

Spunti per una riconsiderazione dell'influenza del "ius divinum" nel processo canonico in chiave giuridico-fondamentale*

Massimo DEL POZZO

Pontificia Università della Santa Croce

SOMMARIO: 1. PREMESSA E INQUADRAMENTO CONCETTUALE. - 2. TRE PUNTUALIZZAZIONI TERMINOLOGICHE E METODOLOGICHE PREGIUDIZIALI. - 3. UN ASSUNTO EURISTICO BASILARE. - 4. LA TEMATIZZAZIONE DELLA QUESTIONE FONDAMENTALE NELLA DIVULGAZIONE PROCESSUALISTICA. - 5. L'OPPORTUNITÀ DI AGGIORNARE IL PARADIGMA SCIENTIFICO DI RIFERIMENTO.

1. PREMESSA E INQUADRAMENTO CONCETTUALE

La fonte soprannaturale ha un'influenza diretta nell'amministrazione della giustizia ecclesiale o agisce solo indirettamente nella conformazione salvifica di quello strumento "naturale" di accertamento della verità che è il processo? Che cosa aggiunge il diritto divino alla predisposizione di un apparato di tutela effettivo ed efficace? L'ordinamento canonico possiede principi direttivi e tecniche di organizzazione autonomi ed alternativi rispetto ai sistemi secolari? Queste ed altre molteplici domande che potrebbero sorgere manifestano immediatamente tutta l'ampiezza, la notevole portata e, in un certo senso, la complessità e la "pretenziosità" della questione sollevata. Lo spettro dell'indagine sembra muoversi in pratica attorno ai massimi capisaldi o alle premesse esistenziali dell'intera disciplina processual-canonica. L'intento non è certo quello di giungere ad una soluzione definitiva nella fondamentazione della branca coltivata, è piuttosto quello di non rinunciare in partenza a ragionare alla luce dei principi strutturali del sistema e ad interrogarsi circa il senso e la specificità della missione ecclesiale del processualista.

In questa linea, un desiderio non recondito è costituito dalla riscoperta della valenza assiologica della dichiarazione realista del giusto (immediata concretezza, stringente oggettività ed intrinseca razionalità)

* In J.I. ARRIETA (cur.), *Ius divinum*. Atti del XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico, Venezia 2010, pp. 671-692.

contro le derive dell'astrattismo, del soggettivismo e del volontarismo insite nell'approccio formalista e logicista¹ sottostante all'impianto del pensiero giuridico positivistico tipico della modernità², non di rado trasmessi anche in ambito canonico. Lo smarrimento della matrice soprannaturale del *ius canonicum* non è sicuramente la causa dei più generali equivoci e fraintendimenti in atto nella scienza giuridica contemporanea³; un ristabilimento delle distanze e delle differenze può aiutare comunque a preservare la prudenzialità della grande tradizione classica (greco-romano-scolastica) e, senza alcuno spirito di emulazione o complesso di inferiorità, allontanare il rischio di cedimenti alla "tecnicizzazione modernista". La natura trascendente e teleologica del fenomeno giuridico, attualmente insidiata e minacciata dall'imperare del principio di immanenza, riceve quindi un'ulteriore garanzia ed un forte corroboramento dal corretto inquadramento gnoseologico ed epistemologico del dato esistente⁴.

Sembrerebbe che il diritto processuale della Chiesa non assuma una propria singolarità *ratione obiecti* ma possieda solo una rilevante peculiarità a motivo della sua regolamentazione. Parrebbe anche che l'originalità non sia connessa tanto al sistema di tutela dei diritti in sé quanto al precipuo assetto della potestà giudiziaria ecclesiastica. Ancora, il bene dovuto (la dichiarazione autoritativa e vincolante del giusto) non subirebbe un cambiamento o una trasformazione immanente nel corpo mistico di Cristo ma si atteggierebbe come una semplice variazione tipologica dell'attività giurisdicente di una qualunque comunità politica. In tali asserzioni vi è indubbiamente una considerevole parte di verità: l'ineliminabile continuità dell'ordine soprannaturale coll'ordine della

¹ Cf il nostro *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma 2005, *Appendice*, 586-587.

² Cf Pio XII, *Discorso alla Rota Romana*, 13 novembre 1949, «AAS», 41 (1949), 606.

³ Il problema è interno alla nozione fondamentale di diritto acquista dalla dottrina moderna.

⁴ La trascendenza ed il finalismo non sono legati alla volontà fondazionale di Cristo sulla Chiesa ma allo statuto ontologico della persona ed appartengono quindi a qualunque manifestazione della socialità umana; quasi paradossalmente però proprio l'esaltazione della genesi divina del diritto ecclesiale può contribuire anche a rivelare il senso comune dell'esperienza giuridica: lo specifico cristiano illumina il generale umano.

creazione. Nel piano redentivo la *lex gratiae* non annulla o sopprime il valore della giuridicità naturale ma la eleva e sublima⁵. Quest'osservazione, assodata peraltro nella retta impostazione del sapere canonico (la percezione *sub ratione iusti* del *Mysterium Ecclesiae*), trova un riscontro ancor più penetrante ed un'accentuazione molto più decisiva nell'ambito considerato in ragione della consistenza ontologica del mezzo processuale: il giudizio è uno strumento essenzialmente umano e non divino⁶. La natura della cosa giusta rinvia alle insopprimibili regole razionali e dialettiche che la costituiscono e giustificano. Fermo restando l'esistenza di un'imprescindibile base naturale e di un comune denominatore epistemologico e assiologico di tutta la scienza processualistica non positivista⁷, l'equivoco di fondo consiste però nel ridurre il *ius processualis canonicum* ad un sapere meccanicistico e vacuamente procedimentale, come se si trattasse di un'appendice strumentale del diritto sostantivo. Il rischio non è solo l'appiattimento e l'omologazione culturale, ma la confusione ed il misconoscimento del giusto processo *in Ecclesia*. La non contrarietà al diritto divino costituisce un'indubbia clausola limite del sistema canonico, ma la pregnanza della *salus animarum* non può certo essere circoscritta a questa modesta funzione correttiva o di salvaguardia⁸. La rilevanza del *ius divinum* non coincide pertanto con la

⁵ Cf J. HERVADA, *La lex naturae y la lex gratiae en el fundamento del ordenamiento jurídico de la Iglesia*, in ID., *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines [1958-2004]*, Pamplona 2005², 723-724. Un interessante riscontro può rinvenirsi anche nelle parole di Ratzinger pronunciate per la difesa del diritto ad opera della fede e della teologia in occasione del conferimento del dottorato *honoris causa* in Giurisprudenza: «La redenzione non dissolve la creazione ed il suo ordine, ma al contrario ci restituisce la possibilità di percepire la voce del Creatore nella sua creazione e così di comprendere meglio i fondamenti del diritto. Metafisica e fede, natura e grazia, legge e vangelo non si oppongono, ma sono intimamente legati» (J. RATZINGER, *lectio doctoralis*, in *Per il diritto. Omaggio a Joseph Ratzinger e Sergio Cotta*, Torino 2000, 14).

⁶ Cf anche J. LLOBELL, *Fondamenti teologici del diritto processuale canonico. Sul ruolo del processo per la comprensione dell'essenziale dimensione giuridica della Chiesa*, in C.J. ERRÁZURIZ M. - L. NAVARRO (a cura di), *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, Milano 2000, 268-270.

⁷ Cf J. LLOBELL, *I principi del processo canonico: aporia, mimetismo civilistico o esigenza ecclesiale?*, «Il Diritto Ecclesiastico», 107 (1996), 142.

⁸ Cf J. HERRANZ, «*Salus animarum*», principio dell'ordinamento canonico, «Ius Ecclesiae», 12 (2000), 291-306; Z. GROCHOLEWSKI, *I principi ispiratori del libro VII del* btcags

sola riserva di compatibilità palesata dal Legislatore⁹. Non si può negare invece l'esistenza di un *quid pluris*, di un "valore aggiunto" intrinseco che connota e struttura tutto l'apparato di protezione dell'ordine sociale giusto del popolo di Dio.

2. TRE PUNTUALIZZAZIONI TERMINOLOGICHE E METODOLOGICHE PREGIUDIZIALI

L'assunzione nel piano soprannaturale di una preesistente realtà naturale, la conformazione e integrazione costituzional-salvifica dell'istituto e la determinazione e specificazione storico-effettuale della figura, cui abbiamo appena accennato, costituiscono profili importanti per un corretto inquadramento del processo canonico nella giuridicità ecclesiale. Per completare il quadro ci pare utile precisare altri *tre aspetti impliciti nelle precedenti asserzioni* che rischiano però di non venir sempre convenientemente percepiti: in primo luogo, l'abbastanza scontata ed assodata *articolazione del ius divinum in naturale e positivo*; quindi, la più problematica *congiunzione tra il diritto sostanziale e quello processuale*; infine, la possibile *rilevanza interna e non solo esterna del fattore giusdivino*.

Acquisito che la nozione di *ius divinum* comprende sia il diritto naturale sia il diritto divino positivo¹⁰, l'implicito frequente riferimento nel parlare comune alla seconda accezione (diritto divino rivelato), non deve sottacere la *costanza e persistenza della prima*. Il riscontro inframondano della ricezione soprannaturale del dato implica che il sistema ecclesiale si ispiri alle comuni acquisizioni della scienza processualistica circa la

CIC, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Quaderni della Mendola*, vol. 6: «I giudizi nella Chiesa. I processi contenzioso e matrimoniale», Milano, 1998, 32-33.

⁹ Quale si desume dall'unico riferimento espresso alla nozione contenuta *nel liber de processibus* (can. 1692 § 2 CIC, 1378 CCEO [«*si sententia civilis praevidetur non contraria iuri divino*»]). La funzione di clausola limite del diritto divino d'altronde è quella predominante nei non frequenti richiami contenuti nel dettato codiciale (cf ad es. cann. 22, 24, 1290, d'ora in poi per semplicità nella menzione dei canoni sottintenderemo sempre il riferimento al *Codex Iuris Canonici* ed ometteremo il parallelo riferimento alla codificazione orientale). Sarebbe estremamente riduttivo e sminuente ricostruire l'influenza della fonte soprannaturale nell'ordinamento canonico solo sulla scorta di tali indicazioni testuali.

¹⁰ S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Bologna 2002, 133-151.

penetrazione del metodo dialettico di ricerca della verità. Il *ius naturale* d'altronde, com'è noto, è immediatamente vigente nell'ordinamento canonico¹¹. Occorre sempre puntualizzare peraltro che la tutela dei diritti è naturale e personale nei presupposti e nel fondamento, ma storica e culturale nelle forme di manifestazione e di realizzazione. Il diritto di difesa allora, pur non essendo né primario né originario, ma susseguente e derivato, si inserisce *ex natura rei* nella trama delle situazioni create dal vivere sociale dell'uomo¹². In definitiva, il diritto alla tutela dei diritti ha un fondamento ontologico riconducibile alle diverse modalità dell'espressione *diritto di difesa*, ancorata nel diritto naturale, quantunque detto diritto naturale richieda, in modo particolarmente pressante, di essere accolto dalla legge positiva per adempiere il suo compito di tutelare efficacemente i diritti¹³. Non è casuale che lo statuto fondamentale del fedele preveda espressamente quest'esigenza di giustizia¹⁴ e che in dottrina si attribuisca una connotazione non specificamente trascendente a tale previsione¹⁵. Abbastanza indicativa è anche la sequenza proposta nel VI Principio direttivo del CIC circa l'influenza del diritto naturale, divino positivo ed ecclesiastico nell'evitare ogni rischio di arbitarietà nell'esercizio della potestà¹⁶. L'acclarazione deriva oltretutto dalla preoccupazione di

¹¹ Cf ad es. D. CELNAMOR - J. MIRAS, *Il diritto della Chiesa. Corso di Diritto Canonico*, Roma 2005, 44-47.

¹² Gli elenchi e le catalogazioni dei diritti umani fondamentali menzionano espressamente la protezione giuridica dei diritti (cf voce *Diritti della persona*, in PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE/G. CREPALDI - E. COLOM, *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, Roma 2005, 220-232, spec. 227); la protezione giuridica dei diritti rappresenta allora il presupposto ed il coronamento del sistema in una visione realista, organica e complessiva.

¹³ Esistono beninteso diritti solo naturali, ma esistono anche diritti misti (naturali e positivi allo stesso tempo). La determinazione e specificazione normativa può in questo caso essere requisito di operatività e di applicazione, ma non ne costituisce la giustificazione ultima.

¹⁴ Cf can. 221 CIC.

¹⁵ Cf D. CELNAMOR, *Comentario c. 221*, in A. MARZOA - J. MIRAS - R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (coordinamento e direzione), *Comentario exegético al código de derecho canónico*, II, Pamplona 1996, 144.

¹⁶ «*Verum tamen usus huius potestatis in Ecclesia arbitrarius esse non potest, idque iure naturali prohibente atque iure divino positivo et ipso iure ecclesiastico. Unicuique christifidelium iura agnoscenda ac tuenda sunt, et quae in lege naturali vel divina* btcags

precisare «*qua ratione iura personarum definienda tuendaque sint*»¹⁷. In pratica, l'univoca concorrenza delle fonti indicate e la priorità attribuita al giusto naturale evidenziano ancora una volta come il rispetto dell'ordine della creazione costituisce un indubbio presupposto del bene pubblico della Chiesa.

Conseguenza delle considerazioni esposte sono pertanto tanto *la congruenza e la continuità del soprannaturale con il naturale* nell'assetto della giustizia ecclesiale, tanto *l'esigenza di rispettare l'intrinseca razionalità del meccanismo di accertamento del dovuto*. *Ex negativo*, un elementare motivo di coerenza esclude incompatibilità o contrasti; sono possibili viceversa modalizzazioni specifiche o il riconoscimento di interessi e valori prevalenti¹⁸. In positivo, l'esplicitazione più chiara della complementarietà natural-positiva del *ius divinum* consiste nella fedeltà ai principi costitutivi del diritto di difesa e alle regole basilari del contraddittorio¹⁹. In pratica la prima distinzione serve a chiarire che *il giusto processo in Ecclesia non travalica la logica e la "grammatica" dell'attività giurisdicente* e riconduce la strutturazione della forma processuale alla sua unica e primigenia sorgente.

«Il giusto processo è oggetto di un diritto dei fedeli (cf. can. 221) e costituisce al contempo un'esigenza del bene pubblico della Chiesa. Le norme canoniche processuali, pertanto, vanno osservate da tutti i protagonisti del processo come altrettante manifestazioni di quella giustizia strumentale che conduce alla giustizia sostanziale»²⁰. Le parole dello scomparso Pontefice riportate costituiscono un'eccellente introduzione al rapporto tra strumentalità e sostanzialità del *ius defensionis*. Si è soliti

positiva continentur, et quae ex illis congruenter derivantur ob insitam socialem conditionem quam in Ecclesia acquirunt et possident» (I SINODO ORDINARIO DEI VESCOVI, *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, 7 ottobre 1967, *Principium VI. De tutela iurium personarum*, «Communicationes», 1 [1969], 82).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Basti pensare ad es. al disposto dei cann. 1404, 1550 § 2, 2°, 1598 § 1, ecc.

¹⁹ Cf anche BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2006, «Ius Ecclesiae», 18 [2006], 498-499, cf ivi anche il nostro commento *Nella verità, la giustizia. Considerazioni a margine della prima Allocuzione benedettina alla Rota*, 511-515.

²⁰ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 18 gennaio 1990, «AAS», 82 (1990), 876.

normalmente distinguere il diritto sostantivo o sostanziale dal diritto processuale o procedurale: l'uno riguarderebbe la materia o il contenuto del rapporto giuridico, l'altro la forma o gli strumenti per assicurare la giustizia²¹. Si può accettare questa consolidata partizione solo se si precisa e si salvaguarda l'*unitarietà del fenomeno giuridico* e la perfetta armonia dei relativi settori²². Interessa sottolineare comunque che l'oggettività del reale e la verità delle cose regolano e misurano ogni manifestazione del vivere sociale e relazionale dell'uomo, ivi compreso il ricorso ai tribunali di giustizia della Chiesa. *Il diritto sostanziale e quello processuale rappresentano allora due aspetti della dimensione giuridica della stessa realtà*. Un'impostazione sfuocata e sminuente presenta al contrario il diritto sostantivo come primario e fondamentale con base ontologica e naturale ed il diritto processuale come meramente secondario ed eventuale, di matrice esclusivamente convenzionale e positiva. In tale contesto la regolamentazione del processo sarebbe espressione del diritto umano positivo privo di una decisiva valenza costituzionale²³. Il diritto al processo invece non è disgiunto e alternativo alla retta e naturale esplicazione del fenomeno giuridico ma rappresenta un profilo costituente e integrante il dover essere nel suo sviluppo reale e nella sua pratica attuazione²⁴.

21 Per un inquadramento che potremmo definire "classico" della questione cf F. DELLA ROCCA, *Istituzioni di diritto processuale canonico*, Torino, 1946, che a proposito delle note caratteristiche del processo canonico menziona soltanto la pubblicità e la strumentalità o sostitutività (pp. 3-4). Un'impostazione di questo genere ci pare però riduttiva e limitante.

22 Una puntualizzazione di questo tipo è contenuta ad esempio in J. LLOBELL, *Processo canonico ordinario*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XV, Torino 1997, 15-24; ID., *Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico*, in *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Città del Vaticano 1997, 47-84; ID., *La tutela giudiziale dei diritti nella Chiesa. Il processo può essere cristiano?*, in J.J. CONN E L. SABBARESE (a cura di), «*Iustitia in caritate*». *Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, Città del Vaticano 2005, 507-522.

23 L'indebita dialettica o contrapposizione tra diritto sostanziale e diritto processuale rischia di ingenerare ulteriori confusioni ed equivoci, riducendo il secondo al mero rispetto delle forme e delle procedure positivamente stabilite (formalismo) e non riconducendolo invece alla preservazione dei valori di un'autentica relazione di giustizia (garantismo).

24 Per una miglior esplicazione degli stessi concetti cf pure J. LLOBELL - M. DEL POZZO, *Diritto processuale canonico. Lineamenti delle lezioni*, Roma (in fase di ultimazione e di btcags

L'assenza di una netta soluzione di continuità difende quindi la piena operatività del *ius divinum*, prevalentemente naturale ma anche positivo, nella configurazione del *iudicium*.

Abbiamo già precisato come la conformità "esterna" della regolamentazione legale della materia processuale col diritto divino e con «i principi generali del diritto applicati con equità canonica» (can. 19) è abbastanza scontata ed acclarata²⁵, meno evidente e pacifica, ma probabilmente più utile e stimolante da un punto di vista costruttivo, sembra l'influsso "interno" del messaggio evangelico nella connotazione tipologica dell'istituto. Seguendo le affermazioni di Giovanni Paolo II poc'anzi riportate («Il giusto processo è oggetto di un diritto dei fedeli [cf. can. 221] e costituisce al contempo un'esigenza del bene pubblico della Chiesa») il processo stesso deve essere correttamente inteso come debito, come bene giuridico, come cosa giusta ("processo dovuto") con tutte le implicazioni epistemologiche e deontologiche che ne derivano. Il discorso non può pertanto ridursi alla subordinazione di qualsivoglia relazione di giustizia infraecclesiale alla volontà fondazionale di Cristo, deve estendersi pure alla ricerca del *peculiare atteggiarsi della dichiarazione del giusto nella comunità salvifica*. Lo spirito di servizio che anima tutto l'esercizio dell'autorità ecclesiastica, la cooperazione organica che descrive la modalità della partecipazione dei battezzati nella missione della Chiesa (cf can. 208 CIC), non meno della mutua immanenza universale-particolare²⁶ o della pienezza e immediatezza di potestà degli uffici capitali, solo per citare alcuni esempi, sono elementi che contribuiscono non poco a conferire assoluta originalità e singolare specificità al modello canonico.

La rilevanza del fattore soprannaturale si esplica in pratica a livello di principio direttivo, di criterio operativo e di canone ermeneutico. Il ius divinum agisce nei consueti ambiti della giuridicità canonica: in primo luogo nell'impianto programmatico e nell'organizzazione della potestà giurisdizionale, quindi nella fase esecutiva e nella concreta regolazione del

prossima pubblicazione), Cap. I, § 1.

²⁵ *Supra* ntt. 8 e 9.

²⁶ Per una illuminante sistemazione della questione cf CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, lett. «*Communio notio*», 22 maggio 1992, nn. 7-10, «AAS», 85 (1993), 842-844.

sistema giudiziario, infine nel momento interpretativo e applicativo della normativa canonica. Il rilievo del dato teologico sottostante influisce quindi sulla connotazione degli elementi e dei momenti principali dell'organismo processuale. In definitiva, il rispetto del diritto di difesa nel contraddittorio delle parti (cardine naturale dell'istituto processuale) e la spettanza reale e sostanziale dell'accertamento autoritativo del dovuto (presupposto della potestà giurisdicente) trovano un fertile terreno di coltura e di propagazione nel giardino della Chiesa per l'irrorazione sublimante e perfetta della *lex gratiae* e dell'*ordo caritatis*²⁷.

Le precisazioni compiute lungi dal limitarsi alla sfera terminologica implicano quindi una serie di importanti acquisizioni metodologiche e contenutistiche (*res verba sequitur*) decisive per la comprensione del fenomeno: la ricezione dell'intrinseca razionalità dello strumento, la materialità dell'attribuzione del giusto processo in riferimento al fine della Chiesa, l'arricchimento trascendentale di tale bene giuridico nella pienezza entitativa del popolo di Dio.

3. UN ASSUNTO EURISTICO BASILARE

I tre passaggi esaminati costituiscono le coordinate essenziali di sviluppo del ragionamento e, in un certo senso, la cornice del quadro. Resta però da chiarire meglio il vero oggetto e la precisa consistenza materiale dell'indagine. L'assunto qui presentato a mo' di postulato ha allora un valore apodittico ed euristico fondamentale (nei due sensi del termine²⁸) nella ricostruzione dell'influenza del *ius divinum* nel processo canonico. La puntualizzazione dell'in sé del fenomeno non ha inoltre una

²⁷ Cf anche P.A. BONNET, *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell'uomo. Studi sul processo canonico*, Torino, 1998, 501ss. (Cap. IX. § 4. *Ordo iustitiae come ordo caritatis*).

²⁸ Nell'accezione di senso comune (assorbente importanza) ed in quella tecnico-scientifica relativa appunto al livello fondamentale o ontologico della conoscenza giuridica. Per la teoria dei livelli della conoscenza giuridica cui ci ispiriamo cf anche il nostro *L'evoluzione della nozione di diritto...*, cit., 287-299 e J.G. BUZZO SARLO, *La estructura del saber jurídico y su relevancia en el ámbito canónico*, Roma 2005, C.J. ERRÁZURIZ M., *Circa la conoscenza del diritto ecclesiale e il suo insegnamento universitario*, «Ius Ecclesiae», 15 (2003), 562-573; J.M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona 1963.

portata meramente "informativa", ma prepotentemente "conformativa"²⁹. La maggioranza degli equivoci e delle incomprensioni derivano proprio dalla carenza di percezione dello stesso fatto di diritto (divino o umano che sia). In molti casi si qualifica come giusdivino ciò che non solo non risponde ad alcuna chiara ragione soprannaturale, ma che difetta anche dei caratteri propri della giuridicità (oltre a non essere contenuto nella rivelazione, non costituisce in senso proprio diritto).

Di seguito cercheremo pertanto di precisare meglio il concetto di base. Supera chiaramente gli intenti e le possibilità di una comunicazione riportare analiticamente ed esaurientemente la piuttosto copiosa produzione sul tema³⁰, le osservazioni riportate pertanto non possono che avere un valore molto lacunoso e approssimativo e costituiscono piuttosto una sorta di provocazione intellettuale. Vale la pena tuttavia non dare troppo per scontato la rispondenza e l'univocità dell'uso della categoria nella canonistica contemporanea.

Alla stregua di un'elementare regola semantico-definitoria occorre in primo luogo sottolineare che nell'espressione composta "diritto divino" il sostantivo (diritto) ha la prevalenza sull'aggettivo (divino). Benché la sfera del divino superi infinitamente la realtà prettamente umana del diritto, ciò non di meno, in ipotesi, la giuridicità funge da imprescindibile supporto della modalità di realizzazione del disegno salvifico trinitario³¹. L'attributo specifica infatti il significato e la portata del termine cui inerisce, ma non ne modifica l'originaria consistenza. Esistono evidentemente altre esplicazioni della volontà di Dio sulla Chiesa (il Signore non è certo condizionato dalle caratteristiche dello strumento umano di

²⁹ Circa l'utilizzo delle categorie della filosofia analitica nel magistero recente cf BENEDETTO XVI, lett. enc. «*Spe salvi*», 30 novembre 2007, nn. 4 e 10, in www.vatican.va.

³⁰ Cf ad es. AA.VV., *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, cit.; S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino 1991; A. FILIPPONIO e R. COPPOLA (a cura di), *Diritto divino e legislazione umana*, Torino, 1998, J. FORNÉS, *Derecho divino y derecho humano en el ordenamiento canónico*, Pamplona 1985.

³¹ In maniera analoga alla dottrina della legge naturale come partecipazione nella creatura razionale della legge eterna di Dio (*S. Th.* I-II, q. 90, a. 2), si potrebbe dire che anche il diritto divino è la partecipazione dell'ordine sociale giusto del popolo di Dio al progetto salvifico universale. Il contesto sociale della doverosità intersoggettiva costituisce pertanto l'ambito vitale necessario per la relazione di giustizia.

comunicazione), non tutte tuttavia rispondono alla realtà della doverosità intersoggettiva³². Il *ius divinum* non coincide quindi con l'intero patrimonio della rivelazione o con l'ispirazione dello Spirito nella comunità credente, ne costituisce una parte limitata e circoscritta che è sempre vincolata in quanto tale al mezzo adottato (*se non è vero diritto non potrà neppure essere divino*). «Normalmente s'intendono come di diritto divino gli aspetti voluti da Dio sulla Chiesa, che hanno conseguenze giuridiche»³³. Non di rado, invece, la fonte sembra divenire prevalente ed assorbente rispetto alla natura del fenomeno regolato: la dizione indica allora semplicemente la riconduzione alla matrice soprannaturale di qualsivoglia aspetto non della giuridicità canonica ma dell'ecclesiologia o del dogma cattolico, sottolineando l'immutabilità e la definitività di una dottrina piuttosto della stringente obbligatorietà sociale di un determinato mandato. L'accezione autoritaristica, come sovente accade, esalta l'imperatività e la coerenza, ma sviscerisce e impoverisce inesorabilmente la razionalità del dato. La mancanza di una rigorosa tipizzazione e specificazione epistemologica rischia di determinare una visione omnicomprensiva e perciò generica, indeterminata e poco calzante della sacralità del *ius* ecclesiale³⁴.

Il punto più importante e delicato nella corretta impostazione della questione resta comunque l'*apprensione ontologica*, cioè rispondente alla verità delle cose, della doverosità dell'ordine trascendente del giusto. In chiave realista la semplice domanda "che cosa?" racchiude già in parte il contenuto della risposta: *un diritto divino è appunto una cosa giusta che*

³² Basti pensare ad esempio ai carismi (cf *Compendio del Catechismo della Chiesa Cattolica*, n. 160).

³³ M.J. ARROBA, *Diritto processuale canonico*, Roma 2006 (5^a ed.), 26. Ci pare condivisibile la definizione che se ne può trarre: le conseguenze giuridiche degli aspetti voluti da Dio per la Chiesa.

³⁴ La concreta esperienza del "giuridismo" è un esempio abbastanza eloquente del riduzionismo ecclesiologico cui conduce una visione miope e distorta («Il giuridismo non è il diritto ma la sua caricatura. È una sclerosi del diritto nell'astrazione e nel formalismo. Al contrario pensare che basterebbe rifiutare nella Chiesa il diritto per ritrovare la Chiesa della carità, sarebbe infilare la strada delle più rovinose illusioni. Una Chiesa che ripudiasse il diritto correrebbe il rischio di essere non la Chiesa della carità ma la Chiesa dell'arbitrio. Perché il diritto, correttamente compreso, è la giustizia applicata alle situazioni concrete» [L. BOUYER, *La Chiesa di Dio, corpo di Cristo e tempio dello Spirito Santo*, Assisi 1971, 199]).

*trova il titolo e la misura della spettanza direttamente in Dio*³⁵. Nel caso di specie la ripartizione in giustizia dei beni o l'attribuzione del dovuto hanno infatti la loro immediata ragion d'essere e causa efficiente nell'*Ipsum Esse subsistens*. Il fondamento del fenomeno, comune peraltro ad ogni esperienza giuridica, resta comunque lo statuto ontologico della persona³⁶. La legittimazione teologica ultima di tutto il diritto (per la creaturalità e dipendenza esistenziale dei soggetti) non toglie che la dignità dell'individuo costituisca la (relativamente) autonoma fonte di esigenza dell'essere (partecipato) ed il cardine ed il riferimento dell'intero sistema³⁷. La *dignitas et libertas filiorum Dei* si innestano dunque sull'organismo naturale conferendo al battezzato ulteriori compiti e prerogative (obblighi e diritti) nella santa assemblea³⁸. Il diritto divino è dunque l'insieme delle cose giuste o, meglio, delle relazioni interpersonali di debito³⁹, distribuite o regolate mediatamente o immediatamente dal Sommo Bene o anche *la dimensione di giustizia dei beni salvifici lato sensu intesi* (anche l'ordine

³⁵ Ci pare che si possa applicare la pregnanza di tali concetti anche all'ordine soprannaturale (J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990, 37-39). Diritti naturali ad esempio sono quelli in cui sono naturali il titolo e la misura (ivi, 88-91).

³⁶ L'uomo conforma costitutivamente l'essenza del fenomeno. «Mi piace qui ricordare l'espressione davvero incisiva del beato Antonio Rosmini: "La persona umana è l'essenza del diritto" (Rosmini A., *Filosofia del diritto*, Parte I, lib. I, cap. 3). Quello che, con profonda intuizione, il grande filosofo affermava del diritto umano dobbiamo a maggior ragione ribadire per il diritto canonico: l'essenza del diritto canonico è la persona del cristiano nella Chiesa» (BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al Convegno di studio organizzato dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi in occasione del XXV anniversario della promulgazione del Codice di Diritto Canonico*, 25 gennaio 2008, in www.vatican.va)

³⁷ Cf F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, Torino 1997, spec. 11-42.

³⁸ Fermo restando la necessità di una considerazione unitaria del *ius divinum* naturale e positivo, da un punto di vista concettuale, mentre nel diritto naturale vi è una perfetta concordanza e integrazione dei tre elementi (fondamento, titolo e misura) ed il collegamento vitale con la Ragione creatrice è mediato attraverso la natura delle cose; nel diritto divino positivo invece il riferimento a Dio è esplicito ed immediato, conformando il *titulum* e la *mensura iuris*, ma rinvia sempre ad un necessario presupposto di carattere umano (la dignità della persona). Il *ius naturale* costituisce pertanto l'indiscussa base dell'ordinamento canonico.

³⁹ «La giuridicità non rivela una sostanza, ma una relazione. Ogniqualvolta diciamo che un qualcosa è giuridico stiamo dando il nome ad una relazione» (J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., 34).

naturale concorre all'attuazione del piano redentivo). La stessa dizione con l'uso dell'articolo determinativo (il diritto divino) si presenta estremamente insidiosa e pericolosa per la sua valenza astrattiva: non esiste il diritto come concetto o principio astratto ma solo la cosa in concreto dovuta⁴⁰. Evitando un'impronta di tipo idealistico (caratterizzata dal riferimento alla "realtà pensata" anziché alla "realtà reale" data), bisognerebbe quindi parlare più propriamente di diritti al plurale e aver chiaro che il diritto come pretesa categoria totalizzante (quello che frequentemente viene indicato come diritto oggettivo⁴¹) non è che l'insieme o il complesso delle *res iustae*.

Ciò posto, interessa subito sottolineare la decisiva valenza euristica delle approccio tommasiano e le sue immediate ripercussioni sull'amministrazione della giustizia: *la dichiarazione del giusto si concretizza nell'attribuzione del bene e non nel riconoscimento formale del credito*⁴². Ulteriore derivazione giusrealistica è *la prevalenza della normatività legata alla struttura della materia rispetto alla regolamentazione legale dell'istituto*. Il diritto divino non è costituito dunque da una serie di precetti o da un sistema di regole, ma da un patrimonio di valori o da un complesso di beni. Il *ius divinum* soprattutto,

40 «Il giusto è qualcosa di singolare e di concreto: è il diritto di ciascuno, il suo, ciò che appartiene a qualcuno in forza di un titolo e secondo una misura ben precisa. Non è un principio o un concetto. Pertanto determinare o dire il giusto è un'arte o un sapere pratico (*scientia practica*). [...] Ma nell'*iter* della decisione giurisprudenziale emergono concetti, principi e norme generali, vale a dire nozioni astratte: si possono pertanto rintracciare livelli di conoscenza caratterizzati da astrazione» (J. HERVADA, *Pensieri di un canonista nell'ora presente*, pt. 5/III, Venezia 2007, 69-70). In pratica il diritto in senso proprio è solo e soltanto la cosa giusta. Non c'è diritto che del concreto e del particolare. Ogni forma di astrazione della nozione rischia impropriamente di svuotarla di senso e di allontanarla dalla realtà e dal suo sostrato materiale.

41 Cf ad es. P.V. PINTO, *I processi nel codice di diritto canonico. Commento sistematico al Lib. VII*, Città del Vaticano, 1993, che adotta la seguente definizione: «L'insieme delle norme date dalla Chiesa per svolgere e regolare l'amministrazione della giustizia, sia nella sfera giudiziaria (processo *sensu stricto*) sia in quella extragiudiziaria» (p. 25).

42 Più esplicita di molte disquisizioni ci pare l'acclarazione del Dottore Angelico. Risolvendo la questione «Se si debba sempre giudicare secondo la legge scritta», S. Tommaso risponde perentoriamente: «Il giudizio non è altro che la definizione o determinazione di una cosa giusta, ossia di un diritto» (S. *Th.* II-II, q. 60, a. 5).

proprio per non contraddire l'armonia e la razionalità del creato, è intrinsecamente incompatibile con una nozione positivista o normativistica del fenomeno giuridico⁴³. Il sommario riepilogo compiuto – rielaborativo di alcuni tratti del realismo giuridico – non implica però la pacifica e acquisita ricezione del pensiero tomista nel dibattito contemporaneo. Al di là della piuttosto modesta attenzione dedicata all'influenza del fattore naturale e soprannaturale nel processo canonico (*infra* § 4), non si può purtroppo non rilevare l'impronta latamente normativistica che connota una discreta porzione della dottrina canonistica⁴⁴. L'eventuale, ma piuttosto ricorrente, insufficiente penetrazione del problema giuridico fondamentale (l'essenza del diritto), condiziona evidentemente l'apprensione di tutte le manifestazioni della doverosità ecclesiale. Se la forte pregnanza dell'aspetto legislativo e della componente tecnica nell'ambito processualistico, temperano, almeno in parte, gli effetti pratici di un'eventuale deviazione, rimane però il pericolo della confusione concettuale e la non trascurabile minaccia di favorire il diffondersi tra gli operatori di impostazioni equivoche e fuorvianti (ad esempio il formalismo ed il logicismo).

4. LA TEMATIZZAZIONE DELLA QUESTIONE FONDAMENTALE NELLA DIVULGAZIONE PROCESSUALISTICA

La manualistica processualistica, coltivando una sensibilità prevalentemente esegetica, si limita non di rado ad illustrare la complessità della regolamentazione del settore e del meccanismo tecnico di funzionamento della giustizia ecclesiale, senza sentire spesso l'esigenza

⁴³ «Il diritto della Chiesa è per sua natura incompatibile con ogni concezione puramente formalistica e positivista che attribuisca alle prescrizioni legali un valore assoluto ed esclusivo. La sua certezza, quindi, non è di carattere formale ma sostanziale, in quanto non è assicurata dalla legalistica osservanza delle singole disposizioni stabilite dall'autorità ecclesiastica, ma dalla coerenza dell'intero sistema giuridico, nella sua globalità e nelle sue specificazioni, ai principi fondamentali posti dal diritto divino» (M.F. POMPEDDA, *Il processo canonico di nullità di matrimonio: legalismo o legge di carità?*, in ID., *Studi di diritto processuale canonico*, Milano 1995, 144).

⁴⁴ Nel nostro *Dal diritto liturgico alla dimensione giuridica delle cose sacre: una proposta di metodo, di contenuto e di comunicazione interdisciplinare*, «Ius Ecclesiae», 19 (2007), abbiamo svolto un'analitica dimostrazione della contaminazione normativistica della relativa nozione giuridica (spec. 595-600), un discorso analogo potrebbe essere svolto per altri settori dell'ordinamento canonico.

di approfondire oltremodo i fondamenti epistemologici e deontologici della dichiarazione del giusto. La letteratura scientifica spesso non solo rinuncia ad un'impostazione teoretico fondamentale della materia, ma circoscrive la stessa teoria generale a concetti molto essenziali e basilari. Non mancano peraltro singoli apporti e contributi significativi; un discorso a parte meriterebbe poi chiaramente la saggistica e l'approfondimento monografico. Non avendo certo la pretesa di fare il punto sull'abbondante produzione contemporanea, ci limiteremo solo, senza alcuna pretesa di esaustività e di completezza, a riportare molto sinteticamente l'attenzione dedicata al *ius divinum* nella divulgazione didattica.

Fermo restando la concentrazione dell'attenzione sulla situazione contemporanea, un rapido sguardo al passato prossimo può aiutare ad evidenziare che *anche negli studi meno recenti (precedenti all'attuale codificazione) l'influenza del ius divinum nell'ordinamento giudiziario non ha ricevuto molta cura ed attenzione*, risulta piuttosto latente e compressa. Insigni canonisti di notevole acume e spessore quali Lega, Roberti, Della Rocca o Gordon, tralasciano un'esplorazione essenzialistica e costituzionale della funzione giurisdicente di tipo apodittico a vantaggio invece di una minuziosa esposizione descrittiva e funzionale dello svolgimento della procedura e degli organi preposti⁴⁵. A parte l'omissione di un inquadramento di più ampia portata (la parte introduttiva è in genere abbastanza contenuta), può essere indicativo notare che anche nella trattazione delle fonti manca un esplicito richiamo alla matrice natural-teologica (si riportano analiticamente le sole c.d. fonti di produzione) ed alla sua concreta rilevanza nella strutturazione del giudizio. La caratterizzazione del diritto processuale canonico assunta dai suddetti autori, in un contesto ecclesiologico indubbiamente diverso dal nostro, se malintesa non solo può indurre ad una larvata accezione normativistica – a nostro modo di vedere irriferribile all'autentica natura del fenomeno giuridico⁴⁶ – ma può portare anche ad un'indebita accentuazione

⁴⁵ M. LEGA, *Praelectiones in textum iuris canonici. De iudiciis ecclesiasticis*, I-1, Romae 1905²; F. ROBERTI, *De processibus*, I², Romae, 1941 (3^a rist.); DELLA ROCCA, *Istituzioni di diritto processuale canonico*; cit.; I. GORDON, *De iudiciis in genere*, Romae 1979.

⁴⁶ Il positivismo giuridico è già stato denunciato come un grave errore ed una deformazione della teoria della giustizia da Pio XII nel discorso alla Rota Romana del 1952 (cfr. *Discorso di Sua Santità Pio XII alla Rota Romana del 1952*, in *Annuario di diritto canonico e delle discipline ecclesiastiche*, 1952, pp. 1-10).

dell'aspetto autoritaristico e potestativo della giurisdizione⁴⁷. Il riscontro non intende tanto rilevare la poca propensione alla valorizzazione dell'originalità e specificità del *iudicium canonicum*, quanto il più incisivo limite di metodo e di mentalità che deriva da un atteggiamento di chiusura e di restrizione all'elemento legale. Il motivo di doglianza è acuito dalla buona qualità e finezza del pensiero, dalla chiarezza e linearità della trattazione e da una ragguardevole conoscenza e apporto della scienza secolare coeva: al pregio tecnico-culturale non sembra corrispondere dunque un'eguale penetrazione speculativo-concettuale.

Un fenomeno opposto a quello testé esposto è in parte rinvenibile nella *produzione successiva*: la maggior ricerca dei fondamenti e la rivendicazione di autonomia scientifica non trovano probabilmente corrispondenza in una maturazione logico-argomentativa paragonabile al grado di sviluppo dei sistemi statuali. La profonda riflessione ecclesiologica operata dall'assise conciliare ha indubbiamente comportato un rilevante mutamento di sensibilità e di prospettiva che non ha mancato di riverberarsi nel fronte processualistico. La forte incidenza della regolamentazione positiva, la persistente prevalenza nella *forma mentis* di molti cultori dello studio dell'istituzione processuale rispetto alla specificità del modello ecclesiale, la complessità e difficoltà connesse alla spiegazione del contenuto tecnico-procedimentale della relazione hanno avuto un duplice effetto: da un canto, hanno messo al riparo da tentazioni antiggiuridiste⁴⁸, dall'altro, hanno esercitato però una sorta di freno o di filtro nei confronti della profonda innovatività dell'approccio giuridico

1949 («AAS», 41 [1949], 604-608). Anche Benedetto XVI recentemente ha denunciato le perniciose conseguenze del relativismo e del positivismo giuridico per l'istituto familiare (*Discorso alla Rota Romana*, 27 gennaio 2007, «AAS», 99 [2007], 87).

47 Possono essere indicative le tre tesi enunziate da Gordon: «1° *Christus est iudex vivorum et mortuorum*»; «2° *Christus suam potestatem iudicandi cum Apostolis eiusque successoribus communicavit*»; «3° *Apostoli potestatem iudicalem a Christo acceptam de facto exercuerunt*» (*op. cit.*, 4, 5 e 6).

48 Cf J. HERRANZ, *Crisi e rinnovamento del Diritto della Chiesa*, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae. Acta Symposii internationalis iuris canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis iuris canonici, diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati*, Città del Vaticano 1994, 29-54. Per un inquadramento più completo degli antiggiuridismi classici e moderni cf anche C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000, 5 ss.

postconciliare. Non sorprende pertanto che l'approfondimento critico dell'oggetto spesso non abbia suggerito l'opportunità di rivisitare in radice e dall'interno lo strumentario concettuale del giurista⁴⁹. Nell'esplicazione dello *ius processualis canonicum* l'illuminazione derivante dal *Mysterium Ecclesiae* pare allora ancora poco pregnante⁵⁰.

Nella divulgazione contemporanea diversi autori non avvertono l'esigenza di premettere un inquadramento delle nozioni di diritto e di azione, ma si limitano ad una precisazione talora meramente terminologica del processo o del giudizio⁵¹, al più con qualche indicazione di carattere metodologico⁵². Anche là dove è presente un discreto impianto concettuale di fondo ed un'apprezzabile impostazione critico-epistemologica della materia il riferimento espresso al diritto divino non sempre trova spazio, almeno da un punto di vista formale e sistematico⁵³. In pratica, la valutazione dell'aspetto giusdivino sembra relegato al criterio di compatibilità esterna sopra esposto⁵⁴, anziché procedere alla scoperta del significato conformante e dell'orizzonte di senso racchiuso nella "supernatura" del bene (il potenziamento della *ratio* naturale dell'istituto).

49 In realtà, la spiccata attenzione alle esigenze di giustizia che promanano dal dato oggettivo ed il costante riferimento alla realtà delle cose, anziché semplicemente a quella normativa, è tipico dell'approccio realista. Invece, per una visione meramente formalista (qual è quella positivista) il variare del contenuto può non pregiudicare la validità dell'impianto mentale precedente (il contenitore conserva, infatti, la stessa validità teorica).

50 «Così pure nell'esposizione del diritto canonico e nell'insegnamento della storia ecclesiastica si tenga presente il mistero della chiesa, secondo la costituzione dogmatica "De Ecclesia" promulgata da questo concilio» (CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, decr. «*Optatam totius*», n. 16).

51 Cf J.J. GARCÍA FAÍLDE, *Nuevo Derecho Procesal Canónico*, Salamanca, 1992², 11ss.; PINTO, *I processi nel codice di diritto canonico*, cit., 20ss.; F.J. RAMOS, *I tribunali ecclesiastici. Costituzione, organizzazione, norme processuali, cause matrimoniali*, Roma, 2000², 23ss.

52 Cf RAMOS, *I tribunali ecclesiastici*, cit., 15ss.

53 Può essere il caso di C. DE DIEGO-LORA - R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones de derecho procesal canónico. Parte general*, Pamplona, 2003; J. GOTI ORDEÑANA, *Tratado de derecho procesal canónico*, Madrid, 2001; S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid, 1999. In taluni casi può essere più incisivo del modesto riferimento che compiremo nel successivo capoverso del testo.

54 *Supra* nt. 8 e 9.

Ovviamente la mancata previsione, per così dire, “programmatica” non significa affatto refrattarietà o impermeabilità al fattore considerato e non ne esclude un qualche riferimento nel corso dell’esplicazione della disciplina, soprattutto in riferimento alla configurazione della potestà giudiziaria ed all’esplicazione della funzione di giustizia ecclesiale, ad ogni modo la mancata tematizzazione della questione natural-teologica sottostante ci pare rappresenti, da un punto di vista formativo e metodologico, un serio limite che può influire negativamente sull’adeguazione del giudizio alla verità oggettiva delle *res iustae*. Riteniamo ad esempio sminuente circoscrivere la peculiarità del processo canonico solo ai profili potestativi ed organizzatori, senza ricomprendere pure i principi, i valori e le modalità di accertamento e realizzazione del giusto.

Venendo poi alla dottrina che compie un’*esplicita considerazione del diritto divino* nell’impostazione della materia processuale, l’apprezzamento per l’approccio non può sottacere una forse eccessiva rapidità nell’esame e una scarsa incidenza pratica del ragionamento⁵⁵. La trattazione sembra dettata più da un motivo (estrinseco) di rigore e di completezza dottrinale che da un’esigenza (intrinseca) di penetrazione della logica dell’istituto: non è possibile d’altronde pensare alla realtà del diritto nella Chiesa senza menzionare la sua origine divina: «Si può quindi, a buon diritto, parlare di un principio costituzionale proprio della struttura portante della Chiesa, che affonda le sue radici nel diritto divino»⁵⁶. In genere, la presentazione della questione si limita esclusivamente alla giustificazione della potestà giudiziaria e della modalità di esercizio della funzione giurisdicente, senza una ricerca “inclusiva” dello *specificum* del giudizio canonico⁵⁷. Si nota,

⁵⁵ Cf ad es. ARROBA, *Diritto processuale canonico*, cit., 26-27; P.A. BONNET, *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell’uomo*, cit., 14-19; P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna 1995, 7-10. Benché il semplice dato quantitativo non sia in sé troppo affidabile e qualificante, può essere però indicativo e rappresentativo dell’atteggiamento dell’Autore: il numero molto contenuto di pagine dedicate al tema, specie se rapportato alla discreta corposità delle rispettive opere, non pare evidenziarne troppo l’importanza e la pregnanza.

⁵⁶ MONETA, *op. cit.*, 10.

⁵⁷ Mentre per Moneta, a fronte della più chiara enucleazione della questione, è abbastanza evidente il limite derivante dal taglio e dall’intento descritto, negli altri due casi ci pare che le argomentazioni svolte potrebbero tranquillamente essere estese al

btcags

inoltre, talora una preoccupazione più "difensiva" che costruttiva, volta quasi ad attenuare e moderare l'incidenza effettuale del *ius divinum* nel processo⁵⁸. La menzione esplicita del fondamento soprannaturale nell'epigrafe di qualche paragrafo o nell'indice analitico⁵⁹ dei testi citati non equivale quindi ad una profonda percezione della natura e dell'essenza del dato, soprattutto là dove è limitata ad un riconoscimento iniziale che non trova implicazioni e derivazioni significative nel corpo dell'esposizione. A prescindere dalle riserve nel merito delle singole osservazioni⁶⁰, permane dunque la sensazione di una certa *scollatura e divario tra l'impostazione teoretica della questione ed il successivo sviluppo argomentativo*; si può notare inoltre l'assenza di un'originale e autonoma teoria dell'azione, svincolata dal pedissequo riferimento all'elemento normativo⁶¹. Anche da un punto di vista metodologico, pare viceversa

diritto canonico in generale e mancano di un'autonoma validità *ratione materiae*.

58 Arroba sottolinea, con la storicità e fallibilità delle istituzioni e delle regole, la collaborazione dei fedeli al discernimento circa «la positivizzazione e formalizzazione legale più concorde col Vangelo» (*op. cit.*, 26) ed i bisogni e la volontà dei fedeli nella conformazione del diritto ecclesiale (ivi, 27). Bonnet (*op. loc. cit.*), centrando la sua attenzione sull'interpretazione, evidenzia l'immane soggettività, storicità e mediazione culturale del processo ermeneutico che determinano una congenita variabilità spaziale (diversità) e temporale (discontinuità) dello stesso *ius divinum*. Benché tali concetti avulsi dal contesto dell'argomentazione rischiano di essere banalizzati e privati della loro effettiva rispondenza al pensiero dell'Autore, sembra trasparire un atteggiamento piuttosto limitativo e relativizzante dell'assolutezza e immutabilità del dato.

59 La voce "diritto divino" è riportata, ad esempio, nell'indice analitico di Bonnet (*op. cit.*, 550-551), con interessanti e stimolanti puntualizzazioni (diritto divino come interpretativa chiave, come diritto insito nel fatto, come verità delle cose).

60 Fermo restando la precisazione di cui sopra (nt. 58 in fine), destano, ad esempio qualche perplessità espressioni del tipo: «Non si può dire che il diritto canonico sia manifestazione della volontà divina, ma uno strumento creato dalla Chiesa per essere fedele a tale volontà nel divenire storico e nelle situazioni personali» (ARROBA, *op. cit.*, 27); «Punto di riferimento per ogni interpretazione non può che essere l'uomo, dal momento che non è possibile concepire alcuna comprensione che si ponga "oggettivamente" al di fuori del soggetto intelligente» (BONNET, *op. cit.*, 15). L'esaltazione della concezione strumentale, della dimensione normativa e soggettiva o l'approccio eclettico (MONETA, *op. loc. cit.*) rischiano di mettere in ombra l'autentica consistenza realistica (concreta, oggettiva e razionale) del giusto.

61 In parziale controtendenza appaiono C. de Diego-Lora - R. Rodríguez-Ocaña che dedicano una discreta attenzione alla teoria dell'azione (*op. cit.*, 47-107). La complessità

molto fruttuoso e promettente un corroboramento della ricostruzione della *missio iudicialis Ecclesiae* di alto profilo e di ampia portata **62**.

Pur riconoscendo i discreti risultati pratici assicurati dalla rigorosa applicazione dell'apparato normativo vigente, il riscontro non troppo lusinghiero dell'interesse finora dimostrato per la conformazione giusdivina dell'istituto processuale può consigliare una maggior enucleazione della radice soprannaturale (e quindi anche naturale) del *iudicium in Ecclesia* ed un perfezionamento della strada additata dai Padri conciliari per la rivisitazione della scienza canonica **63**.

5. L'OPPORTUNITÀ DI AGGIORNARE IL PARADIGMA SCIENTIFICO DI RIFERIMENTO

Una sorta di conclusione dell'indagine non può che essere parziale ed interlocutoria e, soprattutto, piuttosto approssimativa **64**. Lo scopo d'altronde non è quello di fissare un punto fermo o consolidare un sistema di pensiero alternativo, bensì di definire una traiettoria o una linea di studio da esplorare, avvalorando una propensione più epistemologico-teoretica che pratico-congiunturale. La questione della rilevanza del diritto divino riguarda infatti *l'essenza e la ragion d'essere della scienza processualistica canonica*.

L'*idea di fondo* che sottende l'intero lavoro è costituita dalla ricerca di un'*equidistanza tra la supervalutazione e la svalutazione del fattore considerato* nella ferma convinzione che non è tanto l'abbondanza o la scarsità quantitativa del ricorso al diritto divino quanto l'arricchimento o l'impovertimento qualitativo della realtà data (non si tratta pertanto di una

tecnica e la notevole dipendenza civilistica riducono però in parte l'efficacia della prospettazione.

62 Ricordava espressamente Giovanni Paolo II nel suo primo Discorso alla Rota Romana: «Ma il compito della Chiesa, e il merito storico di essa, di proclamare e difendere in ogni luogo e in ogni tempo i diritti fondamentali dell'uomo non la esime, anzi la obbliga ad essere davanti al mondo "speculum iustitiae". La Chiesa ha al riguardo una propria e specifica responsabilità» («AAS», 71 [1979], 423).

63 Cf *supra* nt. 50.

64 Naturalmente il rinvio a LLOBELL - DEL POZZO, *Diritto processuale canonico*, cit., in fase di ultimazione, tradisce l'esigenza di una rivisitazione in maniera organica della materia da una prospettiva più ampia e palese, da un canto, un obbligato referente logico, dall'altro, la difficoltà di esporre compiutamente e sinteticamente un percorso intellettuale piuttosto complesso e ancora largamente *in itinere*.

"categoria" mentale) a influire sulla corretta apprensione e realizzazione del giusto ecclesiale⁶⁵. Il giusto processo quale entità massimamente giuridica non fa quindi eccezione alla sensazione di un più generale smarrimento della matrice ontologica del fatto di diritto⁶⁶. Ci pare dunque che una concezione prudenzialmente equilibrata e ponderata debba assumere una posizione intermedia tra il "minimalismo" della teoria ordinamentale ed il "massimalismo" dell'impostazione teologicizzante. Il diritto processuale canonico non è un prodotto del pluralismo regolamentativo o una semplice variante ordinamentale nell'amministrazione della giustizia come suppone il normativismo statalista; non è peraltro neppure, come prefigurato da alcune radicalizzazioni della scuola teologica, un'espressione dell'"uso alternativo del diritto" rispetto alla tradizione canonica (supposta) di stampo giusnaturalistico⁶⁷. Si tratta di un sistema di tutela continuo,

⁶⁵ In altro contesto (a proposito della dimensione giuridica della liturgia) abbiamo cercato di spiegare che non è il "troppo" diritto (l'eccesso del fattore giuridico), ma il "cattivo" diritto (una concezione equivoca e fuorviante della dimensione di giustizia di tipo formalista e legalista) il vero nemico dell'integrità del patrimonio cristiano (*La dimensione giuridica della liturgia. Saggi su ciò che è giusto nella celebrazione del mistero pasquale*, Milano 2008, pp. 169-180). Un discorso analogo, fermo restando la fondamentazione naturale dell'istituto, può essere svolto a proposito dell'ecclesialità del processo.

⁶⁶ Cf HERVADA, *Pensieri di un canonista nell'ora presente*, cit., 9-26; Id., *Coloquios popedéuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona 2002², 13-21 (Cap. 1. *Tres vicios del canonista*).

⁶⁷ Emblematica al riguardo anche per l'oggetto della relazione è la posizione di E. Corecco: «La costruzione sistematica del diritto formale canonico è perciò ultimamente fittizia e ingannevole, perché non corrisponde alla natura del diritto sostantivo. Le ragioni di questo equivoco sistematico sono profonde e riducibili al fatto che il legislatore ha affrontato l'opera della codificazione in modo dualistico, servendosi di due principi epistemologici diversi e alternativi: quello della ragione filosofica e giuridica, (...), e quello della fede (...). In effetti, se nella nuova codificazione fosse stata presa sul serio l'indicazione metodologica data dal Concilio, nel Decreto *Optatam totius* 16, 4, in cui si erige come criterio per l'insegnamento del diritto canonico il riferimento al mistero della Chiesa, la revisione del diritto canonico avrebbe dovuto seguire come unico criterio epistemologico quello della fede, cioè il criterio teologico, sacrificando definitivamente quello puramente giusnaturalistico (...) che implica il sacrificio del presupposto tommasiano secondo cui anche la legge canonica è una *ordinatio rationis* invece di una *ordinatio fidei*» (*La sentenza nell'ordinamento canonico*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova 1988, 269-270). Riguardo alla posizione di quest'Autore btcags

interdipendente e convergente rispetto al modello secolare e ciò non di meno profondamente innovativo e potenzialmente più elevato. La connessione e la sinergia con la scienza processualistica civile non significa però appiattimento ed omologazione culturale e men che mai dipendenza e subalternità concettuale. La possibile linea di superamento non è rappresentata allora dalla sofisticazione delle tecniche e dei criteri, ma dalla diretta assunzione dell'orizzonte ultimo di senso e di valore del reale e della dimensione integrale della persona. La fusione armonica di giustizia e carità che altrove è una meta o un miraggio nella Chiesa è un "imperativo categorico" iscritto nel suo dover essere salvifico⁶⁸.

In pratica, la branca processual-canonica utilizza un armamentario e una "teoria generale" (nozioni, tecniche e principi di concettualizzazione) molto vicina ai modelli civilistici, ma possiede una "teoria fondamentale" propria e originale legata alla sua matrice soprannaturale. La condivisione dell'apparato tecnico-strumentale non deve sottacere la reciproca mutuazione civil-canonica connessa alla sequenzialità dello sviluppo storico dell'esperienza giuridica universale e misconoscere le obiettive differenze di impostazione e di configurazione della materia. Occorre peraltro ribadire che i tratti e gli elementi concettuali comuni prevalgono largamente sulle discontinuità e sulle divergenze. La comunanza dei meccanismi tecnici, delle espressioni e delle manifestazioni della giuridicità naturale-soprannaturale non deve comunque mai far perdere di vista i veri principi ispiratori e le cause ultime del sistema. Limitare l'osservazione scientifica al dato fenomenico e contingente significherebbe infatti tarpare la realtà di un importante settore di conoscenza e di ricerca dei valori del giusto; nonostante l'immediata operatività della prudenzialità giurisprudenziale a livello casuistico è necessario pertanto aver *piena coscienza dell'esistenza di un piano ulteriore e di un livello di influenza più radicale*. La floridezza e la fecondità dell'albero della giustizia dipende normalmente dalla profondità del grado di penetrazione delle radici e dalla salubrità del terreno

cf anche ERRÁZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, cit., 69-75.

⁶⁸ Cf R. PIZZORNI, *Giustizia e carità*, Roma 1980. L'A. a proposito dell'ordinamento ecclesiale, senza negare il valore della giustizia («La carità senza la giustizia è un'ipocrisia, la giustizia senza la carità è un corpo senz'anima» [253]) risolve il rapporto *caritas-ius* nella congiunzione "amore e diritto" anziché nella disgiunzione "amore o diritto" (250-267).

circostante⁶⁹. Fuor di metafora, la radicalità salvifica dell'amore per la verità impedisce di ridurre il processo ad un mero supporto tecnico per assicurare l'effettività della protezione di spettanze *aliunde* determinate privo di un'autonoma valenza realizzativa del bene comune e di una precisa consistenza attributiva del dovuto. L'accessibilità e fruibilità del *iudicium* è sempre un'autentica garanzia di civiltà da distribuire e da diffondere. La linfa vitale da cui tutta la *lex gratiae* trae nutrimento poi è costituita indubbiamente dalla carità che alimenta quelle direttive di pastoralità, di istituzionalità e di defatigabilità che animano tutto il sistema giudiziario canonico e gli conferiscono la sua peculiare fisionomia.

L'influenza del *ius divinum* nel processo canonico riproduce dunque la verità, la realtà e la sostanzialità della sacramentalità radicale della Chiesa in tutte le esplicazioni della sua multiforme azione (l'utilizzazione di mezzi umani al servizio dell'applicazione dei meriti della redenzione). Abbiamo già espresso le implicazioni di quest'ordine di considerazioni in termini di *ricezione dell'intrinseca razionalità dello strumento giudiziale*, di *materialità dell'attribuzione del dovuto* e di *potenziamento trascendentale del giusto processo nella comunità credente* (*supra* § 2). Interessa solo ribadire che la logica della rivelazione non è per nulla avulsa dall'elemento razionale: non solo rispetta la bontà della creazione, ma si conforma in tutta la sua esplicazione allo statuto della persona. La *rationabilitas* diviene dunque il cardine non della mera compatibilità, ma della concreta rispondenza del mandato al volere di Dio e della sua corretta individuazione ed applicazione⁷⁰. Il realismo del fenomeno giuridico è il fondamento più

⁶⁹ A proposito della riforma liturgica, Giovanni Paolo II ricorreva ad una felice metafora additante una lungimirante indicazione che ci pare estensibile in generale anche alla giuridicità ecclesiale: «Il grano fu seminato: esso ha conosciuto il rigore dell'inverno, ma il seme ha germogliato, è divenuto un albero. Si tratta, in effetti, della crescita organica di un albero tanto più vigoroso, quanto più profondamente spinge le radici nel terreno della Tradizione» (lett. ap. «*Vicesimus quintus annus*», 4 dicembre 1988, «AAS» 81 [1989], 918). La penetrazione sempre più profonda nel fertile terreno della tradizione canonica classica è la miglior garanzia di radicazione anche dell'albero della giustizia.

⁷⁰ «La *rationabilitas* richiede: a) la conformità delle decisioni di governo col messaggio evangelico (...) ed in special modo col diritto divino; b) il realismo, ovvero l'adeguamento delle decisioni alle situazioni reali» (J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, 253). Cf anche R. COPPOLA, *Diritto divino e «rationabilitas» della* btcags

sicuro dell'oggettività che connota la funzione giudiziale⁷¹. Il riferimento alla dimensione relazionale di doverosità della cosa implica non solo la costante presenza e illuminazione del diritto divino *in rebus spiritualibus et spiritualibus adnexis* (cf can. 1401) *rationae materiae*, ma anche la vincolatività e la stringenza del debito imposta dal *bonum salutis* stesso. In campo processuale, la prevalenza dell'attribuzione della spettanza sul riconoscimento della titolarità costituisce d'altronde un sicuro antidoto antiformalista che agevola l'ermeneutica del dettato codiciale ed evita un pedissequo attaccamento alla lettera della legge⁷². Il processo canonico quindi – per dirla con Pompedda – è essenzialmente legge di carità e non legalismo⁷³. Per quanto concerne infine l'incremento ed il perfezionamento del mezzo giudiziale derivante dall'inserimento nella *communio fidelium*, da un canto, la solidarietà del popolo di Dio (fraternità) è garanzia di cura e di benevolenza e spinta ad affinare la correttezza e la fedeltà al metodo dialettico, dall'altro, l'organica e univoca cooperazione dei membri all'edificazione del Corpo di Cristo conferiscono un effetto moltiplicatore all'accertamento della verità (concezione istituzionale del processo canonico⁷⁴). Il valore aggiunto soprannaturale non si limita dunque ai profili assiologici o deontologici del *modus procedendi*, ma involge la ricchezza del contenuto e la pienezza della realizzazione dell'ordine sociale giusto.

legislazione ecclesiastica, in A. FILIPPONIO e R. COPPOLA (a cura di), *Diritto divino e legislazione umana*, Torino, 1998, 243-269.

⁷¹ Cf J. MIRAS - J. CANOSA - E. BAURA, *Compendio di diritto amministrativo canonico*, Roma 2007, 29.

⁷² La *Dignitas connubii* stessa, richiamandosi al magistero pontificio, individua nel formalismo uno dei principali ostacoli alla piena attuazione della verità sul matrimonio: «In considerazione peraltro della natura specifica di questo processo, deve essere evitato con particolare cura, da un lato il formalismo giuridico, come del tutto estraneo allo spirito delle leggi della Chiesa, dall'altro lato quel modo di agire che indulge a un eccessivo soggettivismo nell'interpretazione e nell'applicazione tanto delle norme di diritto sostantivo che di quelle processuali (Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzioni agli Uditori della Rota Romana*, 22 genn. 1996, in AAS 88 [1996] 774-75, e 17 genn.1998, in AAS 90 [1998], 783-785)» (*Proemio*).

⁷³ L'espressione richiama il titolo ed il contenuto del suo contributo (*Il processo canonico di nullità di matrimonio: legalismo o legge di carità?*, cit.).

⁷⁴ Cf Pio XII, *Discorso alla Rota Romana*, 2 ottobre 1944, «AAS», 36 (1944), 281-290.

La sensazione di cripticità, di osticità e di tumultuosità che traspare dai presenti spunti evidenzia l'assenza (nella percezione prima che nell'attuazione) di una valida, diffusa e condivisa teoria fondamentale del processo canonico. Valga come parziale attenuante che non si può certo attendere il rigoglio della pianta e la copiosità dei frutti nella fase della semina o nel dissodamento del terreno⁷⁵.

75 Un illustre civilista ben indicava la differenza di compiti che si dischiude ai giuristi nelle diverse epoche storiche: «È fortunata la generazione che non è condannata alla condizione del giardiniere che ritocca per la millesima volta le aiuole alle quali dedica la sua cura vigile e costante, ma piuttosto ha il privilegio di dover trasformare in giardino una sterpaglia; e così dovrà sconvolgere la terra e duramente lavorare e faticare prima di vedere la propria opera compiuta» (S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Grammatica e diritto*, Milano 1978, 174).