passato.

Altro però è il potere, altro il diritto; talché, in un'operetta filosofica di qualche impegno del 1668 (la *Ratio corporis juris reconcinnandi* di G. W. Leibniz²) è dato tuttavia leggere ancora, con persistenza singolare, quanto segue:

“§ 1. Ius Romanum vocamus tam quod a Iustiniano Romano Imperatore, quam quod a Romanis Pontificibus profectum est; illud Iustinianum dicitur, hoc Pontificium. § 2. Utrumque habet per Europam fere totam, spontanea quidem receptione vim Iuris Communis, et quasi Iuris gentium Christianorum; ut valeat quatenus ei speciali Regni, Regionis, Provinciae, Loci alicuius Lege, Statuto, vel Consuetudine non est derogatum”³.

² G.W. LEIBNIZ, *Ratio corporis juris reconcinnandi*, Moguntiae, 1668.

³ In *Gottfried Wilhelm Leibniz. Philosophische Schriften 1663-1672*, a cura di W. Kabitz, H.



D'altronde, i due momenti creativi del diritto occidentale, cui il sistema descritto dal Leibniz faceva capo, erano senza dubbio di rilievo incomparabile per la storia sociale interessata da essi; e in entrambi appariva significativo il riferimento egemone alla mediazione ponderata di sapienti e di maestri: nel Digesto, all'equilibrio giudicante dei giuristi dell'età classica (*responsa prudentium*); nel *Decretum* di Graziano, all'autorità dei Padri della Chiesa. Sulla loro saggezza (*humani et divini iuris notio, iusti et iniusti scientia*, aveva detto Ulpiano) tutto il resto del sistema dei valori giuridici, seppure rigidamente fissato dalle potestà più eccelse con formale solennità, finiva per reggersi. Era altresì significativa, a tale riguardo, l'indifferenza della decisione quanto alla fonte del principio affermato: sia che trovasse cioè sede nella propria ragionevolezza intrinseca, sia che lo si potesse derivare dalla rivelazione divina, a nessuna autorità poteva riconoscersi la facoltà di contestare la sua evidenza dogmatica. In ciò, neppure gli avversari dell'*Ancien régime* dissentivano dalla Chiesa: anche laddove ne contrastavano le contraddizioni di una politica di complicità con i poteri oppressori del tempo, essi non facevano che richiamarsi a una superiore ragionevolezza, attingibile dall'*homo socius* con le sole sue forze. Che però, non a caso riferivano a un diritto naturale secolarizzato come quello di Grozio, Pufendorf e Thomasius: idea antichissima, questa, alla quale per altro il Leibniz tenacemente si opponeva. Una questione, questa, con cui la dogmatica cristiana (soprattutto cattolica) non sembra ancora avere deciso di fare i conti fino in fondo; forse intuendo di potervi perdere qualcosa della gloria accumulata in passato dal suo pure luminoso magistero.

6 - Lo "jus publicum europaeum": verso una riduzione della Santa Sede a pura "potenza" religiosa

Le caratteristiche, in apparenza puramente religiose, del movimento successivo alla protesta di Lutero comportarono una caduta del consenso di gran parte della cristianità verso il regime papale, che - si sa - avrebbe potuto essere contenuta e governata, se se ne fossero tempestivamente valutate sia le dimensioni, che i possibili esiti divisivi. In realtà, chi per primo freddamente si avvide della caduta di egemonia della Curia, e machiavellicamente se ne avvalse per correre il rischio calcolato di un'emancipazione formale da essa del regno dei Tudor, con l'*Atto di*

Schepers, Akademie Verlag, Berlin, 1990.



Supremazia, fu Enrico VIII di Inghilterra; il cui gesto cadde per altro nel diffuso vuoto di consapevolezza della sfida storica che anticipava tra Chiesa e Stato, e della finale alternativa di sistema che proponeva rispetto al sacro romano impero, braccio secolare del successore di Pietro. Una sfida, del cui pieno significato perfino la Scolastica spagnola non sembra abbia saputo farsi tempestivamente capace, mentre la Curia con industriosa fatica andava sperimentando vie di uscita ardue, ma non inaccettabili, dall'*impasse* che si andava profilando.

A onta dei successi militari e politici degli Asburgo in Centro Europa e nel nuovo mondo, dopo il disastro della *Invincibile armata* l'impero sopravvisse stancamente a sé stesso, fino a patire perfino l'offesa esplicita del banalizzarsi del suo significato. Ma già la critica dei Lumi, prima della Rivoluzione francese, ne aveva man mano sospinto l'idea sulla soglia dell'insignificanza politica, come espressione di un'egemonia apprezzabile nel concerto delle potenze europee. Mentre, da est, la crescita tumultuosa della potenza zarista proponeva l'ingresso tra esse di un soggetto che, investito dall'ideologia slavofila della Terza Roma, risultava del tutto immune da simpatie papiste, oltre che estraneo alle beghe intercristiane occidentali, d'altronde in fase di stabilizzazione pressoché definitiva dopo Westfalia.

Per un riflesso mentale riconducibile al principio di conservazione della sapienza giuridica anteriore, i giuristi protestanti ed evangelici avevano comunque, dal canto loro, per lo più rifiutato l'innovazione gallicana (rottura che avevano ritenuta inutile e sciovinista), mantenendosi fedeli al diritto comune. E, in coerenza con ciò, continuavano a ritenere vigente il *corpus iuris canonici* (nella versione riveduta dallo Chappuis dopo Costanza) come parte integrante, appunto, del diritto comune stesso.

Rispetto alla monumentale compilazione antica, l'innovazione protestante si era manifestata quindi solo nel rifiuto del diritto tridentino, e nell'integrazione organizzativa (con note di cesaro-papismo più nette in area luterana) intervenuta localmente dopo il consolidamento confessionale e disciplinare delle varie anime dell'insurrezione antiromana. Questo basso profilo del persistente fenomeno di un *Kirchenrecht* nel mondo soprattutto tedesco concorre certamente a spiegare come, in quello che Carl Schmitt ha felicemente definito diritto pubblico europeo, abbia potuto conservarsi poi l'uso pacifico e memorabile d'una cortese priorità simbolica del nunzio apostolico all'interno del corpo diplomatico, accreditato nella comunità delle nazioni.

In opposto senso, secondo un'ulteriore suggestione di Prodi, stava già operando una tendenza, riscontrabile nel diritto tridentino, a una precoce emancipazione della Chiesa della Controriforma dal diritto



comune; con il quale si andavano pure scontrando i nuovi orizzonti politico-pastorali aperti da essa, dando vita a una frizione evidente con il *milieu* decretalistico-consuetudinario anteriore (e quindi dei suoi interpreti!), divenuto nel Seicento bacino di coltura delle ingerenze giurisdizionaliste dei re cattolici. Operazione, questa del Tridentino, che segna forse il confine tra il fallimento ideologico del papato rinascimentale e la sperimentazione di una ripresa in forme nuove, e più spirituali, dei tentativi tenaci della Santa Sede di ristabilire in Europa l'egemonia attuata nei secoli successivi alla riforma gregoriana.

Durevole si mostrava qui lo scontro tra il vecchio e il nuovo, così come il ruolo conservatore che il mondo tedesco si sarebbe riservato dal canto suo, ben oltre l'*usus modernus pandectarum*. Mentre il concilio Vaticano I sarebbe venuto ben presto a marcare un altro momento di cesura tra diritto canonico e diritto comune (ferito dalla pretesa del nuovo dogma di tagliare totalmente i ponti con la storia); con evidente penalizzazione del primo sul piano di quella elasticità che, all'inizio dell'evo moderno, aveva agevolato, del diritto comune castigliano rinnovato nella versione delle *Siete Partidas*, la grandiosa migrazione transatlantica nelle terre e isole dell'impero "indiano" dei re cattolici del *siglo de oro*. Un'esperienza, questa, di cui era parte integrante l'istituto del Vicariato apostolico, conferito con le bolle alessandrine a questi ultimi; delega, questa, della cui esorbitante prassi interpretativa la Curia soppesò per secoli i pro e i contro, alla fine limitando il proprio intervento critico alla messa all'Indice dei passi dedicati all'argomento da Juan de Solòrzano Pereira nella sua opera capitale, la *Politica indiana*.

7 - Il retroterra politico di un nuovo diritto pubblico ecclesiastico

Nell'arco degli stessi quattro secoli di declino dell'*imperium christianum*, che sopravviveva solo ormai nel privilegio di condizionare la libertà del conclave col veto imperiale su un candidato, altri e più gravi limiti, d'impronta drasticamente giurisdizionalista, si erano però sedimentati man mano in pregiudizio delle "immunità" ecclesiastiche, mentre avevano ormai preso piede nuove idee sull'ampiezza del dominio regio, anche in materia religiosa, nei territori legittimamente integrati in ogni formazione politica territorialmente stabilizzata. L'innovazione faceva mostra di procedere da legittime autonomie territoriali, tramite cioè la consuetudine canonica, assecondata dal silenzio, vero o presunto, della gerarchia episcopale; la cui tolleranza era quanto meno favorita, oltre tutto,



dall'inevitabile dipendenza economica di quest'ultima dal governo regio, in un periodo nel quale quest'ultimo ridimensionava la potenza del feudo.

A contrasto con l'immane reazione vaticana, l'ideologia della corona soleva rispolverare volentieri l'idea biblica del sovrano "pastore di popoli" e, attraverso questa, di un rapporto diretto tra Dio e la paterna autorità dei re. Come dunque opporsi a una tale autorità cesarea, e alla sua pretesa di protezione dei credenti, una protezione da esercitarsi severamente anche nei confronti degli abusi di potestà ecclesiastica? Cosa opporre alla sua pretesa di controllo anche preventivo del buon andamento della proprietà ecclesiastica e della corretta assegnazione dei benefici vacanti?

Se, poi, la situazione era già difficile in Europa, quanto maggiori problemi l'emancipazione del potere regio dall'autorità della Santa Sede comportava nelle terre oltremare, dove la responsabilità dell'evangelizzazione delle popolazioni indigene dipendeva dai re cattolici anche sul terreno della dotazione e, per certi versi, dell'investitura nei benefici maggiori, mentre le manie d'ingerenza dei viceré non indietreggiavano di fronte al problema del numero delle diocesi e della gerarchia d'onore e di precedenza fra esse?

Quando sopravvenne la rivoluzione francese a fare *tabula rasa* di tutto questo, alla Curia non mancò l'avvedutezza di valutare i pro e i contro dell'innovazione introdotta dall'aperto nemico, a confronto con la soffocante "amicizia" dei re cattolici; e a conforto di questo suo calcolo stanno non solo il concordato napoleonico, ma pure la sua assunzione "laica" (col solo limite della lealtà promessa all'ordine costituito, attraverso il giuramento dei vescovi) come modello strumentale generale di coesistenza negoziata sul terreno del futuro regime delle relazioni con gli Stati, ferma l'utilità delle debite differenze da utilizzare di fronte a un interlocutore, o all'altro. Mentre la caduta dei vincoli di reciprocità propri dell'antico rapporto con le potenze cattoliche apriva la via, nei loro territori oltremare in fase di decolonizzazione, a una ripresa spregiudicata delle libere nomine papali, a copertura delle diocesi resesi vacanti durante le guerre d'indipendenza; e ciò con buona pace dei frequenti, vani tentativi dei nuovi regimi di succedere sul punto negli usi e nelle prerogative giuspatronali dei re cattolici spodestati. Una sorta di guerra fredda, questa, globale e senza quartiere; contro la quale la stessa reazione elitaria del *Kulturkampf* sopraggiunta all'indomani del dogma dell'infalibilità (non andremo a Canossa!), non poté avere altro esito concreto, che quello di rinsaldare il consenso alla politica della Curia proprio da parte di quell'episcopato tedesco, che del dogma era stato come pochi altri, in concilio, critico tenace e conseguente.



Era questo il segno di una crescita della Chiesa nella consapevolezza di sé, e l'inizio di una lunga sua navigazione nel mare aperto del diritto pubblico europeo, senza soverchi rimpianti per un ordine antico di impossibile restaurazione. Paradossalmente, il nuovo corso si accompagnava a clamorose (e vittimistiche) querele di mera facciata per lo svanire del buon tempo antico; mentre con solido realismo si puntava al consolidamento a tutto campo di un rinnovato dominio spirituale della Santa Sede, tale da non poterne essere mai più da altri minacciata l'esclusiva. Fu questo in fondo, tra Pio VII e Pio IX, l'obiettivo diretto e immediato non solo dell'innovazione conciliare del 1870, ma pure dell'avvio a un processo di codificazione accentratrice – vagheggiato già sotto Leone XIII, ma da completarsi più tardi, tra Pio X e Benedetto XV - che avrebbe una volta per sempre tagliato alla radice i ponti con le derive episcopaliane e giurisdizionaliste, a base consuetudinaria e ispirazione romanistica, dei secoli precedenti.

Dal fronte avverso, d'altronde, provenivano segnali minacciosi della preparazione organica di un nuovo e pericoloso attacco, in forma ovviamente ammodernata, alle libertà ecclesiastiche. Mentre, favorito da un'accorta politica di imparentamento dinastico, l'allargarsi dell'influenza dei Borbone sostituiva al conservatorismo degli Asburgo un gruppo coeso di monarchi decisamente più aperti alla cultura massonica dominante, e propensi a favorirne le proposte di "modernizzazione" dei vigenti rapporti tra Chiesa e Stato. Questo blocco internazionale di potere, che includeva i territori oltremare oggetto dell'espansione imperialista dei re cattolici, poteva, del resto, avere ragione di credere di avere già guadagnato la partita, una volta ottenuto dalla timidezza di Clemente XIV l'atto formale di scioglimento (seppure effimero) della Compagnia di Gesù, allora all'apogeo della sua potenza. Si andava profilando così, negli equilibri interni alla cristianità, un nuovo stato di eccezione, che ben si sarebbe prestato al fine di legittimare contromisure papali adeguate, se non fosse sopraggiunta la pretesa napoleonica di sovvertire a proprio vantaggio equilibri tra la Chiesa e la Francia già definiti dalle parti, con moderazione intelligente, nel concordato del 1801; pretesa fortunatamente travolta dalla fine delle fortune militari di Napoleone, seguita dal vantaggioso ricollocarsi degli interessi del papato nel contesto delle intese volte alla restaurazione, in Europa, degli antichi regimi abbattuti dalla rivoluzione.



8 - (segue) La fondazione teorica di un nuovo diritto costituzionale

In uno scenario incredulo e talora irridente, anche se non sempre ostile, prende corpo nei decenni successivi al congresso di Vienna, sul terreno dottrinale, disciplinare, politico e diplomatico, una manovra a tutto campo per rompere l'isolamento del papato e ristabilirne il prestigio. Pio VII ristabilisce la Compagnia di Gesù, l'Indice dei libri proibiti e la stessa Inquisizione, mentre un'enciclica di Gregorio XVI censura formalmente pensiero e prassi liberale, definendo la libertà di coscienza *deliramentum*; in Spagna, Pio IX con realismo si rassegna all'abolizione delle giurisdizioni ecclesiastiche e alla perdita di gran parte del patrimonio beneficiale, ma dal concordato del 1851 riottiene il controllo totale sulla censura e sulla scuola. Un'articolata rete di trattative con i principi tesse la trama coerente dei punti sui quali un compromesso con la controparte statale è possibile, accanto a quelli sui quali non si transige. All'appuntamento della trattativa la Curia si presenta e tratta solo per sé stessa, ma ottiene sovente sia una legislazione privilegiaria per sé, che un trattamento di discriminazione per i gruppi confessionali minoritari; un corpo diplomatico eccellente seconda il successo dei nunzi presso gli episcopati più remoti e le più ostili cancellerie. Il dissenso interno tace, o è represso; insignificante, dopo il concilio Vaticano I, l'impatto dello scisma vecchio-cattolico. Nessuna tregua all'Italia, dopo l'inevitabile presa di Roma, più volte decisa e poi rinviata per timore della Francia: re e governo sono scomunicati, inammissibili regolamenti unilaterali statali della Questione Romana e delle condizioni della religione nel paese. Nasce, da tutto ciò, l'esigenza di un diritto e d'una prassi canonica profondamente rinnovati; esposti come saranno d'ora in poi, ancora più che in passato, all'acribia costante delle contestazioni interessate di chiunque avversi, per i motivi più diversi, le ragioni di sistema del rinnovamento postridentino e, dopo il 1870, vaticano.

In un contesto di trattazioni sovente ancora ingenue e confuse, e perfino inquinate dagli errori della *febroniana doctrina*, o, peggio, della *protestantium seditio*, si distingue ben presto il *Tractatus de principiis juris canonici* del Bouix⁴, quasi dunque coevo del concordato spagnolo appena citato: opera esemplare per la consapevolezza, acquisita dall'Autore, della necessità che, alla novità epistemologica del suo tempo, debba reagirsi in dottrina con una corrispondente libertà metodologica rispetto al *modus docendi jus sacrum* dell'età delle decretali (età che a lui pare concludersi con il trattato, incompiuto, del Devoti). Talché, dalle limpide pagine che

⁴ D. BOUIX, *Tractatus de principiis juris canonici*, Parigi, 1852.



concludono il citato saggio, emerge che due sarebbero ancora, all'epoca, i metodi di esposizione della materia: il vecchio metodo *predeterminato*, e quello (cui va la sua preferenza) che definisce libero. Laddove soggiunge:

"Hodie tamen methodus a libris decretalium tamquam a typo predeterminata, ubique dereliquitur, atque suo quisque systemate institutiones et commentationes sacri juris coincinnat. Ita inter alios multos Schenkl, Walter, et novissime Phillips. Neque ego existimavi huic temporum nostrorum jam obtinenti consuetudini esse obnitendum".

Già qui l'Autore avverte quindi l'esigenza, didattica e dottrina insieme, di superamento dell'esegesi in una nuova dogmatica, che insegni

"in variis disciplinis utiliter tradendis conferre methodum *ex natura rei pertractandae* regulariter deductam, quae scilicet a generalissimo proposito obiecti consideratione tamquam a trunco exordiens, per logicam divisionum et subdivisionum subordinationem, *ad materias omnes*, tamquam ramos varios, attingendas atque explorandas perveniat".

Donde un vero e proprio programma scientifico di analisi ripartita degli argomenti, non troppo lontano dal metodo matematico di Leibniz ma più fortemente legato alla *utilitas ecclesiae* nella concretezza contingente dell'attualità storica: che vedrebbe seguire, al saggio sui principi generali *ad intra*, un secondo sul diritto pubblico esterno, che l'A. significativamente denomina *Tractatus de iure ecclesiae relative ad societates civiles*. Al qual proposito, di utilità primaria (anche sul piano controversistico) diverrebbe la trattazione dei soggetti titolari della potestà ecclesiastica impegnati a fronteggiare gli interlocutori politici: dalla quale procederebbe la necessità di un'aggiuntiva delucidazione integrata, da applicarsi ai capitoli *De Papa, de cardinalibus legatis et nuntiis, de Romanis Congregationibus, de Episcopo, de Capitulis, de Parocho, de religiosis Ordinibus* etc. Il tutto, nell'intento di una focalizzazione immediata e puntuale di ogni singolo tema, esonerata *a priori* dall'onere del faticoso ripescaggio della fonte di riferimento nei contenitori farraginosamente astratti del passato, ricorrendo "ad solitam *de personis, rebus et judiciis* distributionem generalem"; alla quale, semmai, attingere rinviano (a rincalzo) al patrimonio della documentazione inclusa nelle trattazioni decretalistiche classiche la curiosità del lettore insoddisfatto; ma accuratamente mantenendo, comunque, la barra dell'attenzione fissa su un principio assolutamente centrale, quello dell'autorità papale, o conciliare.

Non che impressioni poi tanto, in questo, il ricorso allo strumento del *tractatus*, usuale ormai nell'esposizione di temi specialistici; che decisamente innovativa risulta, piuttosto, l'urgenza di avvalersene per



formare una generazione di canonisti all'uso quotidiano di trattazioni istituzionali chiare e complete quanto alla delucidazione di principi essenziali per l'attualità politica, e al tempo stesso adeguatamente informate della nuova piattaforma dottrinale (sostanzialmente, l'ecclesiologia bellarminiana, integrata da riferimenti tomisti all'idea di società perfetta), su cui fondare tesi di fondo solide, e illuminanti argomentazioni a corredo. Donde l'utilità di scolpire mirabilmente in breve il nucleo della questione, come nell'apertura della parte IV del saggio dell'Autore citato (*De jure ecclesiae constitutivo*):

“1° Divinam Ecclesiae constitutionem introsipienti quatuor praecipua occurrunt, ex quibus coalescit ipsa huius constitutionis essentia, et per quae in suo speciali et proprio *esse* determinatur. Nempe *primo* forma socialis: *secundo*, potestas docendi seu magisterii; *tertio*, potestas regendi seu jurisdictionis; *quarto*, potestas sacra conficiendi et conferendi, seu ordinis”.

9 - Profili di una nuova costituzione materiale

Decisivo, in questo sforzo di chiarimento dei fondamentali della “essenza” della Chiesa, era così, prima di tutto, fissarne l'ordine proprio e invalicabile nell'orizzonte finalistico di società di grazia e di salvezza; indi, in secondo luogo, derivarne la pacifica appartenenza battesimale come fonte non contestabile e irrevocabile di soggezione del fedele alla sua legalità interna, così come determinata e fatta valere dalle apposite autorità confessionali, nell'oggettiva articolazione gerarchica prevista dal sistema canonistico; infine, trarre dalla legalità interna a questo tutte le conseguenze del caso in termini di diritti e di doveri del fedele nei confronti della Chiesa stessa. La quale non poteva, astretta a ciò dal diritto divino stesso e non per imperialismo ideologico, non porsi quale unica *tabula post naufragium* nell'economia della salvezza; disdegnando quindi ogni possibilità di parificazione tra l'errore e la verità, in una dimensione che non ammetteva (non poteva ammettere) un rapporto orizzontale con gli infedeli e gli eretici che non ne includesse il futuro assorbimento, o quanto meno una posizione d'inferiorità sul piano legale, sociale, culturale. Inferiorità necessaria perché tutto si tenga, incluso il suo permanere nella nozione di comunità ecclesiale separata, trasfusa nella terminologia *politically correct* degli atti del concilio Vaticano II.

A fronte di che, il riconoscimento di un'autorità coesistente, parimenti sovrana nell'esercizio di poteri di preminenza specifici sul fedele (in quanto soggetto della sua cittadinanza), comportava soltanto, a sua



volta, problemi di coordinamento interordinamentale con lo Stato, in difetto di collimanza fra i vincoli di obbedienza rispettivamente da costui dovuti a questo, o all'altro dei due sistemi di legalità. A tale coordinamento doveva provvedere, nella visione ecclesiastica, una rete coerente di accordi concordatari tra le autorità supreme dei due ordinamenti, destinata, a monte, alla prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra di essi. Su questa linea, al mantenimento di una *entente cordiale* pattizia lo Stato veniva vivamente esortato, nel perseguimento di un interesse, descritto come comune alle due parti, sia alla pace sociale in materia religiosa, sia alla auspicabile armonia tra di esse, da porsi per altro su una base di alterità e di reciproco rispetto irrinunciabili.

Duttile, infine, nella negoziazione sulle *res mixtae*, o sui confini delle loro diramazioni secondarie, la politica ecclesiastica era per altro inevitabilmente rigida sul punto del mantenimento della propria alterità rispetto a quella che la sua dottrina trattava anch'essa come *societas perfecta*, ma a condizione di assoluta e rigorosa reciprocità. Alla stessa andava, comunque, rivolta la pretesa (quando si trattasse di nazione a maggioranza cattolica) di praticare una politica di aperto *favor ecclesiae*, e possibilmente di discriminazione attiva nei confronti dei "culti acattolici", assimilati in quanto tali in un "coacervo di indistinti" (per usare l'illuminante espressione di Giorgio Peyrot) ontologicamente irriducibile alla *Una sancta* della dottrina apostolica. Una politica, che includeva l'obbligo non solo del riconoscimento della precettistica canonica e della validità dei vincoli derivanti dagli impegni solennizzati *coram ecclesia* (primo fra tutti, per rilevanza sociale, il sacramento del matrimonio nella forma tridentina); ma anche del conferimento degli effetti civili ai vincoli canonici dai predetti atti scaturenti, così come dal loro legittimo scioglimento da parte dell'autorità ecclesiastica. Un punto, questo, sul quale poteva aprirsi utile discussione pattizia, in via preventiva, solo quanto alla esterna riconoscibilità concreta di tale autorità.

A un diverso sistema di trattamento concordatario poteva prestarsi accettazione formale, ma non sostanziale, *ad vitanda maiora mala* da parte di regimi malauguratamente non cattolici, in via di mera tolleranza più o meno provvisoria; nell'ottica di una visione soteriologica, in cui un risultato favorevole alla Chiesa dell'uso del gladio bellico da parte di un principe cristiano non poteva essere esclusa, al fine di modificare adeguatamente equilibri interconfessionali sfavorevoli.



10 - Posizioni di principio e di metodo vincenti a partire dalle dottrine del Bouix

Dieci anni dopo il trattato di Bouix sui principi del diritto canonico, il Tarquini, professore di diritto canonico nel Collegio romano, esprimeva, in apertura alle sue *Juris ecclesiastici publici institutiones*⁵ evidente insoddisfazione per il ritardo con cui, a suo dire, procedeva l'approfondimento dottrinale in materia nella produzione frattanto intervenuta, di cui descriveva analiticamente i difetti, a suo parere dovuti a deplorabile noncuranza per il *Saggio teoretico di diritto naturale* del Taparelli, dal quale l'Autore appare fortemente influenzato. Tra le righe, si avverte la preoccupazione nei confronti di una sottocultura, diffusa pure nei seminari, propensa a cedimenti verso la politica per insufficiente approfondimento dei principi tridentini, ancor prima che per concrete connivenze giurisdizionaliste. Un'evidente mancanza di chiarezza sembra all'Autore di riscontrare fra l'altro in un'insufficiente delucidazione, negli studi canonistici, della distinzione del diritto pubblico da quello privato; distinzione della quale propone, in polemica con il Phillips, un ingegnoso modello, secondo il quale

“duplex quoque in unaquaque societate systema legum distingui necesse est, alterum nimirum, quo ipsius societatis constitutio determinatur, quod proinde audit *jus publicum*; alterum vero, quo leges continentur, quibus ejusdem societatis membra diriguntur ad finem in ea propositum assequendum, quod propterea *Jus privatum* appellatur. Ergo etiam in Ecclesia Christi duplex jus recte distinguitur, *Ecclesiasticum publicum*, et *Ecclesiasticum privatum*”.

Quest'ultimo pertanto si risolverebbe nel

“*Legum systema, quibus Ecclesiae constitutio definitur. Constitutionis autem nomine ea statuta intelligimus, quibus alicuius societatis regimen ordinatur, sive respectu potestatis, quae eidem ad finem suum consequendum sit attributa, sive respectu personarum, in quibus dicta potestas resideat. Inde est, quod Jus ecclesiasticum publicum duobus complectitur libris, in quorum primo res sit de Ecclesiae potestate in se spectata, in altero de ejusdem potestatis subiecto*”.

Mi sfugge (e neppure qui interessa) quanto fosse scontata la critica al Phillips, così come quale fortuna (poco più che scolastica) l'opinione del Tarquini sul recepimento della *summa divisio* tra diritto pubblico e privato abbia poi avuto in dottrina. Basti qui ricordare che, su tale ricezione, anche

⁵ C. TARQUINI, *Juris ecclesiastici publici institutiones*, Roma, 1862.



nella maggioranza favorevole degli studiosi è raro rinvenire concordanza sui criteri per stabilire i confini di essa (interessante l'intuizione, tanto isolata quanto significativa, del Fedele nel *Discorso generale sull'ordinamento canonico*⁶, secondo cui il diritto canonico sarebbe "tutto pubblico").

Certo è comunque che, rispetto alla posizione del Tarquini (un canonista di forte impronta scolastica, nettamente polarizzato su una visione ecclesio-centrica e autoritaria insieme), l'idea del Fedele non può che ritrovarsi in una linea di continuità consequenziale; pur nel quadro di uno sviluppo ulteriore, cui concorrevano gli apporti d'una dottrina statualistica all'apogeo del suo affinamento, nella temperie dell'elaborazione del codice civile italiano dei primi anni '40. Una codificazione che, pur non essendo la prima nella storia nazionale, era tuttavia assai più del diritto postridentino influenzata, in più punti decisamente, da rilevanti resilienze romanistiche.

Espressione degli ambienti dell'alta Curia, il filone dottrinale in discorso appare per ogni verso organico alla politica di essa: che però era legata a presupposti ideologici indeclinabili, e come tale risultava limitatamente assoggettabile ai compromessi di *realpolitik* praticati tra *societates* diverse, i cui obiettivi fossero condizionati piuttosto dai rapporti di forza internazionali, come gli Stati. Di esso si faranno continuatori, seppure con stile e secondo modulazioni tecniche personali, il Biederlack, il Pasquazi, il Cavagnis, il Gasparri, il Bender, l'Ottaviani e altri. Certo è che la seconda metà del secolo XIX vede maturarsi, nella centralità che il diritto pubblico ecclesiastico assume, un'innovazione straordinaria, che silenziosamente taglia per sempre i ponti con il diritto comune, al quale ormai solo la Pandettistica tedesca tenta romanticamente di rimanere agganciata.

Il taglio operato comporta però, man mano, anche un atteggiamento puramente strumentale e machiavellico nei confronti dei mutamenti di contesto operati, non solo in Europa, dal movimento per le codificazioni. Ne discendono dunque, contemporaneamente, un'indifferenza singolare sia per la comparazione con i nuovi valori che vanno investendo la cultura giuridica circostante, sia per quel diritto romano che, alle origini del movimento cristiano, vi era stato recepito come *ratio scripta* e, per unanime consenso di una tradizione ininterrotta, venerato poi come fonte integrativa del diritto divino positivo. Svanisce qui ogni considerazione del passato, perfino come sorgente di soluzione equitativa dei conflitti; e a essa si

⁶ P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Estratto da *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Perugia*, vol. LV, 1941.



oppone un'alternativa drastica, sinistramente omogenea alla logica amico-nemico dello Schmitt, e come questa posta definitivamente in mano ai vertici e alle dinamiche del potere: "si jura dubia sint, communi concordia controversia finienda est; sin minus bello"⁷.

Proclive a disinvolute semplificazioni, funzionali alla politica di Curia, del Vecchio Testamento, con eccessivo schematismo polarizzata sull'ecclesiologia di Paolo e di Agostino dalla stretta della polemica antiprotestante, la dottrina cattolica (a suo tempo fecondata, dopo Firenze, dagli apporti della teologia umanista) risultava nel Tridentino fatalmente portata ad appiattire le parabole del Regno sull'umana storicità della concrezione papista della missione universale degli apostoli. L'attualità, del resto, esponeva a rischi radicali questa specifica storicità, col suo intero ordine mentale, culturale e politico-giuridico, e la sua connessa e coerente (come il processo a Galileo aveva mostrato), globale *weltanschauung*. Dal punto di vista storico, ancora per molto tempo sarebbe stato dunque difficile pensare a un'alternativa diversa dal ricorso istintivo al vetusto brocardo romanistico *salus reipublicae suprema lex*, in attesa che faticosamente maturassero tempi migliori; talché, frattanto, la logica amico-nemico continuava a spiegarsi pienamente in coerente crudeltà, e dunque in consonanza implicita con i toni dell'atroce commento di Pio V alla scoperta *post mortem* degli scritti di Giulia Gonzaga: che, "se dapprima li avesse conosciuti, l'arebbe abbruciata viva".

11 - (segue) Dal conflitto alla stabilizzazione nell'emergenza

Ove si pensi che il Cavour, all'apice del suo potere, aveva appena ottenuto il coinvolgimento della Francia nella seconda guerra d'Indipendenza, con conseguente collasso delle Legazioni in danno dello Stato Pontificio (che invaderà l'anno dopo, per poi raggiungere il Regno di Napoli e ricongiungersi con Garibaldi); e che, in conseguenza di ciò, da appena un anno era stato proclamato il regno d'Italia con capitale provvisoria a Firenze, la diacronia con tutto ciò delle *Institutiones* del Tarquini dà la misura dell'inflessibilità della Curia e della determinazione dei suoi intellettuali. Di lì a due anni, con l'enciclica *Quanta cura* e l'annesso *Syllabus errorum*, Pio IX sbalordirà l'Europa dichiarando solennemente che "è errato credere che il romano pontefice possa e debba riconciliarsi e concordare col progresso, col liberalismo e con la civiltà contemporanea". Atto di supremo

⁷ C. TARQUINI, *Juris ecclesiastici publici institutiones*, cit., p. 32



e globale ripudio del pensiero moderno, che manifestamente prepara, con la solitaria proclamazione del dogma dell'Immacolata concezione di Maria vergine, quello dell'infallibilità e del primato di giurisdizione papale poi definito nella *Pastor aeternus* del Vaticano I: solenne manifesto politico, questo, che sembrerà evocare i *Dictatus papae* del grande Ildebrando.

Ma la diacronia della trasformazione ecclesiastica è voluta, nella sua stessa paradossalità. Troppo infatti l'Europa è cambiata, da quando la pace dei principi ha legittimato a Westfalia lo *statu quo* imposto con le armi dagli eretici all'imperatore: l'unità della cristianità vi si è dissolta per via di territorializzazione dei devianti, sotto la protezione di principi anch'essi eretici, dei quali si è tuttavia tollerata una sopravvivenza indefinita. Ne è seguita l'irrimediabile rottura di fatto di un vincolo di disciplina, con una perdita di orientamento che ha coinvolto la stessa Santa Sede, prima di riportarla ancora una volta, ma troppo tardi, su quella *via concilii* che a Costanza aveva saputo restituire alla Chiesa la salvezza.

Lo scatenarsi, ciò nonostante, di un'anarchia regalista capace di strumentalizzare vecchi e nuovi sofismi quali argomenti per un'endemica polemica antipapale è stata un dato sopraggiunto di rottura sulla via della presa d'atto della cessazione di fatto dell'impero cristiano come coesistente responsabile temporale, *sub Petro*, della fede e dell'unità cristiana dell'Occidente. Una soluzione di continuità epocale, questa (e ricordo sul punto una riflessione confidenziale di Giuseppe Alberigo sulla catastrofe dell'impero sacro e romano), paragonabile per impatto storico, previa dissoluzione della Pentarchia, alla sommersione delle chiese d'Oriente sotto l'invasione islamica.

Il concilio Tridentino si era limitato ad avviare un processo ricostruttivo già qualificato da una spiccata accentuazione della sovranità spirituale, ma l'impresa stava incontrando una resistenza in grado di metterne continuamente in scacco il fragile tentativo di restaurazione di quello che alla Curia pareva tuttavia il giusto ordine della Chiesa. Nessuna tolleranza era più lecita, né debolezza consentita di fronte al pericolo supremo, aggravato per soprappiù dal sopravvenuto dilagare devastante della rivoluzione liberale.

Bisognava, anzitutto, mostrare che si era in grado di rispondere all'eversione con la guerra, apportatrice a sua volta di eversione inevitabile dell'ordine antico. Paradossalmente Roma, precedendo la Riforma, e perfino i Lumi nel superamento del diritto romano, esprimeva la volontà di emanciparsi per sempre, oramai, dall'anteriore ordine cristiano (il sistema del diritto comune) da essa stessa creato dal nulla in Europa, fra i secoli XI e XII.



Sul confine del potere (o delle pretese) dei principi, non poteva più esservi luogo a mediazioni diverse da quelle liberamente stipulate, fonte esclusiva di territorializzazione legittima del diritto canonico universale; e gli accordi non dovevano essere più provvisori *modus vivendi* per contenere una pressione altrimenti intollerabile, ma negoziazioni coerenti e articolate, *aut aut* dai quali dipendeva la pace religiosa, oppure una militante, capillare erosione da parte di un'agguerrita dissidenza confessionale. Al di fuori di che, il sopravvivere di ipotesi generali di raccordo o di collegamento tra ordinamenti veniva limitato a temi neutrali, generalmente recepiti in diritto internazionale privato, come per la prescrizione e le obbligazioni (cann. 1508 e 1529 del codice Gasparri).

Del resto, nonostante il concilio Vaticano II, le condizioni materiali in cui la Chiesa di Roma si trova costretta a operare non paiono oggi granché cambiate dopo la caduta del muro di Berlino, a giudicare dalle difficoltà che essa si trova a dovere tuttavia affrontare su più fronti; mentre la polemica sulla libertà delle investiture episcopali in Cina ripropone oggi profili conflittuali ben noti di un passato che si credeva sepolto. È questo concreto dato di realtà, secondo un altro rilievo recente di Paolo Prodi, a proporre un ridimensionamento inevitabile delle prospettive ottimistiche di radicale revisione delle ipotesi di cristiana (e umanistica) convivenza globale, concepite generosamente negli anni '60 del secolo XX; e a offrire il destro per nuovi recuperi nostalgici della *potestas Ecclesiae in temporalibus* da parte del tradizionalismo, sia settario che di Curia.

12 - Il tramonto dei diritti nel nuovo, e nel nuovissimo "jus populi Dei"

Descrivere il processo di trasformazione subito nel XIX secolo dal cattolicesimo romano si può fare con maggiore empatia solo immaginandone l'attraversamento come la migrazione, da parte di un popolo in armi, in un territorio ostile. Solo in questo modo è possibile rendere l'idea di un clima di tensione polemica, vissuto fino alla vigilia degli anni '30 del Novecento non solo dalla Curia, ma da tutta la Chiesa, fidando con certezza crescente nell'immane vittoria finale. È un periodo in cui la *congregatio fidelium* consuma fra l'altro una parziale, ma preoccupante desolidarizzazione militante dal travaglio di altri coevi movimenti collettivi, a cominciare da quelli della classe operaia e contadina; anticipando in Europa, in maniera a ben vedere impressionante, il modello storico di quel regime autoritario di massa, che sarà la fortuna e la tragedia dei fascismi.



Difficile non pensare a questo, nel considerare la persecuzione non solo del cattolicesimo liberale, ma soprattutto (per le sue capillari caratteristiche poliziesche) quella del c.d. modernismo. Difficile non pensare a questo, nel considerare le modalità costruttive di una codificazione (quella del 1917) progettata per formalizzare giuridicamente il trapasso a un sistema culturale e politico, dal quale libertà personale e partecipazione del *populus Dei* fossero programmaticamente escluse, in quanto modalità “protestanti” di concrezione dell’evangelo nella storia. Laddove il rinvio permesso al diritto antico rimase circoscritto a secondari istituti residuali e non investì certamente la perentoria innovazione rappresentata da quel blocco disciplinare tridentino e posttridentino, nel quale era già come *in nuce* contenuta quella che Mario Falco felicemente doveva poi definire “la codificazione dell’assolutismo papale”.

Già settant’anni fa Pio Fedele, nel già citato *Discorso generale sull’ordinamento canonico*, aveva espresso forti dubbi, a onta di evidenti dati testuali in contrario nel codice del 1917, sull’esistenza di diritti soggettivi (solo formalmente talora enunciati) nella Chiesa. E, dopo il concilio Vaticano II, poco più di un ventennio dopo insisteva nella stessa tesi, continuando a ritenere illusorio, e comunque inefficace, il tentativo di trarre dal testo complessivo dei decreti di esso agganci persuasivi alle tesi dei novatori del tempo su una presunta centralità del valore della persona, e dell’autonoma e responsabile creatività delle sue scelte *coram evangelio*: non si era cioè, secondo questo maestro, assolutamente verificato, almeno sul terreno dell’effettività e della giustiziabilità di tali diritti, alcun avvicinamento della Chiesa alla civiltà giuridica restaurata in Europa dopo la caduta dei fascismi; dal momento almeno (e fino a quando) la considerazione magari compiaciuta dei valori di essa non si decidesse a svincolarsi dal preventivo controllo autorevole, e di merito, di ogni iniziativa inerente alle “realità terrestri”, controllo diretto a stabilire se vi si trattasse, in concreto, di “sana” libertà, laicità, responsabilità politica o scientifica ecc. ecc.; e sempre rimanendo salvo il potere dell’Autorità di tornare sulle proprie decisioni, magari allegando insindacabilmente ragioni sopraggiunte di contesto, o di presunta inosservanza di direttive implicite nell’originario atto autorizzativo.

13 - (segue) La fine, di fatto e di principio, dell’attuazione giudiziaria del diritto

Già con la riforma sistina della Curia romana, l’inadeguatezza della trattazione giudiziaria delle controversie più varie, pervenute in appello



alla Santa Sede, aveva indotto Roma, anziché a un rafforzamento della Rota e di quanto rimaneva della *episcopalis audientia*, a misure di drastica rinuncia al riordinamento del sistema processuale, fosse pure tramite un severo sfoltoimento del numero esagerato di appelli, nei quali la prassi frammentava allora la cognizione delle liti; indulgendo a una cavillosa ricerca, certo gradita agli azzecagarbugli del tempo, della terza, della quarta e perfino della quinta sentenza conforme. Sul punto, anziché aggredire l'inconveniente con una riforma degli appelli, si era preferito, scontando un altissimo prezzo in termini di civiltà giuridica, concentrare nel vertice dell'esecutivo (l'istanza delle congregazioni cardinalizie) la pur sommaria trattazione delle vertenze che si trovassero comunque in contenzioso.

La misura era opportuna nell'ottica di un recupero della rapidità delle decisioni, oltre che della loro attribuzione implicita al giudizio papale, per eccellenza definitivo; con relativo spiazzamento delle ingerenze giurisdizionaliste dei poteri laici territoriali. Ma una riforma del genere, pur dettata da un'effettiva emergenza, risultava necessariamente foriera di un travaso massiccio (e purtroppo non episodico) di poteri impropri nelle istanze dell'esecutivo; con deviazioni etiche e culturali gravissime sul piano del progressivo prevalere di considerazioni di opportunità e convenienza politica nel normale esercizio, *sine ira et studio*, della funzione giudiziale. Né il fenomeno si ridusse all'affiancamento di organi straordinari a un'istanza giurisdizionale ordinaria; perché doveva portare infine col tempo, viceversa, a un'eclissi durevole della divisione dei poteri, con relativa, permanente mortificazione della via giudiziaria di cognizione, attuata mediante la **facoltà di scelta**, da parte degli organi monocratici della gerarchia (Santa Sede, ordinari diocesani), di procedere, sia in campo civile che in quello penale, o in via di autotutela amministrativa ovvero, come si finì infelicemente per esprimersi, *per viam iudicii*.

Si operò poi in tal modo, man mano, da rendere questa misura autoritaria una scelta di sistema (estendendola alla gestione diocesana tramite la *suspensio ex informata conscientia*, destinata a colpire i parroci, soprattutto quelli cui il Tridentino aveva assicurato l'inamovibilità); creando col tempo un costume di servilismo carrieristico nel clero secolare, abbandonato a ogni arbitrio degli ordinari: costume, che col tempo ha rafforzato sensibilmente il solco, già scavato dallo stesso *status* canonico di questo ceto, che lo separa dalla posizione giuridica dei comuni fedeli.

Il rovesciamento operato negli equilibri e nei valori del sistema ha poi prodotto, a livello strutturale e sovrastrutturale, l'idea di una sorta di specialità delle vecchie istanze residuali di giurisdizione rispetto a quella, che dovrebbe viceversa essere ritenuta la via normale e ordinaria nella



cognizione dei conflitti, cioè l'arbitrato del potere esecutivo (con ridimensionamento per contrazione dell'attività istituzionale della Rota, e dei giudici sottordinati, al mero contenzioso sulla validità del matrimonio, unico diritto meritevole, evidentemente, di tutela giurisdizionale). Deviazione inaudita, quest'ultima, la quale raggiungeva l'apice dell'imbarbarimento nel pieno del clima antimodernista, alla vigilia della soppressione formale dell'antico ordinamento giudiziario, operata sotto Pio X e ratificata, col definitivo prevalere dell'amministratore-giudice (mutuato dai sistemi più moderni di "stato di polizia"), nel can. 1601 del codice Gasparri.

Né si dica che, a margine dell'ultimo concilio, sarebbe stata adottata una riforma esemplata sui modelli europei di *Conseil d'Etat* per la giustizia nell'amministrazione, irenicamente affidata da Paolo VI alla *Sectio Altera* della Segnatura; mentre il codice del 1983 avrebbe introdotto un obbligo di motivazione dei provvedimenti. Ché tutto ciò, una volta rimasta ferma la fine della *appellatio extrajudicialis*, definitivamente sepolta dal codice Gasparri (e con essa l'archiviazione cosciente di un progetto postconciliare di istituzione di tribunali amministrativi regionali, pur proposto con forza dal Sinodo dei vescovi nel 1967), si è purtroppo rivelato nei fatti un restauro di mera facciata, dotato di efficacia poco più che platonica nel quadro corruttivo di una cultura della giurisprudenza, per la quale non debbono sopravvivere questioni residuali *in iudicando*, una volta accertato (come nella Germania del 1935!) che il comando eventualmente censurato provenga da una autorità amministrativa competente ...

BIBLIOGRAFIA

Di queste riflessioni, incluse *in nuce* in un rapporto redatto per il colloquio *Gospel, morality and civil law*, promosso nell'agosto 2012 dall'Istituto per le Scienze religiose di Bologna e dall'Accademia belga di Scienze religiose, mi sento debitore degli indirizzi metodologici del prezioso volume *Forme storiche di governo della Chiesa universale* (Atti della giornata di studio in occasione dell'ultima lezione di G. Alberigo), Bologna, CLUEB, 2003, curato da Paolo Prodi. Nel resto, di esse traccia più precoce è in una ruminazione ventennale, influenzata da Giuliano Crifò con fraternità partecipe (e condotta sia all'interno dei seminari dell'Istituto Emilio Betti di Teramo, che dei convegni della Accademia costantiniana di Spello), sulle vicende e i paradossi del rapporto tra cristianesimo storico e diritto romano.

Occasione ulteriore di approfondimento critico, non certo di contorno, dello stato di tali questioni (in un'ottica tendenziosa e ideologica si veda invece l'impostazione di O. BUCCI, *Gesù il legislatore. Un contributo alla formazione del*



patrimonio storico-giuridico della Chiesa nel I millennio cristiano, Roma, LEV, 2011) è stata tratta dal volume di **P. PRODI**, *Il paradigma tridentino. Un'epoca nella storia della Chiesa*, Brescia, Morcelliana, 2010. Epoca, questa, forse troppo trascurata - spiace dirlo, sia pure con Giuseppe Caputo- nella sterminata ricerca critica di Piero Bellini.

Per i materiali utilizzati, oltre a quelli richiamati nel testo si sono tenuti presenti: **F. CAVAGNIS**, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, Roma, Desclée, 1906; **Ios. BIEDERLACK**, *Institutiones iuris ecclesiastici de fondamentali Ecclesiae constitutione (Ius ecclesiasticum publicum)*, Roma, Univ. Gregoriana, 1907; **F.M. CAPPELLO**, *Summa iuris publici ecclesiastici ad normam C.I.C. et recentiorum S. Sedis documentorum concinnata*, Roma, Univ. Gregoriana, 1936; **A. OTTAVIANI**, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, Roma, LEV, 1957 ss.; **L.R. SOTILLO**, *Compendium iuris publici ecclesiastici*, Santander, Sal terrae, 1958. Ma da ultimo, sullo stesso versante della canonistica curiale potranno vedersi, con più ampi richiami alla letteratura precedente, **M. NACCI**, *Origini, sviluppi e caratteri del jus publicum ecclesiasticum*, tesi di corso nel dottorato lateranense, Città del Vaticano, 2010; cui l'Autore ha fatto seguire *Chiesa e Stato dalla potestà contesa alla 'sana cooperatio'*. *Un profilo storico-giuridico*, Quaderni di Apollinaris, 2015.

Per le questioni nate dal ripudio della *appellatio extraiudicialis* nel clima di mitizzazione dell'assolutismo papale (e della sua Curia) in voga all'inizio del secolo delle codificazioni canoniche, vi trova conferma l'effetto di trascinamento che il rinverdirsi, all'epoca, del brocardo gregoriano *prima sedes a nemine iudicatur* esercitò, a questo proposito, su dottrina e giurisprudenza. Al punto che la Rota fu costretta a mutare precedenti orientamenti, pacifici *iure decretalium*, per rassegnarsi, sotto la pressione del cardinal Gasparri, a una posizione (incurante delle conseguenze, in termini di denegata giustizia, dell'abbandono dei diritti all'arbitrio immancabilmente omertoso dell'esecutivo) di immunità giurisdizionale generalizzata dei centri gerarchici del sistema. Mito fondante, questo, di quella che sarà, dopo il Vaticano II, la riflessione autoassolutoria (ancor più bizzarra e ideologica) di Eugenio Corecco sulla *potestas sacra*: pianta infestante di sconosciuto successo accademico e politico, destinata a contribuire in maniera decisiva alla estirpazione, dal sistema di formazione delle leve canonistiche dei *curricula* professionali postconciliari, di un'adeguata sensibilità culturale per le comuni radici storico-filosofiche della sapienza giuridica, nella Chiesa e nella comunità politica. Mito, che risulterà d'altronde decisivo come movente ideologico della improvvida decisione di Giovanni Paolo II, volta a stralciare dal nuovo codice del 1983 l'intero capitolo destinato all'istituzione di tribunali amministrativi regionali per tutta la chiesa latina: privando durevolmente lo sviluppo del diritto pubblico ecclesiastico interno del proprio vitale, indispensabile alimento giurisprudenziale sul versante, finora sempre disatteso, delle *libertà del cristiano* (*locus theologicus* essenziale per il dialogo con i luterani): in ciò radicalmente compromesso dall'inesistenza di strumenti di giustiziabilità effettiva delle dichiarazioni di principio, in quel codice contenute a garanzia di asseriti diritti inviolabili del fedele (can. 208-221). Disastro questo quanto meno ecumenico,



provocato da uno di quegli equivoci che -avrebbe detto Capograssi- i dilettantismi famelici sono sempre pronti a creare. Per un principio di revisione delle vedute invalse sul punto, dagli anni '80 in poi, si vedano viceversa gli studi di Paolo Gherri sulla teologia del diritto come problema (**P. GHERRI**, *Teologia del diritto: il nome di una crisi*, in *Jus canonicum*, 2003, p. 249 ss.; **ID.**, *Teologia del diritto canonico: note per individuare la nuova disciplina accademica*, *ivi*, 2005, p. 527 ss.; **ID.**, *Teologia del diritto: identità, missione e statuto epistemologico*, in *Apollinaris*, 2007, p. 333 ss.), studi cui hanno fatto seguito coerente altri interventi successivi dello stesso Autore.