

GLI APPORTI DI TEORIA GENERALE DEL DIRITTO DELLA CANONISTICA ITALIANA IN UN RECENTE VOLUME DELL'HERVADA

1. Nel saggio su *El ordenamiento canónico, Aspectos centrales de la construcción del concepto*, edito nel giugno scorso sotto gli auspici della Università di Navarra, il Professor Hervada, raccogliendo e ordinando una serie di scritti precedenti, dedicati a singoli argomenti di teoria generale del diritto canonico, si prefigge un compito scientifico che diremmo di mediazione: quello, vale a dire, di ricercare una più soddisfacente saldatura degli apporti tecnici, recati dalla recente canonistica, specie l'italiana, al perfezionamento della scienza del diritto della Chiesa, con i presupposti di fondo del sistema canonistico, quali enunciati e teorizzati dalla dottrina ecclesiastica tradizionale, filosofica e giuridica. In questo, l'attenzione dell'Autore si appunta specialmente sul concetto di «ordinamento giuridico», di derivazione secolare, nella cui trasposizione nell'ambito della scienza canonistica si incentra, secondo il suo modo di vedere, il contributo più importante della Scuola dommatica italiana. E di tale concetto è intento dell'Hervada, che dedica al problema la parte migliore del suo libro, di accertare il significato tecnico preciso e le concrete possibilità d'impiego in sede di costruzione dommatica del sistema giuridico ecclesiastico. Nel che la sua disamina, anche se le conclusioni a cui perviene non si discostano di molto dalle risultanze terminali della canonistica italiana, si risolve in una diffusa e penetrante rassegna critica di questa. Sicché, non fosse che per tale aspetto, il libro offre al lettore non superficiale, che non ami di starsene contento ai risultati conclusivi d'un certo travaglio dottrinario, ma si preoccupi di coglierne i fattori genetici e quelli di sviluppo, l'opportunità di sottoporre a rimeditazione i principi di fondo e i presupposti logici e metodologici da cui muove la detta canonistica. E questo tanto più quando si tratti di un lettore che, come nel caso di chi scrive queste note, senta di poter convenire solo in parte col programma della Scuola canonistica italiana: della quale condivide bensì l'aspirazione a conseguire un ammodernamento della scienza giuridica ecclesiastica, per sollevarla all'eccellenza tecnica raggiunta da quella secolare, ma senza concordare tuttavia sui modi concreti onde perseguire tale scopo.

2. Prima cura dell'Autore, nell'intraprendere il suo studio (Introduzione,

pp. 17-24), è quella di respingere la tendenza, diffusa nella moderna canonistica, di considerare «*ordinamento giuridico canonico*» e «*diritto canonico*» quali espressioni equivalenti, parimenti idonee a designare il complesso delle norme che disciplinano le relazioni fra i membri della società ecclesiastica. L'Hervada ritiene, invece, di dover accedere alla nozione istituzionistica dell'ordinamento giuridico, quale elaborata in Italia dal Romano, e giudica tale adesione necessaria perchè si possa passare, nello studio del fenomeno giuridico, dal semplice metodo esegetico a quello sistematico. I fini e la dinamica stessa del metodo esegetico, egli spiega, non richiedon altro che una definizione del diritto meramente delimitatrice del campo dell'indagine (definizione che la scienza del diritto non è chiamata a elaborare direttamente, ben potendo limitarsi a recepirla dalla filosofia). Laddove, il metodo costruttivo non studia le norme separatamente, sibbene in quanto le stesse costituiscono delle «*unità giuridiche*», delle concrete «*istituzioni*», concepite come un tutto organico. Di guisa che, seguendo il metodo sistematico, la costruzione di un sistema giuridico non può dirsi che raggiunga la propria perfezione se non quando approdi alla elaborazione del concetto di ordinamento, tale da spiegare un ordine giuridico nella sua unitarietà.

Dette queste cose, l'Autore passa a esaminare, nel secondo capitolo del libro (pp. 25-99), quali contributi alla definizione del concetto di ordinamento canonico siano stati recati dalla dottrina contemporanea, e specialmente dalla Scuola canonistica italiana. La quale, secondo l'opinione dell'Hervada, pur avendo giovato grandemente al progresso tecnico della scienza del diritto canonico, presenta il difetto di aver preso in prestito dai giuristi secolari il concetto di ordinamento giuridico, e di averlo utilizzato nello studio di temi canonistici, senza previamente sottoporlo a un adeguato esame critico. Per cui, per stabilire l'esatto valore delle conclusioni della canonistica italiana, è necessario raffrontarle con quelle della dottrina ecclesiastica tradizionale: e questo specialmente con riguardo alla questione delle relazioni fra diritto divino trascendente e diritto umano e a quella della natura e dei caratteri della norma giuridica canonica, che sono i punti in cui le differenze sono più accentuate.

Nello svolgere tale programma di lavoro, l'Hervada si dà cura di esporre con ampiezza le risultanze della dottrina ecclesiastica tradizionale, fondata essenzialmente sui postulati della filosofia giuridica scolastica: risultanze scaturienti dal presupposto della sovraordinazione al *jus humanum* di un superiore sistema giuridico, costituito dal *jus divinum*, dotato di virtù obbligatoria non solo *praeter* ma anche *super jus humanum*. Difatti è dal diritto divino trascendente che il diritto umano positivo ripete il fondamento della propria validità (*non est potestas nisi a Deo*), ponendosi siccome strumentale rispetto ad esso e adeguandosi ad esso quanto al contenuto. D'onde la nozione della norma positiva quale regola di condotta dipendente dalla *volontà*, ma al tempo stesso dalla *retta ragione* del legislatore positivo. D'onde ancora la necessaria ricorrenza della nota della *honestas* della norma, della sua *justitia*, della sua *possibilitas*, della sua *ordinatio ad bonum commune*. D'onde, infine, la possi-

bilità di definire il diritto canonico come il complesso delle norme giuste oneste e possibili, che, emanate direttamente o indirettamente dalla volontà razionale del legislatore umano ecclesiastico, regolano, alla pari col diritto divino, la condotta dei battezzati in ordine al bene comune della Chiesa (p. 38).

Postulato, invece, della «teoria dell'ordinamento» è che diritto in senso proprio non esista al di fuori di quello positivo: per cui costituiscono diritto canonico soltanto quelle norme che emanano formalmente dal legislatore ecclesiastico umano. Presupposto della Scuola canonistica italiana, con l'eccezione del Ciprotti, è quindi che le norme del diritto divino trascendente manchino della nota della giuridicità, pur essendo altrimenti vincolanti: o comunque che il carattere giuridico di esse, anche a volerlo riconoscere, non assume un ruolo determinante ai fini della costruzione dommatica del diritto canonico. Il diritto divino, naturale e positivo, non appare a questi Autori quale condizione necessaria del diritto umano, ma quale semplice punto di riferimento per giudicare della mera *convenientia* dell'ordinamento canonico positivo (p. 41). Di qui una esaltazione del momento soggettivo della *voluntas legislatoris* su quello obiettivo della *rationabilitas* del relativo prodotto normativo. Di qui la negazione della derivazione formale del diritto umano dal divino, il quale esercita il suo influsso sopra il primo solo nei limiti in cui questo intende di adeguarsi al sistema delle superiori «statuizioni teologico-dommatiche» (secondo un'espressione del d'Avack). Di qui, ancora, una rilevanza giuridica delle norme del diritto divino relative alla costituzione fondamentale della Chiesa in tanto in quanto richiamate dal legislatore ecclesiastico positivo. Sicché in definitiva, secondo questa concezione, l'ordinamento canonico si presenta come una rigorosa unità, il cui principio unificatore è dato dalla *voluntas legislatoris*, identificata con l'*auctoritas visibilis Ecclesiae* (p. 48): come un sistema chiuso in sé (*cerrado*), originario, e quindi indipendente da ogni altro ordinamento, ed autosufficiente. Per cui il diritto canonico può venire definito come un sistema in sé concluso di norme giuridiche promulgate o riconosciute, in quanto al loro carattere normativo, dagli organi competenti della Chiesa, che determinano la organizzazione e l'attuazione della Chiesa stessa, e regolano l'attività dei fedeli in relazione ai fini che di essa sono propri (p. 59).

In fondo, la prima differenza fra dottrina canonistica tradizionale e «teoria dell'ordinamento» consiste in ciò che, mentre l'una muove da una visione *trascendente* del diritto, l'altra si fonda invece su un concetto *autonomo* di esso. Da cui la mancata accettazione, da parte della scienza giuridica più recente, della concezione *teleologica* del diritto, propria di quella tradizionale, più non concependosi la norma come ordinata al conseguimento dei fini naturali e soprannaturali dell'uomo, ma come diretta più semplicemente al perseguimento di quelle concrete finalità che il legislatore positivo abbia ritenuto di fissare nell'esercizio della sua sovranità (pp. 65 sgg.). E l'Autore si propone di chiarire quale sia la fonte di tali differenze: non soltanto l'origine prossima di esse, che risiede nell'avvenuta traslazione pressoché meccanica nell'area della scienza canonistica di schemi concettuali elaborati dalla moderna dottri-

na del diritto secolare, ma altresì la loro scaturigine remota, che sta nell'adozione di un diverso punto ideologico di partenza, in un dissenso teologico e filosofico di fondo, del quale appunto la scuola canonistica italiana, secondo l'opinione dell'Hervada, non mostra di essersi preoccupata nella giusta misura. La filosofia tradizionale parte da un principio supremo: che l'uomo, creato da Dio, sia governato dalla *auctoritas* divina, espressione della divina Provvidenza, quale si manifesta nella legge eterna trascendente. Laddove, a tale *teocentrismo* tradizionale si contrappone l'*antropocentrismo*, di fondamentale derivazione protestante, che caratterizza la più recente speculazione filosofica europea, e che si colloca alla base della scienza giuridica moderna, negatrice di ogni teleologismo trascendente. E quindi, per il fatto di fondarsi su questo piedistallo filosofico razionalistico, le recenti costruzioni della canonistica italiana, quale ne sia la preziosità tecnica, restano viziate di incongruenza rispetto ai postulati propri della filosofia tradizionale (p. 94).

Ne segue, ad avviso dell'Hervada, che per rendere possibile l'applicazione della 'teoria dell'ordinamento' alla disamina scientifica della *Ecclesia juris*, s'impone un previo sforzo dottrinario, mirante a conciliare la teoria medesima con i predetti postulati. Al quale compito l'Autore si dedica nel III capitolo del libro (pp. 101-158), ove si dà cura innanzi tutto di negare che, a porre la questione nei suoi termini più propri, l'ordinamento giuridico sia un *mezzo* o uno *strumento* della Chiesa: esso, siccome chiaramente esprime l'aforisma *ubi societas ibi jus*, invertibile nell'altro *ubi jus ibi societas*, è piuttosto *struttura ordinatrice della società*. L'ordinamento canonico è struttura della Chiesa, in quanto comunità costituita in *societas perfecta*: struttura giuridica che si fonda sopra realtà mistiche, ma che non di meno vale a stabilire una società esterna, di ordine visibile, implicante l'esistenza di relazioni intersoggettive. Più in particolare, si può dire che la Chiesa, in forma del criterio *ubi societas ibi jus*, ha il potere di creare diritto (*umano*), mentre, in forza del principio inverso *ubi jus ibi societas*, è pienamente costituita in società di diritto (*divino*). E qui l'Hervada, con trasparente riferimento alla costruzione del Romano, sottolinea come l'ordinamento canonico sia bensì un complesso di norme, ma non sia *soltanto* un complesso di norme, poiché esso è anche e soprattutto un sistema di relazioni giuridiche, un complesso di vincoli che uniscono i fedeli e li collocano in una certa situazione giuridica entro il corpo sociale della Chiesa. Sicché il concetto di ordinamento canonico, correntemente anche in questo caso ai postulati della dottrina istituzionalistica del Romano, altro non può essere che lo stesso concetto giuridico della Chiesa (p. 120).

Si può pertanto superare l'atteggiamento della dottrina più recente (ad esempio del Del Giudice), la quale, cedendo al pregiudizio positivisticò, secondo cui l'unità dell'ordinamento si fonda sulla unità della sua fonte, giunge alla conclusione che il diritto canonico consti unicamente delle norme emanate dalla fonte ecclesiastica suprema *umana*; giacché, facendosi risiedere al contrario l'unità dell'ordinamento nel fatto del suo essere struttura d'un *corpus sociale* individuato, ben può darsi la coesistenza nel medesimo sistema, costi-

tutive dello stesso ordinamento, di norme d'origine divina e norme d'origine terrena. Più in particolare, si dà, nell'ordinamento canonico, il concorso di una legge costituzionale di diritto divino, la quale legittima il potere legislativo umano e fissa i criteri fondamentali a cui questo deve attenersi; e di un complesso di altre norme, le quali invece rappresentano il prodotto concreto delle attività di normazione delle fonti umane. E tale accoglimento costituzionale e integrale del diritto divino nell'ordinamento canonico, compiuto con una sorta di «voluntad constitucional de cumplirlo», esclude tanto che si possa dare la creazione di norme costituzionali diverse ad opera di legislatori umani (il gruppo cristiano che pretendesse di farlo cesserebbe d'esser Chiesa, per diventare setta eretica o scismatica), quanto che l'ordinamento canonico (a differenza degli ordinamenti degli Stati) possa venir penetrato da norme di livello inferiore contrarie al dettato divino (p. 135).

3. E' questa la parte del libro dell'Hervada su cui abbiamo ritenuto di dover riferire più ampiamente, in quanto il tema dei rapporti fra diritto canonico positivo e diritto divino trascendente è l'argomento sul quale pensiamo di doverci maggiormente trattenere nel dare, siccome si conviene, un giudizio critico dell'opera. E questo, non già perché più volte, in oltre un decennio di lavoro, siamo tornati ad esprimere sul punto la nostra opinione, rimasta per la verità isolata nella canonistica italiana (e non soltanto in essa, a giudicare dal libro dell'Hervada), ma perché la questione rappresenta veramente, secondo il nostro modo di vedere, il punto nodale della intera costruzione dogmatica dell'ordinamento della Chiesa, non dandosi materia o istituzione di tale ordinamento, per quanto almeno attiene ai tratti di rilievo costituzionale, che non siano caratterizzate, nella propria disciplina, da un tipico concorso (che, nel presente stadio di sviluppo della realtà giuridica, non ha l'eguale in alcun altro ordinamento) di norme di diritto divino trascendente con norme di diritto umano: subordinate quest'ultime alle prime e ad esse collegate da un rapporto di presupposizione.

Tuttavia, prima di procedere a tale valutazione critica, è doveroso soffermarsi ulteriormente sugli altri capitoli dell'opera dell'Hervada, i quali presentano essi stessi più d'un punto del massimo interesse, recando un apporto costruttivo alla elaborazione sistematica della nostra disciplina. E, in primo luogo, sul quarto capitolo del libro (pp. 159-233), che è fra quelli più felicemente articolati, nel quale il chiaro Autore passa a esaminare il problema, tanto vivamente dibattuto, del fine dell'ordinamento canonico: fine per gli uni costituito, come è noto, dalla *salus animarum*, per gli altri dal *bonum commune* della società ecclesiastica. Nel trattare l'argomento, l'Hervada muove, innanzi tutto, dalla rinomata concezione del Fedele, secondo cui la *salus animarum* non soltanto è il fine primario, ma il fine unico dell'ordinamento canonico: la ragion d'essere di tutte e singole le norme che valgono a comporlo. Mentre il d'Avack, e gli autori che ne seguono le tracce, riducono l'influenza della *salus animarum* a una funzione pressoché soltanto negativa: nel senso che la stessa non sarebbe assunta, nell'ordinamento intersubiettivo della

Chiesa, quale oggetto di realizzazione immediata, ma vi rilevarebbe unicamente quale supremo criterio direttivo, o quale clausola-limite della legislazione positiva. A proposito di che —ricordate le opinioni di altri valenti canonisti, fra i quali il Giacchi, che non ravvisa nella *salus animarum* se non un elemento metagiuridico, influente sulla sola interpretazione delle norme, e quella del Lombardà, che distingue fra fine immediato e fine mediato metagiuridico— l'Autore affronta a sua volta la questione, avvertendo in via pregiudiziale come la proposizione, secondo cui la *salus animarum* è fine del diritto canonico, non abbia, di per sé considerata, un significato univoco, quale potrebbe solo derivarle da una predeterminazione di cosa voglia intendersi per fine: se la *causa finale* della norma (*causa finalis*) o l'*effetto* (*fin-efecto* o *fin-termino*) o l'*ordinazione teleologica* di essa (*fin-pretension* o *ordenationis*). Del che, secondo l'opinione dell'Autore, non terrebbero conto nè il Fedele, da una parte, nè, dall'altra, il d'Avack ed il Giacchi, i quali tutti moverebbero invece, nelle loro costruzioni, da una nozione unilaterale del concetto di fine, inteso come mero *fine-termino*, senza dar rilievo al suo aspetto di *fine-ordinazione*. L'Hervada, viceversa, ponendo la questione per riguardo al diritto inteso in senso normativo (e quindi distaccandosi, per questo specifico problema, dalla sua impostazione generale), mette in speciale rilievo la natura essenzialmente teleologica della norma, appunto intesa come *ordinatio rationis* o come *ordinatio voluntatis*: sottolineando che, almeno in senso stretto, non può dirsi che la norma giuridica abbia un fine-termino, non potendosi intendere per tale se non l'ordine partecipato che i destinatari si autoimprimono (pp. 205 sgg.). Ma la funzione del diritto deve esser valutata in un più vasto processo dinamico, proprio del gruppo sociale teso verso il conseguimento del suo fine comune: sicché il problema del fine del diritto può solo e deve essere trattato nell'ambito più largo dei fini del gruppo sociale. Naturalmente il fine della società è più ampio che non il fine del diritto, come sopra inteso: per cui il diritto stesso non regola l'intera attività richiesta per raggiungere il fine della società, ma non ne disciplina che una parte. L'ordinazione che il diritto imprime alla società è caratterizzata dalla giustizia e non è altro che ordine sociale giusto; fine del diritto è la ordinazione delle relazioni intersoggettive in funzione della giustizia. Sicché si possono distinguere il fine prossimo immediato del diritto, che è l'*ordine sociale giusto*, dal fine ultimo, che è il *bene comune*. Quanto alla Chiesa, intesa come società visibile, suo fine proprio (*bonum commune*) non può essere lo stesso fine ultimo dell'uomo (salvazione personale: visione beatifica), ma il fine bensì di perpetuare su questa terra la missione del Cristo nella sua dimensione sociale, fine a sua volta subordinato alla salute delle anime. E tale bene comune della società ecclesiastica è fine mediato dell'ordinamento canonico (*superior ordinatio*), di cui la *ordinatio suprema* diviene quindi la *salus animarum* (p. 231).

Nel quinto ed ultimo capitolo (pp. 235-288), l'Hervada passa a esaminare le caratteristiche dell'ordinamento canonico: con l'avvertenza che egli non intende mettere in rilievo, come fatto dalla canonistica italiana, le peculiarità che differenziano l'ordinamento della Chiesa da quelli degli Stati, ma richia-

mare l'attenzione sui caratteri connaturati all'ordinamento canonico, anche se comuni a quelli secolari. Fra tali caratteri l'Autore pone al primo posto la pienezza, nel senso che l'ordinamento della Chiesa è un ordinamento sovrano, il quale, entro una determinata sfera di competenza, non conosce materie o situazioni sottratte al suo potere normativo, nè tampoco dipende da un ordinamento superiore; e quindi la integrità, intesa quale assenza di lacune; nonché la esclusività, per cui, nell'ambito del fine soprannaturale, non può darsi altro ordinamento che il canonico; e quindi la romanità, per cui non si può dare diritto canonico fuori del diritto della Chiesa cattolica romana. L'ordinamento canonico gode ancora della nota della universalità, come dire che ha un'efficacia e un valore territorialmente e personalmente illimitati, per lo meno in senso potenziale; e della dinamicità, mirando a un'espansione missionaria universale. Si aggiunga il carattere della corporatività istituzionale, su cui peraltro l'Autore si dichiara incerto; e quindi della disuguaglianza funzionale dei membri della Chiesa, pur nell'assoluta uguaglianza di mezzi al fine del conseguimento della *salus animarum*. Va considerato, ancora, il carattere fondamentale pubblicistico dell'ordinamento della Chiesa; la sua ordinazione alla massima santificazione dei fedeli (*maximalismo*); la sua unità scaturiente dalla sua stessa esclusività, ma articolata in una estesa varietà di forme, consona alle differenziazioni settoriali della universale *communitas fidelium*. E infine acquista rilievo l'aderenza alla realtà sociale dell'ordinamento chiesastico: il quale, pur nella rigidità del suo nucleo fondamentale di derivazione divina, esprime in sé una serie di istituti che assicurano l'adattabilità delle sue norme alle esigenze peculiari delle singole fattispecie.

* * *

4. Richiamato il contenuto del libro dell'Hervada, il quale abbraccia, sia pure con variante intensità, tutti si può dire i temi più importanti della teoria generale del diritto canonico, quale è venuta progressivamente delineandosi negli ultimi decenni, appare chiaro come una disamina critica dell'opera, che voglia mantenersi nei limiti d'una recensione sia pur ampia, non possa riguardare approfonditamente se non alcuni dei punti sviluppati dall'Autore. Mentre di altri, per necessità di cose, non potrà farsi se non un breve cenno, tale da richiamare piuttosto l'attenzione sulla esistenza di certe questioni da risolvere, che non da pretendere di offrire, con la dovuta completezza, la relativa soluzione.

a) Così, vien fatto di notare innanzi tutto, circa l'impostazione metodologica data dall'Autore alla sua indagine, che il *programma costruttivo* della scienza del diritto, e cioè l'aspirazione della stessa ad andar oltre la semplice spiegazione analitica del contenuto precettivo delle norme, per conseguire superiori sintesi concettuali, non appare di per sé condizionato (come sembrerebbe da quello che scrive l'Hervada in argomento) alla adozione d'una *nozione istituzionistica* dell'ordinamento, in luogo delle *nozioni normativistiche* tradizionali. Si può infatti convenire con l'Autore che, ad appagare le esigenze del metodo esegetico, sia sufficiente una semplice «definición delimitadora» del

diritto (e cioè una nozione normativistica di esso); ma non appare accettabile la proposizione ulteriore, secondo cui, sulla base d'una tale definizione, idonea per l'appunto a delimitare il materiale su cui la scienza del diritto è chiamata a lavorare, non si possa esercitare un adeguato sforzo sistematico, capace di elevare una solida costruzione dommatica, organica e unitaria, dell'ordinamento inteso come *complesso normativo*. Basterebbe pensare all'opera di un Kelsen o a quella svolta in Italia da un Perassi, strettamente fedeli, l'uno e l'altro, a una nozione rigorosamente normativistica del diritto. D'altronde, non è certo la pretesa impossibilità di applicare il metodo sistematico all'ordinamento concepito come complesso normativo la ragione che ha determinato un cospicuo settore della pubblicistica moderna, sull'autorevole esempio del Romano, a elaborare la nozione istituzionistica dell'ordinamento: la quale ha inteso piuttosto di reagire all'apriorismo di certe costruzioni, talvolta estremamente complesse, dei dominanti indirizzi volontaristico e dommatico, opponendo ad esse l'aspirazione ad una costruzione compiutamente *a posteriori*, fondata sulla rilevata sterilità di ogni tentativo di distinguere, alla stregua di criteri differenziali immanenti in esse, le norme di diritto dalle altre regole sociali, e quindi di fissare i caratteri discretivi del fenomeno giuridico rispetto agli altri fenomeni sociali. D'onde il proposito di operare la risoluzione del concetto di diritto nel concetto di *società*, non già intesa come semplice rapporto fra individui, ma come entità costituente, anche formalmente, una unità concreta, esteriore e visibile, distinta dagli individui che in essa si comprendono: intesa in una parola come «*istituzione*». Ed è, del resto, appena il caso di notare che una larga parte, autorevole essa stessa, della pubblicistica contemporanea, e che certo non può essere imputata di restarsene insensibile alle istanze del metodo costruttivo, non accoglie la tesi istituzionistica, anzi la rigetta recisamente, giudicandola in insanabile contrasto con la esigenza della «*purezza della indagine dommatica*»: ossia con il principio per cui non è pensabile la formulazione di alcun giudizio giuridico che non sia desunto da norme giuridiche e soltanto da norme giuridiche, quale valutazione in esse contenuta. Mentre altra parte della dottrina più moderna, e a nostro avviso con ottime ragioni, mira, preoccupandosi fino a un certo punto delle istanze di purezza, ad assorbire i risultati indubbiamente positivi della dottrina istituzionistica in un sistema che rimanga, tuttavia, rispettoso della concezione normativa tradizionale del diritto. E questo interessante svolgimento della dommatica giuridica (a cui abbiamo in passato cercato di recare un nostro personale contributo) è condizionato alla possibilità di operare un distacco tra *istituzione* (o corpo sociale) e *ordinamento*, inteso quale *complesso di norme*, sostituendo alla identificazione fra i due termini, sostenuta dal Romano, l'idea di una mutua *implicazione* o *interdipendenza* fra di essi: d'una connessione, vale a dire, fra corpo sociale e norme giuridiche, che suppone la predeterminazione del primo per l'accertamento della esistenza delle seconde quale fatto sociale.

Per quanto poi concerne in particolare gli apporti della canonistica italiana più recente, non si può tacere che questa, giunta, specie per opera del

d'Avack, alla identificazione del concetto tradizionale canonistico di *societas iuridice perfecta* con quello statualistico di *ordinamento giuridico primario*, è venuta in tal guisa ad effettuare, secondo il nostro modo di vedere, che appare del resto condiviso dall'Hervada, una recezione piuttosto affrettata, e diremmo quindi meccanica, del concetto civilistico. Tanto che la canonistica medesima, per dare adeguata spiegazione a talune caratteristiche peculiari dell'ordinamento giuridico canonico (fra le quali acquista specialissimo rilievo la cosiddetta *irreformabilità della sua costituzione*), ha finito col ricorrere alla idea della esistenza e della operatività alla radice del sistema giuridico canonico, d'una *norma-base*, concepita quale *norma fondamentale sulla produzione giuridica*: idea che i canonisti, dei quali si discorre, dimostrano manifestamente di mutuare dalla Scuola dommatica italiana del diritto internazionale, dominata dalla ricordata figura del Perassi, la quale ha formulato, con metodo induttivo, una costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico vicina, in più di un punto, a quella edificata, con metodo aprioristico, dal Kelsen, e pensata ed enunciata, al pari di quest'ultima, in termini esclusivamente normativistici. Laddove peculiare apporto della teoria della istituzione è stato proprio quello di eliminare l'esigenza dommatica di ravvisare al vertice dell'ordinamento una norma fondamentale, necessariamente unica (sola norma del sistema non prodotta da un fatto contemplato come fonte del diritto da altra norma del medesimo sistema) delimitatrice ed unificatrice dell'ordinamento. Mentre quella parte della dommatica giuridica che, come s'è detto, non si è chiusa agli influssi della dottrina istituzionistica, è giunta, dal suo canto, a delineare la nozione della *costituzione materiale* dell'ordinamento, composta delle norme supreme positive (di contenuto sostanziale oltre che formale) collocate tutte su un medesimo livello.

b) Per continuare ad attenerci alle prime sommarie osservazioni, non diremmo, poi, che si possano confutare le costruzioni della Scuola canonistica italiana, solo mettendo in luce il fatto che le stesse si distaccano dagli schemi concettuali della filosofia tradizionale, e più in particolare dai canoni scolastici. I quali, in effetti, sono bensì diretti, nello specifico settore degli studi giuridici canonistici, a dar ordine alla realtà sociale costituita dalla *Ecclesia juris*, e, più in particolare, alla realtà sociale costituita dalle regole di condotta che vi operano; ma non sono essi stessi, è bene rilevarlo, *elementi costitutivi* di tale realtà sociale, quasi che non possa prescindere nel prendere in esame l'ordinamento della Chiesa, ai fini descrittivi e sistematici che sono propri d'una indagine dommatica. E' appena il caso di notare, infatti, che altra cosa è la *realtà sociale dell'ordinamento*, intesa quale complesso delle regole di vita che vigono in *Ecclesia Christi*, ed altra cosa son gli *schemi concettuali* che, elaborati al metro di questi o quei criteri sistematici, mirano a rappresentare tale realtà sociale secondo convenienti paradigmi tecnici, e a metterne in risalto i supremi principi ispiratori. A meno che l'Hervada non voglia riferirsi, non già ai meri *strumenti* di rappresentazione e teorizzazione, adottati dalla filosofia scolastica, ma piuttosto all'*oggetto* che quelli rappresentano e teorizzano. A meno, cioè, che egli non intenda criticare le costruzioni della canonistica italiana (nel che ci troverebbe largamente consenzienti), non già

perchè discoste dai modi tradizionali di rappresentare la realtà dell'ordinamento della Chiesa, ma perchè negatrici dei *principi di fondo* proclamati dalla dottrina tradizionale: principi che, non in conseguenza di questo loro essere assunti negli schemi della dottrina tradizionale, ma per propria intrinseca essenza, costituiscono *elementi obiettivi* costitutivi della *realtà sociale* della *Ecclesia juris*. La questione dottrinarica si appunta specialmente, com'è chiaro, sul valore da attribuire, nei confronti dell'ordinamento giuridico della Chiesa, al *jus divinum* positivo e naturale. E qui crediamo di dover convenire pienamente con l'Hervada nel rilevare che la Scuola canonistica italiana, specialmente con le tesi del Del Giudice e del d'Avack, ma anche, sia pure in misura meno accentuata, con quella del Fedele (tutte favorevoli, in sostanza, quale più quale meno, a una sorta di *positivizzazione del diritto divino* a mezzo della sua riconduzione formale all'*approbatio Ecclesiae*), finisce proprio col negare un dato obiettivo fondamentale, costitutivo della *realtà effettuale* dell'ordinamento della *Ecclesia juris*: vale a dire il dato obiettivo fondamentale rappresentato dalla *subordinazione formale e materiale* del detto ordinamento al sistema normativo superiore, costituito appunto del *jus divinum* trascendente. Alla base delle tesi criticate, si colloca difatti uno degli *idola* più profondamente radicati del giuspositivismo, sul quale avremo modo di trattenerci più diffusamente nel prosieguo di queste osservazioni, secondo cui si deve considerare *diritto positivo* solo quello riconducibile formalmente a un *fatto di produzione normativa empiricamente individuabile* (e più in ispecie ad una fonte del diritto, intesa subiettivamente, situata in una posizione sociale preminente). Alla influenza del quale preconetto dottrinario mostra di non sottrarsi lo stesso Hervada, là dove sembra voler individuare il *fatto empirico* di produzione delle fondamentali norme costituzionali della Chiesa nella attività di normazione esplicita dal Cristo *inteso come uomo* e quindi come persona capace di «emanar verdaderas normas jurídicas» (p. 130). Soluzione, questa, che ha tutta l'apparenza di un espediente tecnico, a cui è costretto a ricorrere l'Autore, per spiegare, alla stregua dei criteri poc'anzi criticati, il fatto della coesistenza, in uno stesso ordinamento, di norme di derivazione trascendente con norme di origine terrena.

c) E forse non inutile, prima di approfondire ulteriormente il punto di cui dianzi, il quale condiziona, secondo il nostro modo di vedere, ogni altro momento della teoria del diritto canonico, è aggiungere qualche altra osservazione generale sul problema, ben esaminato dall'Hervada, di quale debba dirsi il fine proprio dell'ordinamento della Chiesa. A proposito del quale, diremmo che un fattore di chiarificazione possa derivare da una previa definizione, su cui l'Autore ritiene di potersi limitare a qualche accenno, del carattere composito dell'ordinamento ecclesiastico (ordinamento inteso in senso molto lato: è cioè quale insieme delle norme che, anche se con funzioni diverse, concorrono, nella loro operatività pratica, a reggere la vita della *Ecclesia Christi*): ordinamento risultante dalla coesistenza e dalla coordinazione materiale e strumentale di due categorie di norme fra loro eterogenee: di *norme etiche*, da un lato, di funzione intrasubiettiva, attinenti ai fatti interiori spirituali dei soggetti

destinatari (qualificati eventualmente dai comportamenti esteriori conseguenziali) e dirette a perseguire l'interesse spirituale di questi medesimi soggetti; di *norme sociali*, dall'altro, di funzione invece intersubiettiva, attinenti ai comportamenti esteriori dei destinatari (qualificati dalle relative *intentiones*) e dirette a perseguire l'interesse, esso stesso spirituale, degli altri consociati con i quali i destinatari del precetto entrano in contatto. Di qui la differenziazione, *quoad essentiam*, fra la figura del *peccatum*, nella quale si sostanzia la mancata osservanza del precetto etico (osservanza non ottenibile altrimenti che attraverso un moto spontaneo ed incoercibile di adesione del suo destinatario) e la figura del *delictum*, nel quale per contro si concreta la violazione della norma sociale (giuridica): *peccatum* e *delictum* che non si collocano fra loro, come talvolta si è arrivati a dire, in un rapporto come di meno a più, quasi che il *delictum* altro non debba dirsi che un *peccatum* aggravato dalla pubblicità, ma costituiscono due fattispecie del tutto distinte ed eterogenee, risultanti dalla violazione di due sistemi normativi diversi, affatto inconfondibili fra loro (anche perchè di contenuto precettivo necessariamente differente).

Ora, è chiaro, a nostro modo di vedere, che dei due sistemi normativi eterogenei, che concorrono, con la loro convergente operatività, a reggere la vita della *Ecclesia Christi*, è il primo quello che persegue in via diretta l'esigenza della salute spirituale: esigenza che è per l'appunto immediatamente appagata dal destinatario del precetto etico col fatto stesso di arricchire di meriti morali la propria anima a mezzo della compiuta e spontanea osservanza del precetto; laddove il secondo sistema soddisfa a tale esigenza solo indirettamente: o prevenendo, o rimuovendo ed appianando, gli ostacoli che posson derivare al cammino degli *homines viatores*, verso la mèta ultraterrena, dal comportamento scandaloso degli altri consociati; o costituendo le condizioni sociali esteriori più favorevoli alla operatività in *Ecclesia Christi* della regola morale. E quello che distingue e tipicizza l'ordinamento della Chiesa, quale *Ecclesia juris*, è proprio questa sua stretta strumentalità rispetto alle norme etiche, siccome definite dal Magistero della Chiesa: dalla operatività delle quali, nella intima sfera individuale di ciascun destinatario singolarmente considerato, dipende in via immediata il conseguimento dalla *aeterna salus*, non ottenibile appunto *nisi singillatim* da ognuno di quei destinatari. Di guisa che, in caso di contrasto, non può non prevalere —delle due funzioni, etica e giuridica, nelle quali si partisce il compito ecclesiastico, e che sono passibili di solito d'un espletamento parallelo— la funzione di foro interno, quale quella ordinata a realizzare l'interesse spirituale più elevato, il *bonum animae quod est maximum*, che in conseguenza del peccato viene a subire il pregiudizio incommensurabilmente maggiore. Con una preponderanza, quindi, della *ratio peccati* sulla *ratio delicti* (*ratio scandali*), che si esprime nel principio, affatto peculiare all'ordinamento chiesastico, assunto nella completezza delle norme etiche e giuridiche che lo compongono, per cui «*dignior est lex privata quam publica*»: principio da intendersi nel senso che la *utilitas privata*, che è esigenza di foro interno, sopravanza quella *publica*, rilevante per contro in foro esterno.

5. Per tornare però al punto che interessa maggiormente —al problema, ripetiamo, dei rapporti fra ordinamento giuridico canonico positivo e diritto divino trascendente—, quel che va osservato *in limine*, in ordine ai vari tentativi per risolverlo, fatti dalla dottrina più recente, è che questa, nel trattare l'argomento, appare combattuta da due istanze contrapposte, che non ci sembra sia riuscita a conciliare in un sistema dommatico unitario. Essa è premuta, da una parte, dalla esigenza, rispondente a tutta una radicata tradizione dottrinaria e alla stessa realtà effettuale dell'ordinamento costituzionale ecclesiastico (quale in atto conformato), di far salva la assoluta «*irreformabilità giuridica*» delle norme fondamentali relative alla struttura e alle funzioni della *Ecclesia Christi*; mentre, dall'altra, s'ingegna di appagare l'esigenza scientifica, di derivazione tipicamente positivistica, di ricondurre tutto l'insieme delle componenti dell'ordinamento della Chiesa alla potestà di normazione del legislatore ecclesiastico *positivo*. Di qui il ricorso alla idea di una «*canonizzazione*» del diritto divino trascendente, ad opera di quello canonico positivo; o d'una «*autolimitazione*» del diritto canonico positivo nei confronti del divino. Di qui l'attribuzione, in un modo o nell'altro, di un valore formale *costitutivo* agli svariati rinvii al diritto divino sparsi nella legislazione ecclesiastica positiva, e specialmente al rinvio di portata generale contenuto nel canone 6, n. 6, del *Codex juris canonici*. Tesi, tutte, che ripongono, in sostanza, il principio formale della vincolatività giuridica *in Ecclesia* delle norme del diritto divino trascendente nel fatto della intervenuta *approbatio ecclesiastica: approbatio* concepita, alla stregua dei criteri giuspositivistici, elaborati in rapporto alle fonti supreme di produzione giuridica degli ordinamenti originari, come *giuridicamente non condizionata e illimitata* (sovrana). Tesi, quindi, che non raggiungono il loro scopo, poichè è chiaro che, nel presupposto di quella incondizionatezza e illimitatezza giuridica, non si può configurare alcuna valida ragione capace di precludere formalmente la possibilità di una «*decanonizzazione*» di quanto precedentemente canonizzato, o di un «*autoscioglimento*» del diritto positivo là dove questo s'era per l'innanzi autolimitato. La verità è che, a voler assimilare la concezione canonistica tradizionale della *societas iudice perfecta*, riferita alla Chiesa, alla più recente concezione dell'*ordinamento giuridico primario*, riesce poi impossibile, giuridicamente parlando, concepire una rigidità formale della costituzione fondamentale della Chiesa, che non dipenda, in ultimo, dalla volontà di normazione, giuridicamente non condizionata o limitata, dell'autorità ecclesiastica.

A meno di non configurare —e si può valutare in questo quadro la stessa costruzione dell'Hervada, come già quella del Ciprotti— a meno di non configurare la presenza e la operatività, al vertice dell'ordinamento canonico positivo, d'una *fonte suprema*, costituita dalla Volontà di Dio-Legislatore, sovraordinata a tutte le altre fonti propriamente umane. Tesi che potrebbe esser formulata in questi termini: che, come in certi ordinamenti giuridici statuali il potere costituente si pone al di sopra del potere legislativo ordinario, di guisa che quest'ultimo, nella sua concreta attività di produzione normativa, non possa emanar norme se non nei limiti formali e materiali della competenza

che il legislatore costituente ha creduto di attribuirgli (nell'atto in cui ha storicamente estrinsecato il suo potere, traducendolo nella costituzione formale dello Stato), così si può configurare, nell'ordinamento della Chiesa, la presenza d'una sorta di «supremo potere costituente», da identificare con la *Volontà di Dio-Legislatore*, e quindi l'esistenza di un nucleo di norme costituzionali fondamentali, nelle quali tale volontà di produzione normativa si è storicamente estrinsecata; e, insieme, la presenza di un potere normativo subordinato, conferito *divinitus* all'autorità ecclesiastica cosiddetta positiva, giuridicamente condizionato e limitato nel quadro della Costituzione della Chiesa. Con la differenza che, mentre negli ordinamenti giuridici statuali, il potere costituente, come si è manifestato all'atto della creazione della costituzione fondamentale dello Stato, così può ritornare a estrinsecarsi nuovamente, quale quello che dipende *in toto* dalla volontà degli uomini, sicchè la rigidità formale di tali ordinamenti mai può essere assoluta; nell'ordinamento viceversa della Chiesa il potere costituente si è estrinsecato una volta per tutte, al momento della Rivelazione, e quindi si è tradotto in una costituzione del tutto irreformabile (o riformabile solo per effetto d'una ipotetica nuova Rivelazione).

Senonchè siffatta concezione —anche se sembra superare, espressa nella formulazione che sopra se n'è data, la contraddizione di fondo nella quale incorre la moderna canonistica, quando assimila la concezione tradizionale della Chiesa quale *societas iuridice perfecta* a quella della Chiesa quale ordinamento giuridico primario— non appare tale, dal suo canto, da inquadrare esaurientemente la complessa realtà delle relazioni che si danno fra il *jus divinum*, naturale e positivo, quale concepito dalla Chiesa, e il *jus humanum* positivo, preso nella grande varietà delle sue manifestazioni. Essa vale, infatti, nei confronti soltanto delle norme del *jus divinum revelatum*, che, secondo l'interpretazione che ne è data dalla Gerarchia, si riferiscono alla costituzione e alla struttura fondamentale della *Ecclesia Christi*: e cioè soltanto a quelle norme del *jus divinum* che hanno, per così dire, una diretta rilevanza ecclesiastica. Le quali, è appena il caso di notarlo, son lontane dall'esaurire il contenuto del sistema normativo trascendente (si lasciano da parte i canoni morali, come quelli che, per la funzione loro propria, non possono venir annoverati fra le regole sociali). Il quale sistema trascendente, oltre a una serie di altre norme di diritto divino rivelato, che non hanno diretta pertinenza alla vita associata della Chiesa come tale, comprende anche il vastissimo complesso delle norme del *jus divinum naturale*, scaturienti dalla ragione e dalla volontà di Dio, Creatore e Legislatore, quali manifestatesi nell'ordine impresso alla creazione: norme che attengono ai comportamenti umani tutti, individuali e collettivi, nella variforme molteplicità delle loro concretizzazioni. Il diritto divino trascendente rappresenta, cioè, un ordinamento, inteso quale *complesso normativo* (al più, a volerlo valutare al metro delle concezioni istituzionistiche, esso potrebbe venir considerato quale struttura normativa del *corpus sociale* rappresentato dalla *umanità* nel suo complesso: ma questa concezione non sarebbe avvalorata dall'esame della realtà sociale normativa, siccome in atto conformata, la quale è la base, non va dimenticato, su cui le dottrine istituzio-

nistiche si fondano), rappresenta, dicevamo, un complesso normativo organicamente costruito, di proporzioni che superano di molto il circoscritto insieme delle norme che direttamente si riferiscono alla istituzione e alla struttura della *Ecclesia juris*, e che di questa posson dirsi appunto le norme costituzionali fondamentali. Sicchè appare più esatto, sotto un profilo squisitamente dommatico, rappresentare l'ordinamento positivo della Chiesa siccome qualificato ed integrato *ab extra*, da altro ordinamento formalmente sovrapposto: il quale non solo legittima le fonti di produzione giuridica supreme della *Ecclesia juris*, delimitandone al contempo la capacità di normazione (e cioè contiene, come si suol dire, la *norma-base sulla produzione giuridica* dell'ordinamento ecclesiastico subordinato), ma esprime al tempo stesso un insieme di altre norme, di contenuto *sostanziale*, relative alla *costituzione materiale* della Chiesa: allo *status* dei suoi membri a alla ripartizione dei compiti fra essi, ai fini da raggiungere e ai mezzi per raggiungerli, e via dicendo. (Mentre, voler considerare di diritto divino la sola norma-base dell'ordinamento canonico positivo, significherebbe svuotare pressochè completamente di contenuto il diritto trascendente, ridotto a una semplice «*norma di delegazione*», e minimizzarne la funzione, quasi che suo compito null'altro debba essere che quello di *legittimare* il diritto positivo, senza influire in alcun modo sul contenuto normativo dello stesso).

Viene spontaneo, in conseguenza, il paragone fra l'ordinamento giuridico canonico, atteggiato nel modo che s'è detto verso l'ordinamento trascendente, con gli ordinamenti di cui son portatori gli enti che si collocano in posizione di *mera autonomia* nella più generale struttura dello Stato: i quali, lungi dal qualificare se stessi quali ordinamenti giuridici *originari* (dal considerare, cioè, la fonte di produzione giuridica, da cui direttamente scaturiscono, quale fonte primaria, non qualificata da norme appartenenti ad altri ordinamenti), o lungi anche solo dal considerare la propria dipendenza dal superiore ordinamento giuridico dello Stato quale effetto d'una qualificazione di valore *costitutivo* della propria fonte (e cioè quale effetto d'un rinvio costitutivo indirizzato alle norme del sistema superiore), si limitano, viceversa, ad assumere tale subordinazione formale e materiale come un qualcosa di affatto *indipendente* dalla propria potestà di normazione e di *precedente* e *superiore* ad essa, e semplicemente *presuppongono* al di sopra di sè l'ordinamento superiore dello Stato, quale *fondamento* e *condizione necessaria* di detta potestà. Come questi ordinamenti rispetto a quello dello Stato, così l'ordinamento giuridico positivo della Chiesa rispetto a quello divino trascendente, non già *subordina se stesso*, per atto della propria volontà di normazione, al sistema normativo superordinato, ma è *ad esso obiettivamente subordinato*.

6. Ora, constatare questo modo d'essere obiettivo dell'ordinamento della Chiesa, rispondente alla rappresentazione dottrinale tradizionale, non è un qualcosa che contrasti con i canoni metodologici del positivismo, incentrati nell'esigenza, da cui nessun giurista moderno saprebbe ormai prescindere, di fondare ogni sforzo costruttivo sul solido terreno del *fenomeno giuridico*,

costituito dai *concreti contenuti normativi socialmente operanti*, empiricamente rilevati (desistendo, in conseguenza, da ogni tentativo di dedurre norme sostanziali da principi trascendenti, e rinunciando alla pretesa, scientificamente irrealizzabile, di giungere alla conoscenza del «diritto in sè»). E' un dato invero, che non sembra si possa contestare, che il diritto divino trascendente, assunto nella interpretazione che ne è offerta dalla Chiesa, si pone, nel contesto dell'ordinamento canonico generale, in una posizione formale e materiale tale da rappresentare esso medesimo una *componente della realtà sociale empirica*, costituita da quell'ordinamento: un *fenomeno sociale normativo*, munito della stessa efficacia e della stessa operatività delle norme cosiddette positive, dotato anzi d'un valore superiore: fenomeno sociale dal quale non può astrarre il giurista positivo, che appunto sui *fatti sociali normativi*, quali l'osservazione empirica rivela concretamente operanti nella realtà effettuale, intenda fondare i propri schemi rappresentativi e sistematici. Il giurista, che affronti l'esame della *Ecclesia juris* alla luce dei principi metodologici del giuspositivismo, non può non rilevare (e non può non farlo dinanzi a ogni altra cosa) che l'idea della esistenza e della operatività di un Dio personale, Legislatore e Giudice, impregna di sè a tal punto la vita della società ecclesiastica, nei suoi svariati aspetti, e quindi anche in quello giuridico, che ignorarla o trascurarla, ai fini della costruzione dommatica dell'ordine giuridico vigente in *Ecclesia Christi*, significherebbe deformare completamente la comprensione della sua natura. *L'idea di Dio* —indipendentemente da ogni considerazione, che non può non rimanere estranea alla scienza del diritto, circa l'esistenza obiettiva dell'Essere Supremo, con tutti i Suoi attributi— appare a tal punto preminente nella *coscienza sociale* chiesastica, e talmente operante sugli impulsi individuali e collettivi dei *fideles* in quanto tali, da costituire essa medesima, come *fatto di coscienza*, un elemento imprescindibile della *realtà sociale* della Chiesa. E un elemento della *realtà sociale normativa* di essa è il diritto divino naturale e positivo, implicato dalla stessa idea di un Dio-Legislatore. Presupposto impreteribile del sistema canonico positivo è l'assoluta preminenza, nei confronti di esso, del diritto trascendente, quale si rivela attraverso la spontanea e costante e completa concretizzazione ed attuazione delle superiori prescrizioni, e la riconosciuta efficacia delle stesse quali limiti formali e materiali alla potenzialità di produzione giuridica delle fonti umane normative.

E' stata solo una accezione non corretta dei canoni metodologici del giuspositivismo quella che ha condotto a diversi risultati la canonistica italiana e, sulle sue tracce, una parte autorevole della canonistica spagnola; e le ha determinate a collocare, al vertice formale dell'ordinamento della Chiesa, la *voluntas* del legislatore ecclesiastico positivo: cosa che le ha messe in condizione di non poter dare una soluzione dommatica soddisfacente al problema delle *componenti di diritto divino* del sistema normativo canonico. Negativa, anche in questo campo, si è rivelata l'influenza della *interpretazione volontaristica del giuspositivismo*: la quale, individuando il criterio di conoscenza delle norme costituenti il diritto positivo (come tali unico possibile oggetto di

studio da parte della scienza giuridica) nel fatto della loro dipendenza da *centri sociali di volizione*, empiricamente rilevabili, idonei per virtù propria a porre imperativi e a farli rispettare, fa sì che la *predeterminazione sociologica delle fonti del diritto*, come sopra intese, diventi il punto di partenza per delimitare il materiale normativo giuridicamente rilevante. D'onde una falsa impostazione del problema della consuetudine, e in genere dei fenomeni di germinazione spontanea di norme di condotta nell'ambito sociale; e comunque, per quanto interessa rilevare in questa sede, dei problemi inerenti alla vigenza, nell'ambito medesimo, di regole di vita, dotate d'una piena operatività sociale, non ricollegabili a fatti empirici di produzione normativa. D'onde, cioè, la esclusione dall'orbita formale dell'ordinamento, riferentesi ad una certa società (e quindi dalla sfera della scienza ad esso ordinamento relativa) di tutte quelle norme che —non conta se vigenti di fatto nell'ambito sociale, regolatrici dei rapporti che hanno vita in esso, e quindi non conta se accertabili in sede d'investigazione sociologica— non siano tuttavia riconducibili alla fonte, empiricamente individuabile, che si colloca al vertice dell'ordinamento.

Per meglio dire, le premesse logiche da cui muove il volontarismo giuridico non implicherebbero di per sè —e cioè se la costruzione dottrinarina, che ne costituisce lo sviluppo conseguente, si limitasse a svolgere una funzione esclusivamente *classificatoria*—, alcuna falsa rappresentazione della realtà sociale normativa, assunta a oggetto di disamina. A chi intenda sistemare *a posteriori* una certa realtà sociale normativa, secondo paradigmi di valore appunto meramente classificatorio, può riuscire dopo tutto indifferente considerare giuridica una parte piuttosto che un'altra dei dati empirici, oggetto del suo esame. Può riuscirgli, in particolare, indifferente che siano o non siano annoverabili, nella categoria delle norme di diritto, le regole di condotta, dotate di effettiva operatività sociale, ma non riconducibili a un centro di volizione empiricamente rilevabile, capace d'un'azione preminente nella compagine sociale. A condizione, ben s'intende, che, comunque sia tracciata la linea di demarcazione, fra dati sociali normativi ritenuti giuridici e dati sociali normativi non considerati tali, gli uni e gli altri non ne risentano nel rispettivo contenuto e nella rispettiva sfera e intensità di efficacia. A condizione, in particolare, che non ne rimanga alterato il rapporto, di contenuto e di efficacia, che intercorre fra i complessi normativi facenti capo a fonti empiricamente rilevabili, capaci di azione sociale preminente, e gli altri ad esse non riconducibili, ma non di meno operanti nell'area medesima dei primi. Ma non è questo il caso delle rappresentazioni dell'ordinamento giuridico, quali di fatto prospettate dal volontarismo giuridico: il quale, nelle sue concretizzazioni dottrinarie, non si è limitato per il vero ad enunciare schemi di valore semplicemente classificatorio, ma —specie per effetto della *esaltazione dello Stato*, operata dalla dottrina filosofica e politica del secolo trascorso, mutuata e prodotta a conseguenza dalla coeva pubblicistica— ha annesso alla nota della giuridicità (e cioè, in ultimo, della *statualità*) conseguenze *d'ordine pratico* tali da porre le norme, unificate nell'ordinamento risalente al centro di volizione sociale preponderante (e cioè allo Stato), su di un piano del tutto preminente

rispetto alle altre regole sociali. Di guisa che, in definitiva, tale *volontarismo statual-legalistico* —di cui appunto una parte della dottrina italiana ha tentato una trasposizione, con sommari arrangiamenti, nell'area della scienza canonistica— cade esso medesimo, pur intendendo di schierarsi contro ogni forma di giusrazionalismo teleologico, in qualcosa di congenere, poichè finisce col considerare oggetto della scienza del diritto, non i soli dati offerti dalla osservazione, ma gli svolgimenti contenuti potenzialmente nelle premesse teoriche sulle quali fonda il suo sistema. Esso, anzi, facendosi interprete della tendenza dello Stato ad assorbire il maggior numero di aspetti della vita associata (sin quasi ad identificarsi con la società) e a far valere nei fatti le proprie statuizioni, ha finito con l'operare *dinamicamente* sulla realtà normativa, mediante un *adattamento* dell'ordine sociale, mascherato sotto le apparenze d'una semplice interpretazione: adattamento risoltosi nei fatti in una evoluzione del rapporto, di contenuto e di efficacia, fra l'ordinamento positivo e gli altri sistemi normativi non considerati giuridici, in senso nettamente favorevole alla prevalenza delle statuizioni autoritative.

I quali inconvenienti non appaiono adeguatamente superati dalla dommatica giuridica, con la costruzione a gradi dell'ordinamento che essa enuncia, culminante in una norma prima sulla produzione del diritto, necessariamente unica. Questa costruzione, là dove si limita a postulare l'esistenza, alla radice dell'ordinamento, d'una norma-base sulla produzione giuridica, che legittima l'attività di normazione della sua fonte suprema subiettivamente intesa, vale bensì, secondo quella che era la sua originaria esigenza scientifica, a ricondurre il primo fatto normativo nella sfera della giuridicità (a differenza delle precedenti concezioni volontaristiche, che lo consideravano null'altro che un *fatto pre-giuridico*), ma non toglie, anzi riafferma con singolare energia, che il problema della individuazione e delimitazione dell'ordinamento rimanga immediatamente collegato col problema delle fonti normative.

7. Sono queste le principali considerazioni critiche, che, come s'è accennato poco innanzi, ci hanno appunto condotto, in passato, ad affrontare su basi metodologiche diverse il problema della individuazione e delimitazione della realtà normativa, costituita dall'ordinamento della Chiesa: a muovere, cioè, nella disamina dommatica di esso, non già dalla *predeterminazione d'un criterio formale di legittimazione e unificazione delle sue componenti normative*, ma dalla *percezione del fatto sociale obiettivo*, rappresentato dalla operatività in *Ecclesia Christi*, e cioè nell'ambito sociale degli *homines viatores*, organizzati in vista del raggiungimento d'un fine oltremondano, delle norme afferenti a tale vita associata. E invero, le svariate regole sociali, che concorrono, con finalità diverse e diversa efficacia pratica, a garantire le condizioni indispensabili alla convivenza e alla cooperazione degli individui o enti politicamente o altrimenti organizzati —le quali non agiscono isolate, indipendentemente una dall'altra, ma tendono a integrarsi a vicenda: sia materialmente, investendo comportamenti individuali o collettivi diversi o diversi aspetti dei medesimi comportamenti, sia strumentalmente, in funzione della rispettiva efficacia e

operatività— si presentano, sul piano sociologico, riunite in gruppi, che, in quanto rispondenti a un'esigenza reale e in quanto unificati dalla stretta concatenazione materiale e funzionale delle norme componenti, acquistano una propria fisionomia ben definita, e, pur restando inquadrati e bilanciati nel complesso organico, comprensivo di tutte le regole sociali operanti in un certo ambito sociale, possono considerarsi autonomi e a sè stanti. Essi costituiscono altrettanti sistemi normativi, tendenti a realizzare nella società, mediante il loro gioco concorrente, le condizioni di equilibrio indispensabili al conseguimento dei fini sociali d'interesse generale. Come dire, appunto, che l'*unità* delle norme nei singoli sistemi si presenta essa stessa come un *dato induttivamente ricavabile, mediante osservazione, dalla realtà sociale normativa*: non rappresenta, cioè, il prodotto d'un processo di astrazione e generalizzazione, meramente dottrinario, procedente dalla molteplicità dei fenomeni sociali normativi, sulla falsariga d'un criterio di unificazione accolto in modo almeno parzialmente aprioristico, ma costituisce essa medesima una *realtà sociale concreta, un fenomeno sociale* che vive nelle cose e che la scienza può limitarsi a *constatare* come tale. Sicchè, sul piano logico, il problema della individuazione degli elementi che valgono a unificare e quindi a ridurre a sistema i vari gruppi di norme socialmente rilevabili non precede l'accostamento dottrinario alla realtà, ma segue ad esso, e si traduce in conclusione ultima da trarre dalla osservazione analitica esauriente di ogni dato gruppo.

E quindi, in altri termini, il giudizio circa l'appartenenza d'una norma al sistema non può esser dato deduttivamente, movendo da un criterio, almeno parzialmente aprioristico, postulato dalla dommatica giuridica; ma va dato invece induttivamente (dalle scienze *predommatrice*, con i mezzi di cui queste dispongono e secondo i criteri che le stesse adottano) in sede di accertamento, *sul piano sociologico*, della concreta consistenza dell'ordinamento, inteso come *unità sociale empiricamente rilevabile*. Per cui, una norma singola, in tanto potrà considerarsi parte dell'ordinamento, in quanto si presenti, sul piano sociologico, talmente collegata, quanto al contenuto ed al funzionamento, con le altre norme che ne fanno parte, da apparire essa medesima un elemento integrante, una componente del sistema organico dell'ordinamento: perchè presupposta dalle altre norme o perchè complementare rispetto ad esse, quanto al contenuto o alla funzione. O per dir meglio, la rilevazione predommatrice dell'ordinamento si perfeziona gradualmente, in quanto, dalla immediata percezione empirica delle norme che ne costituiscono, senza margine di incertezza, il fulcro fondamentale, essa si estende induttivamente (e in qualche settore anche deduttivamente) a ricavare il complesso organico delle norme integratrici del sistema. In particolare, per quanto qui interessa specialmente rilevare, si deve riconoscere l'appartenenza all'ordinamento giuridico d'ogni data società, individuata sul piano sociologico come un *corpus sociale* vivente di vita propria, delle norme che esprimono i principi costituzionali dell'ordinamento, perchè strettamente connaturate ed immanenti alla struttura della società, intimamente inerenti alla sua ossatura. Esse, costituendo il presupposto necessario di molteplici altre norme, direttamente accertabili mediante osservazione

della realtà sociale, partecipano del medesimo grado di certezza e positività di queste.

A mettere in questi termini il problema, non si potrà certo contestare che molti dei moderni Stati sono giunti, nel presente stadio della loro evoluzione, a porre propri sistemi normativi organici, regolati da centri unitari di produzione giuridica e dominati da saldi principi inquadratori; e sono, inoltre, riusciti ad affermarne, nei rispettivi àmbiti sociali, tanto la preminenza sugli altri complessi di norme di condotta, quanto la indipendenza formale dagli altri ordinamenti esterni, di pari carattere statale o di natura interstatale, ottenendo al contempo di affrancarsi da ogni interferenza di sistemi etico-giuridici di rilievo trascendente. In tali ordinamenti, il rapporto fra norme di diritto, emanate dallo Stato a mezzo dei suoi strumenti legislativi istituzionalmente costituiti, ed altre regole sociali di difforme provenienza, è risolto in netto favore delle prime; nè al giudice è concesso di applicare, ai casi sottoposti al suo giudizio, norme che non siano riferibili all'attività di normazione dello Stato. Sicchè, per questi ordinamenti, il giurista positivo non potrà non *constatare* che le più importanti almeno fra le conclusioni a cui perviene, svolgendo i suoi principi, il volontarismo statual-legalistico, sono divenute altrettanti elementi della realtà sociale empirica, oggetto del suo esame. Ma, rispetto ad altri ordinamenti giuridici statuali, nei quali la funzione legislativa non si presenti altrettanto accentrata, sibbene devoluta, almeno in parte, a certi *processi sociali indistinti* di produzione normativa (consuetudinari o giudiziari), la configurazione statual-legalistica già rivela le prime insufficienze. Così come le rivela, in grado anche maggiore, per quello che ha riguardo al complesso delle norme di condotta che reggono la vita della comunità internazionale: rispetto alle quali, i molti tentativi di unificazione e delimitazione, condotti alla stregua del criterio della riconducibilità a fatti empirici di produzione normativa, sono sempre andati a urtare contro la realtà costituita dalla operatività sociale di norme, attinenti alle stesse fondamenta di quella comunità, in nessun modo riportabili, o solo a mezzo di espedienti tecnici manifestamente artificiosi, a fatti normativi empirici. Mentre quelle insufficienze diventano addirittura tali da svuotare gli schemi volontaristici di ogni validità dommatica, quando ad oggetto di disamina si assume la realtà normativa costituita dall'ordinamento della Chiesa, stante appunto l'atteggiarsi di quest'ultimo verso l'ordinamento trascendente, che vale proprio ad *invertire* il rapporto fra norme di diritto umano, prodotte dalle fonti ecclesiastiche positive, e norme d'altra provenienza, quali appunto quelle di derivazione divina.

Alla origine della quale difformità di atteggiamento dommatico è il fatto d'una diversa evoluzione dei vari ordinamenti dianzi ricordati: i quali hanno tutti partecipato, per un lungo tratto, comprendente l'Evo medio e parte dell'Epoca moderna, d'una comune esperienza giuridica *universalistica*, espressa proprio in termini di superordinazione formale e materiale d'un diritto trascendente (sentito, nella coscienza sociale collettiva, quale manifestazione normativa della Volontà di Dio-Legislatore, operante su di un piano di asso-

luta e indiscussa preminenza); ma hanno poi reagito, ciascuno per suo conto, in maniera e misura diverse, a tale sudditanza, a mano a mano che venivano, da un lato, indebolendosi i *fattori politici* sui quali si basava il sistema giuridico unitario europeo, e che, dall'altro, veniva affievolendosi, specialmente in conseguenza dell'infiacchirsi del sentimento religioso collettivo, la *coscienza sociale* del valore vincolante delle norme di natura trascendente. Il frazionamento sociologico e politico d'Europa, conseguente al prevalere sull'Impero delle Dinastie locali, e quindi degli Stati nazionali; la frattura della stessa unità religiosa, seguita alla Riforma; la diminuzione di certezza, quanto al contenuto, del diritto trascendente, causata dal diffondersi di nuovi criteri interpretativi, fondamentalmente individualistici, in luogo della precedente remissione della relativa funzione alla potestà esclusiva dell'autorità gerarchica; l'indebolimento del valore vincolante del diritto stesso, conseguente alla progressiva razionalizzazione del *jus naturae* (prodotto non ultimo del progrediente laicizzarsi delle idee nella Europa Occidentale), per cui l'umana ragione, da mero strumento di conoscenza, veniva a trasformarsi senza meno in *fonte* del sistema trascendente; la energica reazione positivista, avverso il pullulare frammentario di innumere concezioni giusrazionalistiche, spesso collidenti fra di loro e sfocianti le più volte in un mero formalismo razionalistico (raffigurante il diritto naturale come null'altro che un insieme di formole astratte, meri archètipi degli ordini vigenti, destinati ad essere riempiti dalle norme positive); l'affermarsi dinamico, del quale s'è discusso, delle trionfanti concezioni giuspositivistiche nell'ambito dei singoli ordinamenti statuali (e in misura più attenuata nel campo del *jus gentium*, legato più durevolmente a postulati giusnaturalistici), attuato specialmente attraverso la riserva degli apporti autoritativi di attuazione alle sole norme prodotte dallo Stato; tutto questo insieme di fattori ha portato alla dissociazione dell'originaria *universalità giuridica* europea e all'affermarsi, in luogo d'essa, del *frazionamento formale* dell'ordine giuridico che contraddistingue la realtà presente, caratterizzata appunto dalla concorrenza di tanti ordinamenti *formalmente separati* per quante sono le autorità sociali collocate in posizione preminente (*superiorem non recognoscentes*). L'ordinamento della *Ecclesia juris* non è stato partecipe, per contro, di questo processo di trasformazione: e ciò, non solo, e diremmo non tanto, perchè la vita della Chiesa cattolica romana è stata lambita solo al margine dalle correnti di pensiero che hanno determinato o favorito la detta evoluzione, ma soprattutto perchè la Chiesa stessa non poteva, se non venendo meno alla sua medesima ragion d'essere, ripudiare, o anche solo preterire, il dogma della preminenza della Volontà divina sulla umana. Con la conseguenza, di grande rilievo ai fini della costruzione dommatica di esso, che l'ordinamento della Chiesa cattolica romana rappresenta l'unico settore della vita giuridica contemporanea, che sia rimasto, non ostante le radicali trasformazioni avvenute tutt'intorno, ancorato a una visione *universalistica* dell'ordine giuridico. Cosicchè —mentre, fra ordinamenti giuridici statuali e diritto divino trascendente (il quale, agli occhi di chi crede in Dio-Legislatore, non può non avere lo stesso grado di certezza dell'Essere Supremo), intercorre,

dal momento in cui i primi han cominciato ad affermare la propria indipendenza formale, un *conflitto di qualificazioni*, per cui gli ordinamenti degli Stati si autoqualificano *ab intra* siccome *originari*, laddove l'ordinamento divino, in forza del principio *nulla auctoritas nisi a Deo*, continua a qualificarli *ab extra* siccome *derivati*— l'ordinamento, viceversa, della Chiesa continua a ravvisare nel sistema trascendente il *tetto formale* di tutti gli ordinamenti umani, senza distinzioni: anche di quelli che si sono ribellati alla loro precedente condizione di sudditanza verso il *jus divinum*. Esso, quindi, continua a rinvenire, nel diritto superiore, e in specie nella norma *omnis potestas a Deo*, il fondamento della propria *unità giuridica* con tutti gli altri ordinamenti, qualificati *divinitus*: e ciò, indipendentemente dall'atteggiamento formale di questi ultimi, dal modo onde gli stessi si qualificano, *ab intra*, poiché tale qualificazione, se contraria, e proprio perchè contraria, alla qualificazione *ab extra*, di diritto superiore, rimane *ipso jure* sprovveduta, nel sistema universale di diritto, d'una rilevanza giuridica positiva (*jam non erit lex sed legis corruptio!*).

8. L'economia delle presenti osservazioni non ci consente di diffonderci ulteriormente su queste considerazioni (del resto svolte con ampiezza altrove) e sulle molte conseguenze, in ordine alla costruzione dogmatica dell'ordinamento della Chiesa, che si devono trarre dai principi su enunciati. E se ci siamo trattenuti oltre misura sugli argomenti che precedono, in sede di recensione critica del buon libro dell'Hervada, è perchè ci sembra che il compito scientifico sentito dall'Autore si avvicini molto al nostro, che sta nel cercare come conciliare le esigenze costruttive della scienza giuridica moderna con la peculiarissima realtà sociale costituita dall'ordinamento della Chiesa: realtà obiettivamente rappresentata, anche se secondo paradigmi tecnico-scientifici al giorno d'oggi superati, dalla dottrina ecclesiastica tradizionale. Al quale scopo, ci sembra che debbano concorrere, al di là di ogni differenziazione nazionale od ideologica, gli sforzi di tutti coloro che amano sinceramente la nostra insigne disciplina. E in questo non può non darsi lode alla canonistica spagnuola, la quale, pur nella consapevolezza delle gloriose tradizioni iberiche, si dimostra sempre aperta alla comprensione delle esigenze dottrinarie di altre Scuole.

PIERO BELLINI