

Eduardo Baura – Thierry Sol

CHIESA, PERSONE E DIRITTI

Corso introduttivo al diritto canonico

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE

FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO

SUBSIDIA CANONICA 36

EDUSC

Prima edizione 2022

Immagine di copertina:

Giudizio Universale di Buonamico Buffalmacco, particolare
Camposanto monumentale di Pisa

Grafica di copertina:

Liliana M. Agostinelli

© Copyright 2022 – Edizioni Santa Croce s.r.l.

Via Sabotino 2/A – 00195 Roma

Tel. (39) 06 45493637

info@edusc.it

www.edizionisantacroce.it

ISBN 979-12-5482-028-5

INDICE

Premessa	11
----------	----

LEZIONE I DIRITTO, GIUSTIZIA E NORMA

1. Le nozioni sul diritto canonico	13
1.1. I diversi significati di diritto	13
1.2. Le diverse definizioni di diritto canonico	15
2. Il diritto quale <i>ipsa res iusta</i>	17
3. Analisi della virtù della giustizia	18
3.1. Il <i>suum</i>	18
3.2. Significato di "dare" a ciascuno il suo	20
4. Fondamento e titolo del diritto	22
5. Diritto e legge	22
6. La conoscenza del diritto	25

LEZIONE II IL DIRITTO NEL MISTERO DELLA CHIESA

1. Gli antiggiuridismi nella Chiesa e i tentativi di dare un fondamento al diritto canonico	29
1.1. Le posizioni contrarie al diritto della Chiesa	29
1.2. Le reazioni cattoliche	31
2. Il mistero della Chiesa e la giustificazione del diritto canonico	33
3. Le radici sacramentali del diritto nella Chiesa	34
4. Diritto canonico e pastorale	37
4.1. Attività pastorale e diritto	37

INDICE

4.2. Diritto e misericordia	39
4.3. Equità	42
5. La conoscenza del diritto nella Chiesa	44

LEZIONE III

IL DIRITTO CANONICO NELLA STORIA

1. Da quando esiste il diritto nella Chiesa?	47
1.1. La fondamentale storicità del diritto	47
1.2. La Chiesa del primo secolo: carisma o istituzione?	48
1.3. Dimensione giuridica del Nuovo Testamento?	49
1.4. Carattere strutturante del sacramento dell'Ordine nelle prime comunità	50
2. Sfide giuridiche della Chiesa nell'Impero romano	50
2.1. Problemi giuridici legati alle persecuzioni e alle eresie	51
2.2. Dalle Chiese alla Chiesa?	52
2.3. La nascita di una legislazione scritta (ma non del diritto!)	52
3. La Chiesa nella feudalità (secoli VI-XII)	53
3.1. Sfide giuridiche nell'epoca feudale. Privatizzazione e secolarizzazione del patrimonio ecclesiastico	53
3.2. Crisi e riforme	54
4. Il diritto canonico classico e post-classico (dal 1140 al 1563)	56
4.1. Rinnovamento delle problematiche e nascita della scienza canonica	56
4.2. L'età del diritto comune (<i>utrumque ius</i>)	58
5. Dal Concilio di Trento alla codificazione	59
5.1. Contestazioni del diritto canonico e riforma cattolica	59
5.2. Diritto missionario	59
5.3. Sistematizzazione del diritto e codificazione	60

LEZIONE IV

I RAPPORTI TRA LA CHIESA E LA SOCIETÀ CIVILE

1. Una problematica storica di ripartizione istituzionale dei poteri	64
1.1. Il dualismo cristiano	64
1.2. Rapporti con l'Impero romano	64

INDICE

1.3. Dualismo cristiano e cristianità medioevale	66
1.4. La Chiesa di fronte alla riforma protestante e agli Stati nazionali	67
1.5. Liberalismo, laicismo, rivoluzioni e separazioni	68
1.6. La Chiesa nel XX e XXI secolo	69
1.7. I modelli attuali di rapporto Chiesa-comunità politica	69
2. La problematica attuale della giustizia nei rapporti tra la Chiesa e la società civile	71
2.1. La dottrina del Vaticano II sulla libertà religiosa	71
2.2. Libertà religiosa nella società civile e vera religione	72
2.3. Due ordini giuridici distinti ma collegati	74
2.4. Dualismo e conseguenze giuridiche sull'agire della Chiesa e dei fedeli nel mondo	75
2.5. I diritti naturali e i diritti umani come punto d'incontro	76

LEZIONE V

PRINCIPI GIURIDICI COSTITUZIONALI DELLA CHIESA

1. Persona e fedele. Il principio di uguaglianza fondamentale	79
2. La diversità funzionale	81
2.1. I fedeli appartenenti al sacro ordine	81
2.2. I fedeli che seguono la vita consacrata	84
3. Il principio gerarchico	85

LEZIONE VI

I DIRITTI E I DOVERI FONDAMENTALI DEI FEDELI

1. Esistenza e caratteristiche dei diritti e dei doveri fondamentali	91
2. Analisi dei diritti fondamentali dei fedeli	92
2.1. Diritti umani nella Chiesa	93
2.2. Diritti riguardanti i sacramenti	96
2.3. Diritti riguardanti la parola di Dio	98
2.4. Diritti riguardanti la libertà dei fedeli	99
2.5. Diritti nei confronti della gerarchia	103
3. I doveri fondamentali	106

INDICE

LEZIONE VII
DIMENSIONE GIURIDICA DEL FENOMENO
ASSOCIATIVO NELLA CHIESA

1. Le associazioni nella Chiesa	109
1.1. Diritto di associazione e natura delle realtà associative nella Chiesa	109
1.2. Dimensione pubblica del fenomeno associativo nella Chiesa	111
1.3. Varietà e sistematica del fenomeno associativo	112
1.4. Autonomia e rapporti con l'autorità ecclesiastica	113
2. Alcune problematiche relative al diritto di associazione	115
2.1. Inserzione dei nuovi movimenti nelle "associazione di fedeli"	115
2.2. Coinvolgimento personale dei membri	116
2.3. Il rapporto tra ordine sacro e realtà associative	117
2.4. Presenza di uomini e donne, coppie di sposi e famiglie	118
2.5. Dimensione ecumenica ed interreligiosa delle realtà associative	119
2.6. Il rapporto tra realtà associative ecclesiali ed animazione cristiana del temporale	119
3. A modo di conclusione: in che consiste la dimensione giuridica delle realtà associative nella Chiesa?	120

LEZIONE VIII
LO STATUTO GIURIDICO DEI MINISTRI SACRI O CHIERICI

1. Il ministero sacro: ordinazione, incardinazione, missione	123
2. La formazione dei chierici	125
3. Diritti e doveri	128
3.1. Legati alla condizione ministeriale	128
3.2. Nell'ambito della vita spirituale	129
3.3. Nei rapporti con gli altri chierici	131
3.4. Nella relazione del chierico con il mondo	132
3.5. Alcuni aspetti particolari dello statuto personale dei diaconi permanenti	135
4. La perdita dello stato clericale	135

INDICE

LEZIONE IX
PROFILI GIURIDICI DELLA VITA CONSACRATA

1. La vita consacrata: storia, nozione ed essenza	137
1.1. Forme storiche della vita religiosa e nozione attuale di vita consacrata	137
1.2. Nozione attuale	138
1.3. L'essenza della condizione personale di religioso	140
2. Diritti e doveri dei religiosi	142
2.1. Diritti e doveri legati ai consigli evangelici	142
2.2. Altri diritti e doveri	144
3. Autonomia e dimensione pubblica degli istituti	145
3.1. Riconoscimento istituzionale dei carismi	146
3.2. Governo degli istituti	147
3.3. Apostolato dei religiosi	149
3.4. I religiosi sacerdoti	151

LEZIONE X
IL GOVERNO GIUSTO NELLA CHIESA

1. Il diritto al buon governo	153
2. Le diverse funzioni di governo	155
3. L'attività legislativa e la razionalità (il realismo) della norma	157
3.1. La promulgazione della legge	157
3.2. La razionalità essenziale della legge	159
3.3. Conseguenze della razionalità della legge	161
4. I principi giuridici del governo amministrativo	163
5. Il giusto processo giudiziale	167
6. <i>Excursus</i> : Obbedienza, libertà e giustizia nella Chiesa	169

PREMESSA

Questo testo è frutto di un corso svolto negli ultimi anni presso la Facoltà di Teologia della Pontificia Università della Santa Croce, e si rivolge principalmente a quanti intendono comprendere in cosa consiste il diritto canonico e quali sono le nozioni principali che stanno alla base dei rapporti giuridici intraecclesiali.

Lo scopo pedagogico dell'opera ne caratterizza la metodologia. In particolare, si è fatto a meno di ogni apparato critico e delle note in calce. E, alla fine di ogni Lezione, si offre un "orientamento bibliografico", volutamente scarno e prevalentemente in lingua italiana, atto a soddisfare esclusivamente le necessità reali degli studenti che volessero approfondire alcuni degli argomenti trattati in opere di carattere generale, per lo più destinate anch'esse all'insegnamento.

Le Lezioni I, II, V, VI e X sono state scritte da Eduardo Baura, mentre Thierry Sol ha redatto le Lezioni III, IV, VII, VIII e IX. Si sono conservati i diversi stili e approcci degli autori, cercando di mantenere un equilibrio tra le tematiche trattate. Entrambi gli autori partono dalla convinzione che lo studio del diritto canonico non riguarda la legge ecclesiastica, bensì il giusto nella Chiesa. Per questo motivo, il libro non intende offrire un'esposizione delle norme in vigore, ma vuole proporre i concetti e le nozioni giuridiche fondamentali all'interno della cornice offerta dalle problematiche giuridiche odierne. Ispirandosi all'intuizione di Michel de Montaigne, secondo il quale "è meglio una testa ben fatta che una testa ben piena", il libro privilegia la tematizzazione degli argomenti rispetto all'esposizione prolissa del loro contenuto. Questo criterio è stato decisivo nella scelta dei temi da trattare in un corso di ridotta durata. Benché tale opzione abbia comportato l'abbandono di questioni di oggettivo interesse, le tematiche proposte stanno alla base del problema giuridico nella Chiesa e possono di per sé essere atte a fornire una visione corretta di ciò che è il diritto nella Chiesa. Gli autori augurano che lo studio della dimensione di giustizia insita nella realtà ecclesiale giovi a conoscere meglio il mistero stesso del Popolo di Dio.

LEZIONE I

DIRITTO, GIUSTIZIA E NORMA

SOMMARIO: 1. *Le nozioni sul diritto canonico*: 1.1. I diversi significati di diritto; 1.2. Le diverse definizioni di diritto canonico. 2. *Il diritto quale ipsa res iusta*. 3. *Analisi della virtù della giustizia*: 3.1. Il *suum*; 3.2. Significato di “dare” a ciascuno il suo. 4. *Fondamento e titolo del diritto*. 5. *Diritto e legge*. 6. *La conoscenza del diritto*.

1. LE NOZIONI SUL DIRITTO CANONICO

1.1. I diversi significati di diritto

Per studiare il diritto della Chiesa è imprescindibile tenere presente il mistero della Chiesa, come ha peraltro ricordato il Concilio Vaticano II (*Optatam totius*, n. 16). La Chiesa, essendo un mistero, non può essere perfettamente compresa, ma si può avere una conoscenza di ciò che la Chiesa dice di sé stessa. Il canonista deve basarsi necessariamente su una minima conoscenza dell’ecclesiologia. Se si partisse da una nozione errata del mistero ecclesiologico si cadrebbe inevitabilmente in una concezione distorta del diritto canonico.

Al tempo stesso, si deve contare su una idea corretta di ciò che è il diritto. L’osservazione è tutt’altro che banale visti l’uso polisemico che della parola *diritto* si fa nel linguaggio comune e il fatto che la corrente di pensiero conosciuta come positivismo giuridico, di grande successo teorico e soprattutto pratico negli ultimi due secoli, ha stravolto la concezione classica del diritto.

In primo luogo, il concetto di diritto si abbina a quello di giustizia. Così, si ritiene che dare a ciascuno il suo diritto sia un’azione giusta e, se si osserva che a qualcuno è stato tolto un suo diritto, si considera che sia stata commessa un’ingiustizia nei suoi confronti.

Talvolta, invece, l’idea di diritto si collega al potere: è diritto di qualcuno comportarsi in un certo modo o addirittura obbligare qualcuno ad osservare una determinata condotta. Non di rado, in-

fatti, si pensa al diritto come al prodotto del potere politico: il diritto stabilito dall'autorità.

Infine, poiché la legge riconosce e stabilisce dei diritti, e indica quello che è giusto fare o non fare, per un fenomeno di metonimia, si tende ad identificare il diritto con la legge o più in generale con la norma. Va peraltro considerato che il diritto di ognuno ha una dimensione di doverosità (si deve rispettarlo), cioè di normatività.

L'identificazione del diritto con la legge o con ciò che è stato definito dalla legge si può notare perfino nel linguaggio. È singolare constatare che nelle lingue latine si conservano tutti i derivati della parola *ius* (giurisprudenza, giuridico, giustizia, giudice), ma proprio il termine *ius* è tradotto con *diritto*. Ciò è dovuto all'apparizione del cristianesimo, che concepisce la legge come il cammino, la via, che porta al bene, che indica la direzione; è giusto seguire la direzione segnalata dalla legge e perciò nelle lingue occidentali si sostituisce il termine *ius* con quello di *directum*, "diritto" (*derecho*, *direito*, *droit*, nelle lingue derivate dal latino, *Recht*, *right* in tedesco e in inglese).

Al di là della terminologia, ciò che importa è non dimenticare la realtà. Si osserva, infatti, da un lato, che ci sono "diritti" delle singole persone e, dall'altra, che ci sono necessariamente leggi emanate dal legittimo legislatore; ci sono, cioè, diritti e norme. Se si considerasse che tutti i diritti e tutti i doveri giuridici promanassero dalla legge, si cadrebbe nel normativismo, che è una visione riduttiva del fenomeno giuridico. In realtà, ci sono diritti che non sono causati da una norma, e per quanto riguarda i doveri giuridici, essi sono tali proprio perché devono rispettare i diritti, e non perché ci sia una norma che li stabilisce.

Anche se il normativismo non è lo stesso che il positivismo giuridico, è molto facile che una concezione normativista del diritto conduca al positivismo giuridico o da esso provenga. Ciò succederebbe allorché si considerasse che la norma dalla quale derivano tutti i diritti e i doveri sia la sola norma umana. In ogni caso, occorre fare molta attenzione a non scivolare in una visione distorta del diritto più o meno normativista, pericolo tutt'altro che lontano dal momento che una tale impostazione è quella che ha dominato la cultura dei due ultimi secoli.

1.2. *Le diverse definizioni di diritto canonico*

Si è soliti pensare al diritto canonico come l'insieme di leggi che regolano la vita della Chiesa. La stessa parola "canonico", usata per distinguere il diritto della Chiesa dai diritti delle nazioni, richiama un "canone", cioè una regola.

1. *Il diritto canonico inteso come l'insieme delle leggi ecclesiastiche.*- Se si sfoglia un manuale di diritto canonico della prima metà del secolo scorso si trova in qualche modo la definizione del diritto canonico come il «*complexus legum*» emanato dalla competente autorità della Chiesa. La scienza del diritto canonico, di conseguenza, avrebbe come oggetto la conoscenza della normativa ecclesiastica, mediante l'esegesi delle singole norme.

Questa è la nozione predominante, soprattutto nella manualistica posteriore al Codice del 1917. Tale concetto prende le mosse dalla considerazione della Chiesa come "società perfetta" e come società gerarchica per volontà divina. A ben guardare presuppone una concezione della Chiesa incentrata sull'elemento gerarchico, in quanto vede il diritto come il prodotto dell'esercizio del potere normativo e manifesta una concezione normativista del diritto, giacché identifica il diritto con la norma. Va osservato che questa impostazione rischia di cadere paradossalmente in una concezione del diritto propria del positivismo giuridico. Pur riconoscendo, ovviamente, l'esistenza del diritto divino, questo schema di pensiero, volendo sottolineare l'origine divina della costituzione gerarchica della Chiesa, finisce talvolta per affermare la giuridicità di ogni norma emanata dall'autorità ecclesiastica indipendentemente dalla sua conformazione al diritto divino, il che solo si potrebbe giustificare muovendo dal positivismo giuridico.

2. *Il diritto canonico come sistema normativo.*- Per superare una visione della scienza canonistica ridotta alla mera esegesi della legge, la cosiddetta scuola dogmatica italiana, ovvero la canonistica dei professori delle Facoltà civili di Giurisprudenza dell'università italiana del secondo dopoguerra, fece notare che la legislazione ecclesiastica non è un mero *complexus* o agglomerato di norme, ma un sistema razionale, in cui esistono dei principi e delle esigenze logiche. Questa scuola rappresenta un passo in avanti nel far notare la razionalità di un sistema, ma rimane sempre ancorata ad una visione normativista del diritto.

Proveniente da questa scuola è Lombardía, a cui seguì in una sua prima fase Hervada, i quali, volendo superare il normativismo e cercando di collegarsi con l'idea di giustizia, definirono il diritto canonico come l'ordine sociale giusto della Chiesa, sennonché affermare che il diritto è ordine significa continuare a concepirlo come legge, giacché la legge è proprio l'ordine imposto dal legislatore, che deve essere seguito dalla comunità.

3. *Il diritto come realtà teologica.*- In uno sforzo per evidenziare il fondamento teologico della presenza del diritto nella Chiesa, la scuola di Monaco di Baviera - conosciuta anche come la scuola di Mörsdorf (il suo fondatore) - ha considerato che la scienza canonistica debba essere una conoscenza teologica, seppur con un metodo giuridico. Un discepolo di Mörsdorf, Eugenio Corecco, radicalizzò questa idea fino al punto di ritenere che il concetto centrale del diritto canonico non fosse la giustizia, bensì la *communio*, considerando il diritto canonico come una realtà analoga al diritto secolare.

In questa linea di pensiero egli affermava che la legge ecclesiastica fosse un'*ordinatio fidei*, anziché un'*ordinatio rationis* come recita la definizione tomista di legge, la quale sarebbe applicabile, secondo questa opinione, alla sola legge civile. Tale definizione risulta attraente, ma non si comprende, come ha fatto notare Hervada, come possa esserci un'ordinazione della virtù della fede, giacché l'ordinare è un'operazione della ragione anziché di un abito virtuoso (semmai sarebbe della ragione illuminata dalla fede).

Per quanto queste idee siano suggestive e propizie per stabilire un migliore dialogo con la teologia, il problema di questa impostazione è che in fin dei conti nega la realtà del diritto nella Chiesa, riducendolo a qualcosa "analogo" al diritto, poiché, se è analogo, non è, appunto, diritto, giacché *nihil simile est idem*, senza che peraltro sia possibile capire che cosa sia esattamente una siffatta realtà analoga.

4. *La concezione realista del diritto canonico.*- Da questa rapida rassegna si vede come siano insufficienti queste impostazioni e quanto sia necessario recuperare il senso realista del diritto, frutto dell'esame della realtà dei rapporti umani, in cui si osserva che ci sono cose, ambiti, legati alle persone, al punto che esiste il dovere morale di rispettarli, come conseguenza del riguardo dovuto alla persona stessa. La concezione realista del diritto, di origine greco-romana,

è quella che vede in esso l'oggetto della virtù della giustizia: ciò che bisogna dare all'altro perché è suo, vale a dire perché è il suo diritto, il *suum ius*. Di conseguenza il diritto canonico sarà ciò che appartiene ai membri della Chiesa e alla Chiesa stessa e deve essere, di conseguenza, rispettato. In definitiva, il diritto canonico è ciò che è giusto nella Chiesa (Hervada).

Bisogna ora riflettere su questa realtà in modo da potersi porre in un secondo momento il problema se esista nella Chiesa il diritto, inteso in questo modo, questione che sarà l'oggetto della prossima Lezione.

2. IL DIRITTO QUALE *IPSA RES IUSTA*

Se osserviamo la persona umana constatiamo che essa è un'individualità che non può essere confusa con un'altra: ogni persona umana è unica e irripetibile, non può formare una nuova persona con un'altra. Nonostante questa ontologica unicità, la persona umana (creata a somiglianza di Dio, in cui le tre Persone sono relazioni sussistenti) è un essere relazionale, che si rapporta con gli altri anche spiritualmente.

Dimensione essenziale della persona umana è la sua libertà e, di conseguenza, la sua responsabilità, giacché dei suoi atti l'uomo può dire veramente che sono suoi, perché li ha compiuti liberamente. La persona umana è, pertanto, un essere che domina i suoi atti ed è capace di dominare il suo intorno, impossessarsi di esso. Al tempo stesso, poiché la persona è unica ed è libera, essa non può essere oggetto di dominio da parte di un'altra persona. I tentativi di dominare una persona (per esempio, la schiavitù) sono una profonda ingiustizia perché suppongono trattare la persona come se fosse una cosa. E, comunque, anche in queste situazioni, rimane pur sempre nella persona assoggettata un ambito intimo di libertà che non può essere valicato.

Il dominio delle cose non appartiene solo all'umanità in generale, ma è di carattere personale. Le cose sono suscettibili di un dominio personale perché sono distribuite, attribuibili a persone singole. In definitiva, la persona umana può affermare che qualcosa è "sua".

Come esiste una relazionalità fra le persone, così c'è anche una comunicabilità delle cose, in modo tale che una cosa appartenente ad una persona può trovarsi sotto il dominio effettivo di un altro:

sorge in questo modo un rapporto interpersonale a motivo di una cosa che uno deve dare ad un altro perché gli appartiene, perché è sua. Questo *suum* venne chiamato a Roma lo *ius*.

Poiché la cosa “è” di una persona, un’altra persona, che si trova di fatto in possesso della cosa, deve darla al legittimo *dominus*. Il dovere scatta dal fatto che la cosa è di un’altra persona. L’attività di dare a ciascuno ciò che è suo, il *suum ius*, è un’attività buona perché è una manifestazione del rispetto dell’altro. Dalla parola *ius* deriva il termine *iustitia*, che è la virtù, l’abito volitivo buono, di dare a ciascuno il suo diritto, secondo la definizione classica, attribuita al giurista romano Ulpiano: «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» (*Digestum* 1.1.10).

Questa definizione è stata recepita dalla tradizione cristiana, e con ciò la concezione del diritto come l’oggetto della virtù della giustizia, come ciò che è giusto. San Tommaso d’Aquino ha sviluppato questa idea con particolare profondità, definendo il diritto come la *ipsa res iusta* (cfr. S. Th., II-II, q. 57): ciò che per il fatto di appartenere ad una persona l’altro deve dargliela. Occorre ora analizzare il diritto, dall’angolatura della virtù della giustizia.

3. ANALISI DELLA FORMULA DELLA VIRTÙ DELLA GIUSTIZIA

3.1. *Il suum*

Il diritto è, quindi, l’oggetto della giustizia, ciò che, appartenendo ad un soggetto, può essere in possesso di un altro e, pertanto, è ciò che quest’altro deve dare al legittimo padrone ovvero titolare del diritto. I termini *res iusta*, *suum*, *ius* racchiudono tutto ciò di cui l’uomo può dire «mio, tuo, suo» e può stare in potere di altri.

Alla fine del secolo scorso Javier Hervada, canonista e filosofo del diritto, ha riscoperto la ricchezza del pensiero di san Tommaso su questo punto e lo ha sviluppato in sede giusfilosofica e, come si vedrà nella prossima Lezione, gli è servito per fondare il diritto nella Chiesa. Questo titolo e gran parte del resto della Lezione espongono il suo insegnamento.

Il diritto è la *ipsa res iusta*. Qui il termine *res* ha un significato molto ampio: qualunque entità capace di essere dominata da una persona umana e che possa essere nel possesso di un’altra. Si tratta, dunque, di un bene di una persona che un altro deve dare. La cosa

giusta può essere materiale (per esempio, una casa, un animale, denaro) o immateriale (la fama, una carica, una facoltà di agire, ecc.). La *res iusta* può essere anche l'attività altrui: in forza di un contratto di lavoro, per esempio, l'attività lavorativa di un impiegato appartiene al datore di lavoro; è diritto di uno studente regolarmente iscritto in una scuola l'attività docente dei professori, e tanti altri esempi che potrebbero proporsi.

Affinché una "cosa" possa essere diritto deve essere attribuibile a una persona (o gruppo di persone) ed essere al contempo capace di essere di fatto sotto il potere di un altro. Ci sono cose di cui una persona può affermare che sono sue, eppure non possono costituire diritti perché è impossibile che passino al potere di un altro e pertanto che siano dovute per giustizia. Ad esempio, i pensieri e gli affetti di una persona sono suoi, ma non sono diritti suoi perché non possono essere nel potere altrui, né, pertanto, dovuti; altro sarebbe la manifestazione esterna di tali pensieri e affetti (allora si potrebbe parlare del diritto alla libertà di espressione, del diritto di proprietà intellettuale, ecc.).

Il diritto è la stessa cosa (la casa, l'attività lavorativa, la fama), *ipsa res*, non in sé stessa, ma in quanto *iusta*, cioè in quanto dovuta in giustizia perché appartenente a un altro. La giuridicità è una proprietà della cosa, della realtà, una dimensione reale, seppure non esaurisce la realtà.

I concetti giuridici colgono soltanto un aspetto delle cose, la loro giuridicità; si tratta invero di un aspetto molto parziale, ma reale. Dal punto di vista giuridico, per esempio, tanto un telefono quanto un fazzoletto non sono altro che un bene mobile di proprietà di una persona acquisito mediante un contratto di compravendita; è ovvio che una tale definizione non esaurisce la realtà, e che è ben diverso un telefono da un fazzoletto. Tuttavia la dimensione giuridica, il fatto di appartenere a un soggetto ed essere dovuta in giustizia, è reale.

Il diritto è il *suum* di ognuno. Il "suo" si riferisce a qualunque modalità in cui si può affermare che una cosa è nella sfera di potere di una persona. La stessa cosa materiale può essere diritto di diversi titolari. Ad esempio, una persona può avere la proprietà di una casa (il *suum* è la proprietà) e, in virtù di tale diritto, affittarla: l'uso della stessa casa appartiene all'affittuario, è un *suum*.

Ciò che bisogna dare è il bene che è dell'altro. Il diritto è la stessa cosa. Essendo sua la cosa, il titolare ha un potere su di essa; questo

potere del soggetto è chiamato *diritto soggettivo*: il potere di usare il bene, di alienarlo, di esigerlo. Dal punto di vista del diritto soggettivo si comprendono alcune espressioni quali il “diritto su una cosa”, il “diritto di fare” una determinata attività, il “diritto di esigere” una determinata condotta. Tali poteri dei soggetti, tali “diritti soggettivi” esistono, ma esistono proprio perché le cose (i “diritti”) gli appartengono. D'altronde, ciò che bisogna dare all'altro non è solo riconoscere i suoi poteri, ma si deve dare il suo bene, cioè, la stessa cosa che gli appartiene. In definitiva, non va confuso il diritto con la sua conseguenza che è il diritto soggettivo.

3.2. *Significato di “dare” a ciascuno il suo*

Il dovere di giustizia è di osservare una condotta consona al diritto. Perciò quando si dice “dare” a ciascuno il suo diritto, il verbo *dare* si deve intendere in un senso molto ampio che comprenda conferire, rispettare, restituire, trasferire, somministrare... In definitiva, si tratta di non ledere il diritto altrui.

L'atto giusto (non nel senso di atto non scorretto, ma nel senso di atto della virtù della giustizia) è un atto dovuto, corrispondente ad un dover essere: bisogna dare la cosa perché è sua. Tale bisogno è un dovere morale, che perfeziona il debitore, intanto che soddisfa un diritto altrui. L'atto dovuto in giustizia è un atto umano libero (non nel senso che provenga dalla liberalità del soggetto, ma perché, essendo un atto umano, esso è espressione della libertà dell'uomo). Il dovere giuridico può essere effettivamente garantito da una costrizione esterna; la coercibilità è possibile, e spesso augurabile affinché ci sia effettivamente, nella misura del possibile, giustizia tra gli uomini, ma la coercibilità non è di per sé una nota essenziale della giuridicità.

Ogni dovere giuridico, quindi, è, per natura, un dovere morale, il che non vuol dire, ovviamente, che ogni dovere morale relativo agli altri sia giuridico; lo sono solo quelli che rispondono ad un diritto altrui.

In termini scolastici si afferma che l'atto giusto (l'atto specifico della virtù della giustizia) è un atto secondo, in quanto presuppone l'esistenza del diritto. L'atto costitutivo di un diritto non è un atto giusto, nel senso di un atto dovuto in forza della virtù della giustizia, giacché il dovere di giustizia è dare a ciascuno il suo diritto, e, se un

atto costituisce il diritto, vuol dire che prima non esisteva e pertanto non bisognava darlo; il dovere di giustizia sorge come conseguenza della costituzione del diritto.

Per esempio, l'atto di impadronirsi di una cosa mediante la sua occupazione è un atto che costituisce un nuovo diritto. L'atto sarà "giusto" nel senso di corretto, di non essere ingiusto, ma non è un atto dovuto in giustizia. Una volta che la persona si è impadronita della cosa, ha costituito il nuovo diritto, nasce il dovere di giustizia di rispettarlo. Allo stesso modo, se una persona dona qualcosa ad un'altra, realizza un atto di liberalità, e non un atto dovuto in giustizia (altrimenti non sarebbe una "donazione"); dal momento in cui, però, realizza la donazione, sorge in capo al donante e a tutti il dovere di giustizia di rispettare il nuovo diritto costituito.

I doveri giuridici o doveri di giustizia, corrispondenti sempre ad un diritto, possono nascere da uno scambio tra uguali (e in tal caso si parla di giustizia commutativa), oppure si può trattare dei doveri che il singolo ha nei confronti dei diritti della comunità (sono i doveri di giustizia legale, chiamata così perché l'autorità definisce per legge quali sono questi diritti e doveri) oppure possono essere i doveri che la comunità deve dare (attraverso i suoi rappresentanti) ai suoi membri (giustizia distributiva).

Per giustizia, sia essa commutativa, distributiva o legale, bisogna dare all'altro esattamente ciò che è suo: dargli di meno è ingiusto; dargli di più può essere un'azione buona che, in ciò che ha di sovrappiù, risponde a una volontà di generosità, ma non di giustizia. Si suole collegare la giustizia con l'uguaglianza perché il giusto è l'uguale, nel senso che ciò che si dà deve essere uguale a ciò che si deve; si comprende, quindi, che la giustizia venga tradizionalmente rappresentata con una bilancia.

L'uguaglianza, però, può essere d'identità (quando bisogna dare esattamente la stessa cosa, per esempio, la stessa opera d'arte che si aveva in deposito), di equivalenza (di uguale valore, come quando si dà la stessa quantità di denaro, sebbene con diverse banconote) o di proporzionalità (secondo la finalità della ripartizione e secondo la relazione che i soggetti hanno nei confronti di tale finalità). La giustizia consiste nel dare ugualmente a ciascuno il suo, che non è lo stesso che dare a tutti la stessa cosa: ciò sarebbe un egualitarismo contrario alla giustizia.

4. TITOLO E FONDAMENTO DEL DIRITTO

Qual è la ragione profonda dell'appartenenza di una "cosa" ad una persona? In realtà è stato già detto: l'essere persona. La persona è un ente individuale unico e irripetibile, che non può confondersi in un altro né entrare in possesso di un altro (la persona è per natura *sui iuris*, cioè diritto di sé stessa e mai di un altro). La persona è libera, cioè padrona dei suoi atti e capace di impadronirsi del suo intorno. Per la fede si sa che la persona umana è l'unica creatura del mondo visibile che Dio ha voluto per sé stessa (*Gaudium et spes*, 24), creata ad immagine e somiglianza di Dio e con il mandato di dominare la terra (Gen. 1, 28). Per questo motivo la persona è rispettabile, lei e il suo operato e l'ambito che le appartiene. Il fondamento ultimo del diritto è, dunque, la persona umana.

Oltre a questo fondamento ultimo, comune a qualsiasi diritto, può esistere un fondamento prossimo, inteso come la peculiare circostanza che fa sì che un soggetto possa essere il titolare di un determinato diritto. Per esempio, la condizione di cittadino di un Paese permette di avere il diritto di votare e di presentarsi alle elezioni; l'essere sacerdote consente di poter ricevere un determinato incarico pastorale nella diocesi, la condizione di figlio permette di ricevere una determinata eredità, la circostanza di essere maggiorenne è requisito per statuire un contratto, e così via.

Non basta, però, il fondamento perché ci sia realmente un diritto determinato. Serve che ci sia qualcosa che attribuisce la cosa concreta ad un soggetto determinato. Non basta essere cittadino e maggiorenne per acquistare una macchina: occorre comprarla. Ciò che attribuisce la cosa ad un soggetto è chiamato il titolo del diritto; nel caso della macchina sarà il contratto di compravendita, se si tratta di un'eredità potrà essere il testamento, se è una carica, il decreto di nomina, e via di questo passo. Negli esempi menzionati il titolo lo costituisce un atto umano, che può essere formulato in un documento scritto.

5. DIRITTO E LEGGE

È fin troppo evidente che uno dei titoli dei diritti può essere la legge. La norma emanata dall'autorità competente, volta a indicare l'ordine che deve seguire la comunità per raggiungere il suo bene, stabilisce un ordine cogente e perciò costituisce dei diritti e dei correlativi doveri giuridici. Per esempio, quando il legittimo legislatore

organizza la distribuzione di un bene, come può essere nel caso della Chiesa l'amministrazione di un sacramento, costituisce e delimita dei diritti (a chi spetta l'amministrazione del sacramento, chi è competente per giudicare se esistano le condizioni per amministrarlo, dove è tenuto a celebrarlo, ecc.). La stessa cosa si può dire quando la legge ordina le condotte, comandandone alcune e proibendone altre, o quando stabilisce le condizioni per agire oppure quando organizza una serie di funzioni pubbliche: concede facoltà di agire, distribuisce competenze, costituisce, insomma, diritti dei singoli o di tutta la comunità nei confronti di chi svolge una funzione pubblica.

La legge, infatti, è emanata per ordinare la vita sociale verso il bene comune. L'arte (il saper fare) legislativa fa parte dell'arte politica, cioè di governare la *polis*, il che è applicabile anche all'arte di governare il Popolo di Dio. La finalità della legge non è direttamente giuridica, ma "politica"; la legge non pretende di definire i diritti ma vuole governare la vita sociale, organizzarla, tuttavia ha una efficacia giuridica enorme, in quanto stabilisce nuovi diritti o ne determina altri, e ciò lo fa per tutti i membri della comunità.

Una tale efficienza nell'ambito dei diritti ha fatto sì che il centro dell'attenzione si sia talvolta spostato dal diritto (da ciò che è giusto, da ciò che appartiene ad ognuno e gli è dovuto) alla legge. Si osserva che ci sono doveri perché stabiliti dalla legge e quindi si tende a pensare che tutto provenga dalla legge. Per evitare il legalismo, occorre non dimenticare che ci sono dei diritti previ alla legge umana positiva, che la legge deve rispettare sotto pena di nullità delle proprie disposizioni (non sarebbe *lex, sed corruptio legis*, perché non stabilirebbe un ordine, bensì un disordine). Inoltre ci sono anche tante altre esigenze di giustizia che promanano dall'agire libero umano e non dalla legge.

Il positivismo legislativo, quella corrente di pensiero, cioè, che ritiene che non esistano altre esigenze giuridiche se non quelle stabilite positivamente dalla legge umana, e che nega pertanto i diritti naturali e la legge divina o almeno la loro conoscibilità, ha avuto un grande influsso nella cultura contemporanea, nonostante la sua inconsistenza filosofica. Conseguenza, talvolta inconscia, di accettare l'impostazione positivista è il legalismo, quello schema di pensiero, cioè, che consiste nel considerare la legge umana come l'unica fonte dei diritti, come l'unico fattore di giuridicità dei rapporti umani.

Nell'ambito del diritto canonico, come è logico, si rifiuta il positivismo giuridico, in quanto incompatibile con l'idea di un Dio creatore e provvidente, autore della legge eterna dell'universo e della legge naturale insita nell'essere dell'uomo. Tuttavia, soprattutto dopo la codificazione della legislazione ecclesiastica del 1917, si tende ad assumere una concezione legalistica del diritto e addirittura inconsciamente positivista, dal momento che l'unica fonte del diritto nella Chiesa che viene presa in considerazione è la legge, e si pensa che, poiché la legge ecclesiastica proviene da chi gode di una potestà sacra, essa non può non produrre l'effetto giuridico di obbligare, qualunque sia il suo contenuto. In questo modo, pur rifiutando il positivismo giuridico dell'ambito civile, si cade in una sorta di "sacro positivismo", che non è certo sacro, ma sì positivista.

La canonistica è stata molto influenzata dalla concezione di Francisco Suárez sulla legge. Questo teologo gesuita del Seicento era interessato allo studio del dovere morale di obbedienza alla legge, piuttosto che al rapporto interpersonale di giustizia. Peraltro, secondo Suárez la legge sarebbe il frutto dell'atto della volontà del legislatore, che obbligherebbe perché proveniente dal Superiore di colui che deve obbedire. In questo modo si conclude che il diritto sarebbe ciò che è stato stabilito dal legislatore (*ius quia iussum*, diritto perché comandato, anziché *ius quia iustum*). Questa impostazione, chiamata volontarismo legislativo, se portata alle sue estreme conseguenze, sbocca in un positivismo giuridico, giacché il dovere giuridico proverrebbe dall'atto positivo del legislatore. A sua volta il positivismo muove in qualche modo da una concezione volontaristica della legge, in quanto ciò che interesserebbe al giurista sarebbe determinare quale sia l'effetto legale costituito.

Viceversa, partendo da una visione realistica del diritto e della legge, occorre far notare che se le leggi emanate dall'autorità producono un dovere giuridico, ciò è dovuto al fatto che esse stabiliscono un ordine che conduce la società verso il suo bene, proveniente da chi ha la funzione di ordinare la vita sociale (funzione che costituisce un *suum* dell'autorità), in modo tale che detto ordine costituisce un bene (un diritto) della comunità che i membri di essa devono rispettare. Tra l'altro, come si vedrà più avanti (Lezione VII), se la legge non conducesse al bene comune perché inadeguata, contraria ai beni giuridici preesistenti o ad altri beni, non stabilirebbe un ordine, bensì un disordine e di conseguenza non obbligherebbe giuridicamente poiché non costituirebbe nuovi diritti né nuovi doveri giuridici, per quanto apparisse con le manifestazioni formali di una legge emanata dal legislatore (non sarebbe "legge", ma *corruptio legis*).

6. LA CONOSCENZA DEL DIRITTO

Essendo il diritto ciò che è dovuto ad un altro perché gli appartiene, *ius quod iustum*, la scienza del diritto non sarà altro che la *iusti atque iniusti scientia*, come è stata definita dal giurista romano Ulpiano.

La conoscenza del diritto può avere diversi livelli. Esiste la conoscenza pratica di saper individuare il *suum* di ognuno; è un sapere pratico, cioè un'arte. Quest'arte è quella che deve possedere il giurista pratico, il cui mestiere è dichiarare il diritto di ognuno (la *iuris-dictio*). Le cose che appartengono alle persone hanno dei limiti ben determinati e appartengono in un modo preciso; il mestiere del giurista è indicare i limiti dei diritti e, di conseguenza, i doveri giuridici, non in modo astratto o approssimativo, ma, al contrario, con esattezza: fin dove arriva il diritto, chi ne è il titolare, quando occorre compiere il dovere, in quale modo, ecc. La delimitazione del diritto determina a sua volta il dovere giuridico, poiché si deve dare all'altro esattamente il suo diritto. I contorni dei diritti dipendono dalle circostanze; il giurista deve determinare il giusto *hic et nunc*. Perciò l'arte giuridica è un'arte prudenziale perché indica quale sia la condotta giusta da osservare in ogni momento. Non è, dunque, un caso che la conoscenza giuridica sia chiamata "iuris-prudentia".

L'arte giuridica non consiste nel dare a ciascuno il suo: ciò è compito di tutti gli uomini, che devono essere giusti. L'arte giuridica consiste nel saper identificare i diritti e i loro confini. Altro discorso è che in pratica sarà difficile che un uomo ingiusto sia capace di saper indicare la soluzione giusta in una determinata situazione.

La scienza del diritto è una conoscenza eziologica e sistematica di ciò che è giusto. Le domande della scienza giuridica sono: è giusto o ingiusto? perché? E, come in tutte le altre scienze, cerca di sistematizzare le proprie conoscenze, classificando i fenomeni studiati, individuando i principi che reggono determinate aree. Nascono quindi diversi rami scientifici del diritto: diritto penale, diritto processuale, diritto amministrativo, ecc.

Esiste certamente il rischio di cadere in un "concettualismo" del diritto, un "dogmatismo" attaccato alle categorie nozionali fabbricate dalla scienza giuridica che dimentica le esigenze di giustizia dei casi concreti. Il cultore della scienza giuridica dovrà perciò stare attento ai problemi giuridici che si presentano nella realtà per ragionare sulla giustizia a partire da essi. Perciò si afferma comunemente che la scienza

giuridica è una scienza pratica. E per questa ragione il giurista studia la giurisprudenza, vale a dire le sentenze emanate dai tribunali.

Un limite importante per la scienza del diritto canonico è attualmente, purtroppo, la mancanza di giurisprudenza (e di prassi amministrativa) pubblicata, in modo tale che il canonista ragiona spesso in termini astratti che possono allontanarlo dalle esigenze reali della giustizia.

L'oggetto della conoscenza giuridica è lo stesso diritto, ma, come è già stato rilevato, il diritto deve avere un titolo che attribuisca la *res iusta* ad un soggetto determinato. Per esempio, la dignità della persona umana attribuisce all'uomo i suoi diritti naturali umani; un testamento assegna un determinato bene ad un erede; un contratto di lavoro conferisce uno stipendio ad un lavoratore; una legge attribuisce una competenza ad una determinata autorità o un diritto a ricevere una prestazione parrocchiale ai fedeli delle parrocchie, e tanti altri esempi che si potrebbero considerare. Ne segue che per delimitare un diritto occorrerà identificare ed esaminare il suo titolo; per sapere, per esempio, se un determinato lavoratore ha diritto a ricevere uno stipendio, quando, quanto e come, occorrerà esaminare il corrispondente contratto di lavoro.

Poiché titolo importante di molti diritti, che condiziona in grande misura l'efficacia degli atti, è la legge, il giurista dovrà conoscerla allo scopo di adempiere il suo compito. Tuttavia va ribadito ancora una volta che l'oggetto della sua conoscenza non è la legge ma il diritto. La conoscenza della legge da parte del giurista è meramente strumentale: solo nella misura in cui serve per determinare i diritti. In definitiva, il giurista non è, contrariamente a quanto si possa pensare correntemente, un esperto in leggi, ma un esperto in giustizia. Un buon giurista non è colui che conosce bene la legislazione, ma colui che è capace di cogliere la problematicità giuridica dei rapporti intrapersonali, di individuare quali possano essere i titoli dei diritti, e capace di capire la portata di tali titoli, onde poter determinare il diritto di ognuno. Per quanto concerne la conoscenza del titolo legale, il giurista sarà colui che sa non solo capire il testo legislativo, ma cogliere il suo significato (l'ordine stabilito dal legislatore) che determina i diritti, cioè che sia capace di realizzare l'interpretazione giuridica corretta della legge.

La legge è un titolo molto importante dei diritti, ma non l'unico. Nella determinazione del giusto intervengono altri fattori: anzitutto la natura dell'uomo, il suo agire, le circostanze del caso. Peraltro già Ari-

stotele aveva capito che, essendo la legge (umana) una regola astratta (che astrae cioè le circostanze dei casi singoli per poter formulare la regola della generalità dei casi), può capitare che sia più conveniente in un caso concreto una soluzione diversa da quella prevista (giustamente) per la generalità dei casi: si tratta dell'*epikeia*, che san Tommaso traduceva con la parola latina *aequitas*, e la definiva come la stessa virtù della giustizia che risponde non al titolo legale, ma ai principi più alti.

Queste ultime considerazioni evidenziano come il compito del giurista non consista nella mera "applicazione logica" della norma generale al caso concreto, come vorrebbe il normativismo positivista, ma nel ragionamento necessario per arrivare alla soluzione giusta. Non per nulla lo studio della scienza giuridica nelle prime università europee era legato alla retorica, perché occorre l'arte di persuadere per evidenziare l'esistenza del diritto. È significativo che nel linguaggio comune si dica che "ha ragione" una persona per dire che "ha diritto".

ORIENTAMENTO BIBLIOGRAFICO

Javier HERVADA, *Cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, Edusc, Roma 2013 (l'opera originale è in spagnolo: *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona, Eunsa³, 2015). Dello stesso autore è utile consultare: *Introduzione critica al diritto naturale*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 1-70 (l'edizione originale è in spagnolo; esistono traduzioni in molte lingue). Reginaldo PIZZORNI, *La filosofia del diritto secondo S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2003, pp. 48-52.

Chi volesse approfondire la problematica della conoscenza scientifica del diritto, i modi di concettualizzare e di sistematizzare propri della scienza giuridica, può consultare: Pedro LOMBARDÍA - Javier HERVADA, *Introducción al Derecho Canónico*, in Instituto Martín de Azpilcueta. Facultad de Derecho Canónico. Universidad de Navarra, *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, a cura di Ángel Marzoa - Jorge Miras - Rafael Rodríguez-Ocaña, Pamplona, Eunsa, 2002, pp. 55-91 (edizione in inglese: *Exegetical commentary on the Code of canon law*, Montreal-Chicago, Wilson & Lafleur, 2004 [in seguito *Exegetical commentary*], pp. 23-59).

