

In J.I. ARRIETA (a cura di), *Ius divinum. Atti del XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico (Venezia 17-21 settembre 2008)*, coord. C.-M. Fabris, Venezia 2010, p. 501-512

Il diritto divino come limite al rinvio normativo nell'ordinamento canonico

Jesús MIÑAMBRES

Pontificia Università della Santa Croce

Fra le attività che più frequentemente manifestano la intrinseca giuridicità delle società umane vi è la contrattazione, vale a dire la capacità dei soggetti giuridici di creare obbligazioni su cose, attività, ecc. che assegnano ad altri soggetti titoli su di esse. Per ragioni di diverso tipo, note a tutti i cultori del diritto (omogeneizzazione delle prescrizioni con altri ordinamenti, adeguamento alle diverse circostanze locali dei differenti posti, la c.d. "economia" normativa, ecc.), il legislatore canonico ha scelto di assumere in materia contrattuale le norme di altri ordinamenti come se fossero proprie, adoperando la tecnica del rinvio normativo. Nella norma di rinvio, il can. 1290 avverte che le norme civili saranno applicabili alla materia dei contratti e dei pagamenti in ambito canonico *quatenus iuri divino non sint contrariae et nisi aliud iure canonico caveatur*. L'espressione legale, che riprende quella già presente nel can. 1529 del Codice del 1917, è stata poi ripresa anche dal can. 22 del Codice di diritto canonico del 1983 (e anche nel can. 1504 del Codice dei canoni delle Chiese orientali) per applicarla ad ogni fattispecie di rinvio nell'ordinamento canonico e non soltanto ai contratti e ai pagamenti. Negli anni vi è stato un dibattito (per la verità, più "teorico" che "pratico", più fra gli scrittori di diritto canonico che fra i giudici¹) su questo

¹ Abbiamo studiato l'uso del rinvio normativo nella giurisprudenza della Rota romana precedente la promulgazione del Codice latino in *Il rinvio legislativo nelle decisioni della Rota: antecedenti giurisprudenziali del can. 22*, «Apollinaris» 68 (1995) 171-182. Dopo il 1983 le menzioni del rinvio normativo nella giurisprudenza rotale sono poche, alcune applicano ancora le norme del Codice del 1917, e non riescono a costruire schemi omogenei di ermeneutica normativa (sorprende che alcune sentenze relative a dei contratti non applichino il rinvio: cfr. c. Faltin, 7.XI.1990, «RRDS» 82 [1990] 766-773). Cfr. c. Pompedda, 17.III.1986, «RRDS» 78 (1986) 180-183; c. Palestro, 15.VI.1988, «RRDS» 80 (1988) 400-414; c. Pompedda, 29.V.1989, «RRDS» 81 (1989) 389-400; c. Palestro, 23.X.1991, «RRDS» 83 (1991) 622-669; c. Faltin, 9.II.1996, «RRDS» 88 (1996) 105.115; c. Pinto, 26.III.1999,

argomento, in particolare sull'operatività limitativa del diritto divino all'interno dell'ordinamento canonico. Non possiamo non riferirci in questa sede a chi ha intitolato un paragrafo di un suo articolo: *Inadeguatezza dell'idea del diritto divino come limite del diritto umano*².

1. Funzione “educativa” della menzione del diritto divino fra i limiti al rinvio normativo

Anche se, come cercheremo di spiegare, in sostanza condividiamo le perplessità del prof. Lo Castro sull'adeguatezza del diritto divino alla funzione di limite, ci preme tuttavia sottolineare l'utilità “politica” (*ad extra*) e “pastorale” (*ad intra*) che tale enunciazione possa avere come “dichiarazione di principio”: l'ordinamento canonico non può recepire nulla che si opponga al diritto divino; come in purità non lo potrebbe nessun altro diritto umano. Questa “dichiarazione” della limitazione imposta dal diritto divino e raccolta dal legislatore nei canoni sul rinvio normativo esprime anche la funzione “educativa” delle leggi. Se tralasciamo le ragioni “storiche” che hanno indotto alla redazione stessa del can 22³, e se vogliamo trovare una spiegazione più “essenziale” del suo contenuto, la funzione “educativa” è probabilmente la miglior giustificazione della presenza del diritto divino come limite al rinvio. Giustificazione molto utile in quanto riesce a spiegare una caratteristica essenziale del diritto canonico e di ogni altro diritto umano. Adesso, però, bisogna concentrare l'attenzione su una delle manifestazioni legali del diritto divino nella Chiesa, vale a dire sul suo uso come limite al rinvio normativo, specialmente in materia contrattuale, per comprendere quanto sia adeguato o inadeguato a svolgere tale funzione.

«RRDS» 91 (1999) 222-231; c. Faltin, 1.VI.1999, «RRDS» 91 (1999) 431-437.

² G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino*, «Ius Ecclesiae» 8 (1996) 457.

³ Ciprotti spiegava in questi termini la redazione del canone: «Nello Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium seu de processibus, del 1976, un canone enunciava tali limiti relativamente alla materia della novi operis nuntiatio, all'actio de damno infecto e al risarcimento del danno cagionato senza colpa; nella riunione dei consultori del 24 ottobre 1978 suggerii di formulare il canone in modo più generale, per comprendere tutti i casi di canonizzazione della legge civile, e di trasportarlo nel libro I» (P. CIPROTTI, *Le "leggi civili" nel nuovo Codice di diritto canonico*, in AA.VV., *Il nuovo Codice di diritto canonico, novità, motivazione, significato*, Roma 1983, p. 532, nota 19).

2. “Integrazione” del diritto divino nei diritti umani

Da un certo punto di vista, l'idea dell'inadeguatezza del diritto divino come limite del diritto umano potrebbe essere espressa anche come universalità della funzione limitativa del diritto divino. Certamente, se diritto divino è la giustizia di Dio non si può spiegare in termini esclusivamente negativi, di limitazione: ciò esprimerebbe un concetto inadeguato di divinità, come sottolinea il professore Lo Castro. Nello stesso tempo, tuttavia, se la creazione è capace di manifestare il Creatore, lo è anche perché riesce a esprimere la limitazione della creatura e la trascendenza di Dio. In questo senso, le limitazioni insite nell'attività creaturale manifestano in qualche modo Dio. E perciò ci sembra che la limitazione che la giustizia divina impone ad ogni diritto umano sia un modo di esprimere le potenzialità positive della giuridicità: lo ius umano partecipa in qualche modo (in modo limitato) a ciò che in Dio è perfetta giustizia. È quello che lo stesso professore catanese asserisce quando scrive che «il diritto umano avulso da Dio in realtà non è diritto; (...) vi è un solo diritto, come vi è una sola giustizia, e tanto più tale diritto, tale giustizia, sono diritto e giustizia, quanto più essi sanno di divinità»⁴.

L'esperienza da docente dimostra la difficoltà e la convenienza della tendenza ad integrare diritto divino e diritti umani. Così, ad esempio, quando si parla del limite imposto dal legislatore nel can. 22 alla ricezione di norme contrarie al diritto divino si scorge spesso un'accondiscendenza da parte dell'uditorio: come potrebbe l'ordinamento della Chiesa accogliere un contenuto contrario alla legge di Dio? Talvolta si ha la sensazione (se non la certezza) che tale considerazione spontanea non si riscontrerebbe se ci si riferisse, ad esempio, all'ordinamento italiano; come se al legislatore statale fosse permesso — o anche doveroso in determinate circostanze — emanare norme contrarie al diritto divino. Ora, se il diritto divino è diritto, lo è perché fa riferimento alla giustizia (come d'altronde anche il diritto umano è diritto per relazione alla giustizia e al giusto). Quindi, una norma contraria al diritto divino è, per definizione, una norma ingiusta perché è contraria alla giustizia, al giusto dovuto nelle circostanze che prende in considerazione nella sua fattispecie. Ma a nessuno è permesso comandare l'ingiustizia (se si esclude al dittatore iniquo, che dovrà adoperare la forza, non il diritto). Quindi, la limitazione alla legislazione che proviene dal diritto divino — se la si vuole “leggere” come limitazione — non è una limitazione

⁴ G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino*, cit., p. 447.

“ecclesiastica”, ma una limitazione “giuridica”, non è l’espressione di un potere esterno che esprime la sua forza attraverso comandi normativi, ma è piuttosto un’esigenza intrinseca della “verità” della formulazione di legge⁵. È dunque necessario che ogni legge, da qualunque legislatore sia emanata, rispetti il diritto divino perché possa essere giusta. La limitazione alla produzione normativa proveniente dal diritto divino è universale: non è possibile redigere una vera legge che contraddica in qualche modo il diritto divino.

3. I canonisti di fronte al diritto divino: alcune posizioni dottrinali del ventesimo secolo

Quanto appena detto ci sembra imprescindibile per meglio comprendere la funzione generale del diritto divino nella produzione normativa e, in particolare, nel rinvio ad altri ordinamenti. Ma è inoltre necessario capire se e come tali ragionamenti siano trasmessi dalla dottrina e dalla legislazione canoniche. È conveniente, perciò, rivedere almeno quelle posizioni dottrinali che hanno riscosso maggiore successo tra i canonisti nel corso del ventesimo secolo⁶.

In primo luogo, occorre rilevare come buona parte della dottrina dei primi decenni del secolo scorso abbia trasmesso un’idea di separazione tra lo *ius divinum* e l’ordinamento canonico⁷: due ordini “giuridici” diversi, due sistemi separati che si toccano soltanto in alcune occasioni (ad esempio, quando il legislatore raccoglie esplicitamente nella sua legge un enunciato della legge divina), ma rimangono separati. In realtà, il diritto divino è concepito da questi autori principalmente come

⁵ Molte volte la difficoltà di comprendere questa esigenza radicale di giustizia della norma, di ogni norma, non dipende da una posizione ideologica sul Diritto (o su Dio o sulla Chiesa), ma dall’identificazione della “realtà giuridica” con il “sistema giuridico”, come ha osservato Errázuriz a proposito del diritto canonico, prendendo il “sistema” per l’essenza del diritto (cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000, p. 210).

⁶ Per un riassunto comparativo, cfr., ad es, J. FORNÉS, *Derecho divino y derecho humano en el ordenamiento canónico*, in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Condorelli*, I, 2, Milano 1988, p. 657-701. In modo più sintetico, G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino*, cit., p. 429-432. Con spunti critici, S. BERLINGÒ, *Diritto divino e diritto umano nella Chiesa*, in AA.VV., *Diritto 'per valori' e ordinamento costituzionale della Chiesa*, (Giornate canonistiche di studio - Venezia, 6-7 giugno 1994) Torino 1996, p. 88-100 (pubblicato anche in «Il diritto ecclesiastico» 106 [1995] I, 35-65).

⁷ Cfr. G. MICHIELS, *Normae generales Juris canonici, Commentarius Libri I Codicis Juris Canonici*, I, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, p. 207-211; A. VAN HOVE, *Prolegomena, Mechliniae - Romae* 1945 (editio altera auctior et emendatior), p. 42; F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, I (3^a ed.), Prati 1913, p. 94-102; ecc.

comando, regola, o norma. Ma questa norma è pensata più come un presupposto morale della legge umana (civile o canonica che sia) che come vero e proprio comando giuridico.

Parte della dottrina italiana, sulle tracce della proposta di Del Giudice⁸, seguendo sostanzialmente la dottrina della separazione ma integrata da nuovi elementi, ritiene che il diritto divino sia veramente “giuridico” soltanto quando viene dato e garantito come un comando giuridico immediato dall’organo istituzionale che detiene la potestà legislativa, cioè quando viene “canonizzato”, reso canonico dal legislatore ecclesiastico. Lo *ius divinum* non “canonizzato” non ha valenza giuridica, ma soltanto morale⁹. Anche in questa corrente di pensiero, il diritto divino è spogliato della sua giuridicità, non è più diritto, anche se lo si continui a chiamare così.

Hervada cerca l’unità dell’ordinamento canonico e ritiene che esso venga “composto” con elementi di diritto divino e di diritto umano. La necessità di tale ricerca dell’unità nella congiunzione dei vari elementi deriva da un duplice ordine di motivi: da una parte, il potere legislativo umano (canonico) trae origine dalle norme costituzionali divine; dall’altra, i rapporti sociali all’interno del Popolo di Dio hanno un’esigenza di giustizia unica, che i diversi organi individuano nei loro ambiti di attuazione, ma che non possono originare soluzioni diverse, alcune secondo il diritto umano ed altre secondo quello divino. Quindi, per Hervada, diritto divino e diritto umano costituiscono un unico sistema, nel quale lo *ius divinum* agisce da legge fondamentale, base necessaria e limite dello *ius humanum*, dando origine quindi ad espressioni giuridiche gerarchizzate¹⁰. Così, secondo questo autore, «la expresión

⁸ Cfr. *Canonizatio*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV, Padova 1940, p. 226 ss.

⁹ A questo punto conviene fare un breve *excursus* per ricordare come il termine “canonizzazione” è adoperato con significati diversi a seconda dei contesti. Il chiarimento riguarda tre possibili modi di intendere il termine. Quando si parla, ad esempio, delle cause dei santi, la “canonizzazione” indica la cerimonia finale di tutto l’*iter* d’indagine sulla vita della persona che viene dichiarata santa e proposta come modello di vita cristiana ai fedeli. Nel contesto della considerazione generale del diritto divino, che qui stiamo sintetizzando, il termine “canonizzazione” è adoperato da Del Giudice e altri autori per esprimere l’assunzione da parte della legge canonica di contenuti di diritto divino. Infine, com’è noto, lo stesso termine è usato anche per fare riferimento ad uno dei modi in cui la legge “civile” può essere richiamata dall’ordinamento canonico, il rinvio ricettizio.

¹⁰ Hervada aggiunge poi la nozione di *positivazione*, consistente nel “paso a la vigencia histórica [della legge divina] por la toma de conciencia eclesial de su contenido concreto”, e ancora il concetto di *formalizzazione* del diritto divino, vale a dire, la “tecnificación de los distintos factores y elementos que integran el Derecho, mediante el recurso de darles una forma (...), atribuirles una precisa eficacia, en sí mismos y en relación con los demás, prever los elementos técnicos para realizar y garantizar su eficacia, establecer los requisitos y condiciones para que sean válidos o eficaces, etc.” (J. HERVADA - P. LOMBARDÍA, *El derecho del Pueblo de Dios*, I, Pamplona 1970, p. 53-54).

Derecho divino no significa otra cosa que aquellos aspectos de la voluntad fundacional de Cristo y del designio divino acerca de la Iglesia, que tienen consecuencias relacionables con lo que en el lenguaje propio de los hombres llamamos Derecho»¹¹.

Altri autori sembrano muoversi lungo la stessa linea, almeno per quanto riguarda la considerazione del diritto divino come vero diritto e come integratore dell'ordine giuridico ecclesiale, e non come una mera indicazione morale e, perciò metagiuridica¹². Particolarmente illuminante a questo proposito è la dottrina del "realismo" di Errázuriz, che parte dalla distinzione tra legge e diritto e concentra l'attenzione sulla giusta integrazione del divino e dell'umano nell'esperienza giuridica¹³.

Occorre riconoscere che questa interpretazione "unificante" dei rapporti tra diritto umano e diritto divino nell'ordinamento canonico soddisfa molte delle aspirazioni alla giustizia che muovono in fondo alla domanda circa la loro possibile integrazione. In effetti, soltanto se il diritto divino è diritto, e soltanto se questo diritto integra l'ordinamento (le leggi, ma anche le decisioni giurisprudenziali, gli atti di governo, ecc.) l'aspirazione ad una giustizia stabile, alla vera giustizia, potrà essere soddisfatta: Dio e gli uomini concordano nella considerazione del diritto in esame¹⁴.

4. L'esplicitazione del limite del diritto divino nel rinvio normativo: rilievi critici

Ma torniamo alla funzione limitativa del diritto divino nell'ordinamento canonico e, più concretamente, nella remissione normativa ad altri diritti, cioè nel contenuto degli enunciati normativi dei canoni 1290 e 22. Se si concorda con la concezione «unitaria» dell'ordinamento (diritto divino e diritto umano integrano l'ordinamento), la funzione di limite del diritto divino è costituzionalmente necessaria, in modo tale

Cfr. anche P. VILADRICH, *El "ius divinum" como criterio de autenticidad en el derecho de la Iglesia* in AA.VV., *La norma en el derecho canónico*, II, Pamplona 1979, p. 25-78.

¹¹ J. HERVADA - P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, I, cit., p. 46.

¹² Oltre al lavoro più volte citato di Lo Castro, cfr., ad es., V. DE PAOLIS - A. MONTAN, in *Il diritto nel mistero della Chiesa*, I (2ª ed.), Roma 1986, p. 273; G. BONI, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la "canonizatio legum civilium"*, Milano 1998, p. 291; R. SOBANSKI, *Immutabilità e storicità del diritto della Chiesa: diritto divino e diritto umano*, «Ius Ecclesiae» 9 (1997) 31-34; S. BERLINGÒ, *Diritto divino e diritto umano nella Chiesa*, cit., 100-106.

¹³ Cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, cit., p. 214 e 221-223.

¹⁴ In questo senso, Errázuriz propone di parlare di «componenti divine ed umane del diritto, anziché di diritto divino e diritto umano» (C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, cit., p. 223).

che la sua ripetizione nel legiferare sulle concrete istituzioni (per quanto ci riguarda adesso, sul rinvio normativo) sarebbe ridondante¹⁵.

Nel caso specifico del can. 22, l'aggiunta della postilla *nisi aliud iure canonico caveatur* non farebbe altro che ribadire ulteriormente lo stesso concetto. Se il diritto divino integra l'ordinamento canonico è chiaro che ogni volta che una "pretesa" norma richiamata dal rinvio normativo porti un contenuto contrario allo *ius divinum*, tale contenuto sarà contrario anche al "diritto canonico": l'ordinamento canonico in quel caso prevede sicuramente altro.

Come vedevamo sopra, l'espressa indicazione del diritto divino come limite al rinvio è facilmente giustificabile dal punto di vista "educativo" o "politico" o "pastorale". In effetti, la funzione limitativa generale del diritto divino per ogni norma umana, nonché la valenza costituzionale che lo stesso diritto divino ha nell'ordinamento canonico concorrono a fondare la convenienza "politica" di ribadire le sue funzioni in alcuni passi delle norme canoniche, soprattutto in quelli che riguardano la produzione normativa stessa; e ciò accade principalmente, quando il contenuto di dette norme viene stabilito da un altro legislatore, giacché, come segnalava Ciprotti, non si può escludere *a priori* che per la materia per la quale si fa il rinvio, possano esistere "norme" civili contrarie al diritto divino¹⁶. Da questo punto di vista, cioè come dichiarazione esplicita della necessaria integrazione del diritto divino nell'ordinamento canonico, il can. 22 costituisce uno dei punti più adatti del Codice di diritto canonico (la stessa cosa vale per il can. 1504 del CCEO) per ribadire per iscritto le sue funzioni. La ripetizione delle limitazioni già contenute nel can. 22 in altre norme codiciali (come ad esempio il can. 1290 sui contratti e i pagamenti) non può trovare la stessa giustificazione¹⁷. In termini di stretta coerenza codiciale sarebbe stato preferibile un richiamo al can. 22, anziché ribadire le limitazioni in modo esplicito.

¹⁵ Già molti anni fa, il prof. Ciprotti rilevava la ridondanza dell'espressione normativa che indicava il diritto divino come limite al rinvio alle leggi civili, sottolineando come « tale limite deve ritenersi sempre sottinteso, poichè il legislatore della Chiesa, sia pure il Sommo Pontefice, non può emanare norme contrarie al diritto divino, naturale o positivo » (P. CIPROTTI, *Contributo alla teoria della canonizzazione delle leggi civili*, Roma 1941, p. 89).

¹⁶ « Non è da escludere "a priori" che esistano, nella materia per cui è fatto il rinvio, norme civili contrastanti con i principî del diritto divino. (...) e poichè norme come queste non possono assolutamente essere accolte ed avere valore giuridico nell'ordinamento canonico, il contrasto tra una norma civile e il diritto divino non può non costituire un insuperabile ostacolo alla canonizzazione di quella » (P. CIPROTTI, *Contributo...*, cit., p. 88-89).

¹⁷ Cfr. G. BONI, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico*, cit., p. 292-293.

Il richiamo al diritto divino del can. 22 pone tuttavia il problema della sua valenza tecnica: non sarebbe stato tecnicamente più corretto prescindere dal richiamo al diritto divino in questa sede? In questo modo, la legge stessa verrebbe, per così dire, a riconoscere due aspetti essenziali della integrazione del diritto divino nell'ordinamento: la sua funzione costituzionale e la consapevolezza della sua presenza nella legge canonica.

In effetti, dal punto di vista tecnico applicativo, la menzione del diritto divino come limite al rinvio rimane problematica non soltanto per esigenze "teoriche" di integrazione fra divino e umano nella Chiesa, ma anche per ragioni di tipo pratico, dal momento che un eventuale richiamo di tale limite da parte del giudice o del governante comporterebbe inevitabilmente una dichiarazione di contrarietà al diritto divino della norma richiamata, dichiarazione dai contenuti e dalle conseguenze talmente gravi da rendere di fatto inoperante la norma del can. 22 nel suo riferimento allo *ius divinum*¹⁸. Se per non applicare la legge alla quale i canoni rinviano, il giudice dovesse dichiarare l'opposizione di quella legge al diritto divino, lo strumento tecnico del rinvio normativo diventerebbe occasione per l'emissione di enunciati magisteriali della più alta rilevanza non soltanto giuridica ma anche di fede. Il giudice o il governante che si venissero a trovare in tali circostanze preferirebbero sicuramente adoperare uno strumento tecnico che abbia minori implicazioni magisteriali. Con le norme attuali, argomenterà sulla base della contrarietà della legge richiamata all'ordinamento canonico, perché dal punto di vista "tecnico" risulta più "comodo" che dover invocare il diritto divino.

Senza nulla togliere alla generale funzione costituzionale limitativa che il diritto divino ha nell'ordinamento canonico, nel senso sopra spiegato, il suo richiamo esplicito

¹⁸ Non ci risultano dichiarazioni di contrarietà al diritto divino di norme richiamate dal giudice o dal governante canonico. L'unica menzione del diritto divino nella sua funzione di limite nella giurisprudenza rotale del ventesimo secolo non riguarda il diritto divino come limite al rinvio, ma cerca piuttosto di giustificare la norma canonica secondo cui la Chiesa e le persone giuridiche ecclesiastiche possono acquistare, amministrare, ecc, dei beni temporali (cfr. *coram* Heard del 30.V.1953, in *S.R.R.D.* 45 [1953] 405-412). Il giudice vuole soltanto ribadire la capacità della Chiesa nei confronti dei beni temporali e non applicare il limite al rinvio (che nel CIC'17 veniva stabilito dal can. 1529): « "Quia tamen ex ipso canone 1529, non solum ius divinum, sed omne expressum ius canonicum contrarium iuri civili in materia ecclesiastica praevalet, quotiescumque dispositio canonica generalis vel particularis, sive praesens sive futura, cum iure civili componi nequit, erit, in foro conscientiae applicanda lex canonica" (Vermeersch-Creusen, *Epitome Iuris Canonici*, II, n. 850). Iamvero "Ecclesiae iuribus opponuntur — scribit Emus. Ottaviani— omnes illae leges civiles, quibus coarctatur libera eius facultas acquirendi per se, vel per corpora moralia iure ecclesiastico erecta, bona temporalia" (Ottaviani, *Institutiones Iuris Publici Ecclesiastici*, I, p. 415)» (*Ibid.*).

in norme di carattere tecnico (come quelle che riguardano il rinvio) risulta dunque inopportuno. Sarebbe meglio richiamare in generale l'ordinamento canonico —*iuri canonico non sint contrariae*— consapevoli che il diritto divino integra anche l'ordinamento canonico, anche se non tutte le prescrizioni del primo sono state “formalizzate” nel secondo. Nel momento applicativo della norma, il giudice o il governante potrebbe stabilire che la norma richiamata non è applicabile perché contraria all'ordinamento canonico, senza dover precisare che è contraria a detto ordinamento perché è contraria al diritto divino. Questa soluzione tecnica sarebbe più facilmente attuabile e non toglierebbe nulla alla funzione del diritto divino, anzi verrebbe a rafforzarne l'integrazione nella legge positiva della Chiesa. Si favorirebbe così il superamento definitivo dei “dualismi” tipici della dottrina del ventesimo secolo.

Quanto poi all'eventuale applicazione pratica della limitazione oggi stabilita dal can. 22, e ribadita in altri canoni, pare opportuno ricordare che essa riguarda la sola disposizione che l'ordinamento canonico richiama, non tutto il sistema normativo di un determinato soggetto di diritto internazionale e nemmeno l'intera legge (o comunque l'intera norma “straniera”) che deve essere applicata. Se, ad esempio, per un concreto contratto di compravendita il can. 1290 richiamasse la legge sulle compravendite di un paese che permette l'eutanasia o l'eugenesia (entrambe contrarie palesemente al diritto divino), nulla impedirebbe di applicarla (l'applicazione nell'ordinamento canonico di una legge statale non implica la benedizione dell'intera produzione normativa del paese in questione). Anzi, anche se un determinato articolo della legge da applicare permettesse la compravendita di persone (anche essa contraria al diritto divino), ma il giudice dovesse decidere su, per esempio, la causa del contratto di compravendita trattata in un altro articolo della stessa legge, nulla impedirebbe che il giudice applicasse tale articolo senza con ciò benedire l'intero contenuto della legge. L'unico elemento che viene sottoposto allo scrutinio limitativo da parte del giudice è quello che deve applicare, che non potrà essere contrario al diritto divino. Gli elementi normativi non contrari al diritto divino costituiscono legge canonica (rinvio ricettizio) per quella materia.

Già il Ciprotti, più volte citato in queste pagine, riteneva che questa fosse « la soluzione più conforme al duplice intento manifestato dal legislatore canonico, di avere cioè nel suo ordinamento giuridico norme conformi, per determinate materie,

all'uno o all'altro ordinamento civile, e di rinunciare a tale conformità solo nel caso in cui essa sarebbe incompatibile con i precetti del diritto divino »¹⁹.

5. La possibilità di rifarsi alla nozione di “ordine pubblico”

Talvolta, a persone abituate a sistemi più normativisti di quello canonico, potrà risultare difficile la comprensione dell'applicazione delle limitazioni elencate dal can. 22 CIC. Per facilitare la funzione “educativa” della legge canonica e la sua comprensione da parte di tutti gli operatori giuridici, ci sembra lecito cercare vie che permettano un avvicinamento alla cultura giuridica generale. In questo senso, un famoso internazionalprivatista tedesco degli inizi del ventesimo secolo affermava che forse l'unico punto del diritto internazionale privato su cui tutti gli autori sembrano d'accordo è l'esistenza dell'ordine pubblico²⁰. Certo, qui non stiamo trattando, in senso proprio, di diritto internazionale privato, ma il consenso generale sull'esistenza di un elemento al quale tutti gli ordinamenti possono fare appello nel richiamare norme da un altro ordinamento potrebbe consentire, in sede *de lege condenda*, di riproporre la sostituzione del richiamo generale all'ordinamento canonico con quello all'“ordine pubblico ecclesiale” (se ci si consente l'espressione), quello che si usa chiamare “ordine pubblico interno”. Ciò costituirebbe un tentativo di avvicinare il vocabolario canonico a quello degli altri ordinamenti in un punto sul quale molti sembrano essere d'accordo²¹.

In realtà, con questa proposta il contenuto della norma non verrebbe cambiato (l'ordine pubblico ecclesiale comprenderebbe tutta la base di diritto divino dell'ordinamento più altri elementi di diritto umano che sono fondamentali per la giustizia canonica in un dato momento storico), ma sarebbe forse facilitata la

¹⁹ P. CIPROTTI, *Contributo...*, cit., p. 92. L'autore pensa alle diversità di effetti che potrebbe avere la contraddizione materiale della legge richiamata al diritto divino e la contraddizione formale. Ci sembra che la distinzione non rilevi particolarmente, soprattutto se si pensa alle difficoltà applicative di cui stiamo parlando. Sullo stesso argomento, cfr. anche O. CASSOLA, *De receptione legum civilium in jure canonico*, Romae 1944, p. 85-87.

²⁰ Letto nella traduzione spagnola: W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, I, Barcelona 1948, p. 252.

²¹ In tutt'altro contesto storico, normativo e dottrinale (di dottrina canonica), il concetto di ordine pubblico nella Chiesa era già adoperato da Pietro Agostino D'Avack (cfr. P.A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. I. Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano 1956, p. 170).

comprensione del limite da parte di qualcuno²². Va comunque constatata la mancanza di accordo sul contenuto di quell'ordine pubblico della cui esistenza pare nessuno dubiti²³. Non possiamo qui approfondire questa proposta di cambiamento normativo, che scaturisce soltanto dalla considerazione delle difficoltà poste dal ricorso al "diritto divino" come elemento "tecnico" di limitazione nell'ordinamento canonico, ma l'uso di termini e di concetti tecnici per risolvere questioni tecniche ci pare estremamente adeguato e molto convincente.

Da un'altra prospettiva, la limitazione al rinvio che viene dal diritto divino può essere considerata come una manifestazione della realtà essenziale di ogni norma. Come abbiamo già detto, una prescrizione contraria al diritto divino è ingiusta e, quindi, manca di un elemento essenziale nelle norme giuridiche²⁴. La necessità che la norma sia giusta richiede, come primo presupposto, che essa non si opponga al diritto divino. Questa sua caratteristica essenziale potrebbe essere fatta rientrare in quella che la dottrina tradizionale chiama la *rationabilitas* della norma stessa: la sua ordinazione al bene comune²⁵, l'oggetto onesto, utile, possibile e giusto²⁶, il suo

²² In senso contrario alla praticabilità della nostra proposta si era manifestata la prof. Chiara Minelli (cfr. *La canonizzazione delle leggi civili e la codificazione postconciliare. Per un approccio canonistico al tema dei rinvii tra ordinamenti*, «Periodica» 85 [1996] 480-487). Penso che con le spiegazioni da me aggiunte in queste pagine le nostre posizioni siano, in fondo, compatibili.

²³ Ci siamo occupati di questo argomento in altri nostri studi: *La remisión de la ley canónica al derecho civil*, Roma 1992, p. 107-116; *Análisis de la técnica de la remisión a otros ordenamientos en el Código de 1983*, in «Ius canonicum» 32 (1992) 741-747. La posizione espressa in quegli scritti è stata criticata e rielaborata da G. BONI, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico*, cit., p. 313-358.

²⁴ In un vecchio suo lavoro, Lombardía rifletteva su questi stessi argomenti: « Los internacionalistas han dedicado siempre atención a este fenómeno, estudiándolo desde el punto de vista de su ciencia, pero también se ha observado el fenómeno al estudiar las relaciones del derecho interno con el internacional y, lo que nos interesa especialmente, en las relaciones del Derecho del Estado con el de la Iglesia; y es que más que un fenómeno de Derecho internacional, del canónico, del eclesiástico o de cualquier otra rama de la ciencia jurídica, se refiere directamente a la norma. El reenvío, como observa PICCARDI (*La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di rinvio*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova 1940, vol. I, p. 251), es una actitud que puede asumir cualquier norma jurídica, sea cual fuere el ordenamiento a que ésta pertenece. Es, por consiguiente, un problema que, como la norma jurídica en sí, debe ser tratado en una teoría general del Derecho » (P. LOMBARDÍA, *El c. 1529...*, cit., p.10).

²⁵ Cfr. M. CABREROS DE ANTA, A. ALONSO LOBO, S. ALONSO MORÁN, *Comentarios al Código de Derecho canónico*, I, Madrid 1963, p. 199; G. MICHIELS, *Normae generales...*, II, cit., p. 157-158; E. REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, I, Santander 1961, p. 99.

²⁶ Cfr. U. BESTE, *Introductio in Codicem*, Neapoli 1961, sub c. 27; F. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, I, Romae 1928, p. 97; I. CHELODI, *Ius canonicum de personis*, Romae 1941, p. 121; G. MICHIELS, *Normae generales...*, cit., p. 158; S. SIPOS, *Enchiridion Iuris Canonici*, Pécs 1940, p. 57.

rispetto della costituzione della Chiesa, ecc.²⁷ Ma questa prospettiva, propria di una teoria generale del diritto, esula dallo studio che abbiamo presentato in queste pagine sulla considerazione del diritto divino come elemento tecnico di limitazione al rinvio normativo.

²⁷ Cfr. A. BETTETINI, *Umano e divino nel diritto della Chiesa*, in «Il diritto ecclesiastico» 114 (2003/4) 1315-1316.