FOLIA THEOLOGICA ET CANONICA (2019) 219–257

Bruno Esposito, O.P.

# LE RADICI DEL DIRITTO NATURALE ALLA DIFESA NELL'INSEGNAMENTO E NELLA DISCIPLINA RECENTE DELLA CHIESA CATTOLICA

Introduzione; I. Alcune considerazioni previe circa il significato proprio di alcuni termini e concetti attinenti la problematica del diritto naturale di difesa (*explicatio terminorum*), *1. Legge naturale – Diritto naturale – Diritto umano: cosa sono e le loro reciproche relazioni*, 1. Commissione Teologica Internazionale, 2. Compendio della dottrina sociale della Chiesa, 3. Catechismo della Chiesa Cattolica, 4. Dichiarazione universale dei diritti umani; II. Il diritto di difesa nel contesto dell'ordinamento giuridico canonico: alcuni brevi accenni, *1. Riferimenti nel CIC/83*, *2. Argomentazioni e riflessioni di alcuni giuristi contemporanei sull'argomento*; Conclusione.

> "Ma il Signore Dio chiamò l'uomo e gli disse: 'Dove sei?'. Rispose: «Ho udito il tuo passo nel giardino: ho avuto paura, perché sono nudo, e mi sono nascosto'. Riprese: «Chi ti ha fatto sapere che eri nudo? Hai forse mangiato dell'albero di cui ti avevo comandato di non mangiare?'. Rispose l'uomo: 'La donna che tu mi hai posta accanto mi ha dato dell'albero e io ne ho mangiato'. Il Signore Dio disse alla donna: 'Che hai fatto?'. Rispose la donna: 'Il serpente mi ha ingannata e io ho mangiato'"
>
> (*Gn* 3, 9-13)

## Introduzione

Il presente articolo riprende ed amplia l'intervento tenuto durante la XXI Giornata di Studio: *La perdita dello stato clericale nella Chiesa cattolica latina. Prospettiva storica, fondamenti filosofici-teologici e prassi attuale*[1], e quindi necessariamente si pone e si propone nell'economia stabilita dagli organizzatori della Giornata. In concreto mi è stato chiesto di ricordare solamente, alla luce del recente magistero, come anche della dottrina e della disciplina canonica, gli elementi costitutivi, e quindi irrinunciabili, del diritto di difesa, al fine di fornire al lettore i criteri per verificarne la realizzazione o meno ai nostri giorni, sia nell'ordinamento giuridico sostantivo della Chiesa cattolica,

[1] Organizzata dall'Istituto di Diritto Canonico *ad instar Facultatis*, dell'Università Cattolica Pazmany Péter (Budapest 11 febbraio 2019).

sia nella sua 'prassi'. Non a caso, quindi, ho scelto per l'esergo, il passo della *Genesi* dove è interessante notare che Dio stesso, che è onnisciente, riconosce ad Adamo ed Eva il diritto di difendersi chiedendo loro le ragioni del loro comportamento. Ovviamente, il diritto difesa è preso qui in considerazione in senso ampio e non solo nel contesto della *dimissione* dallo stato clericale, perciò senza entrare nello specifico delle procedure, come pena comminata per via amministrativa o giudiziale, data una chiara e precisa legge, quindi in un contesto dove esiste un accusatore ed una accusa che si esige precisa e circostanziata e non potrà mai essere generica ed indeterminata[2].

Inoltre, mi sembra necessario chiarire previamente le motivazioni, remote e prossime, che mi hanno portato ad accettare il cortese invito a parlare su questo tema, ed allo stesso tempo indicarne i limiti, per evitare false aspettative. La motivazione remota è di carattere prettamente personale. L'esperienza di un avvenimento doloroso: il suicidio di un sacerdote, in una diocesi statunitense una decina di anni fa, al quale non fu data la possibilità di difendersi. Ero ospite in una parrocchia negli USA ed una mattina mi trovai davanti il parroco in lacrime proprio per aver saputo della tragica morte del confratello. Il racconto delle circostanze in cui si era consumato il tragico gesto fu per me scioccante. Il sacerdote che si era tolto la vita aveva avuto venti anni addietro una relazione con una vedova. Riconosciuta la debolezza, aveva chiesto perdono ed aveva ripreso il suo ministero dedicandosi ad esso con piena dedizione e fedeltà. Purtroppo il suo caso era nell'archivio segreto della diocesi. In detta diocesi, in seguito a molte denunce di abusi sessuali da parte di chierici verso minori, il vescovo si dimise e l'Amministratore nominato dalla Santa Sede in attesa dell'arrivo del nuovo Vescovo, come segno di 'collaborazione' con le autorità civili, consegno all'FBI l'archivio segreto della diocesi. Nelle indagini, non si sa per quali ragioni, emerse anche il caso del sacerdote in questione, che evidentemente non aveva niente a che fare con detti scandali, ma che fu ugualmente, *'ad cautelam'*, sospeso dal ministero. Decisione inspiegabile aggravata dal fatto che non fu permesso al sacerdote di fornire le sue ragioni, in quanto gli fu addirittura negato, su consiglio degli avvocati civili della diocesi, d'incontrare il nuovo Vescovo e questo per motivi di prudenza e per evitare accuse di connivenza o copertura. Sentendosi ingiustamente abbandonato da

[2] Mi preme notare che anche nel caso di un chierico che chiede la concessione della dispensa dagli oneri legati al sacramento dell'Ordine, pur trovandosi in un contesto completamente diverso, le argomentazioni portate per giustificare la richiesta di quella che si configura nel Diritto Canonico come una grazia, pur non essendo ascrivibili evidentemente al diritto di difesa, dette ragioni dovranno avere lo stesso contenuto di verità, di argomentazione logica e razionale dei fatti. Perché sottolineo ciò che a prima vista potrebbe risultare privo di senso e sicuramente fuori contesto? La risposta è semplice ed è la personale convinzione che connota il presente contributo: *il diritto di difesa non è un fine, ma uno degli strumenti indispensabili con conseguire la verità e quindi la giustizia*.

tutti, completamente solo e senza sostentamento economico, arrivò a togliersi la vita.

Il motivo prossimo è costituito dall'incontro dei vescovi sulla protezione dei minori, tenutosi in Vaticano nel febbraio 2019. Su tale avvenimento e sulle aspettative al riguardo, risultano indicative le seguenti affermazioni pubblicate sul giornale ufficiale della Santa Sede: "L'abuso sui minori resta 'uno dei crimini più vili e nefasti possibili', ha ribadito Papa Francesco nel recente discorso al corpo diplomatico. Ma dinanzi alla crisi che ha provocato nella Chiesa 'non è giustificato un atteggiamento di disorientamento e di paura'. Occorre piuttosto 'impegnarsi a fondo', con 'decisione e radicalità', per dare concretezza ai tre 'atteggiamenti positivi' proposti come punti focali dell'incontro in programma dal 21 al 24 febbraio: la *responsabilità*, il *dovere di rendere conto*, la *trasparenza*"[3].

Al termine di questa introduzione ritengo opportuno indicare anche i limiti del presente articolo richiesti proprio, come ho accennato già all'inizio, dagli organizzatori dalla giornata di studio dedicata alla perdita dello stato clericale. Esso ha il semplice obiettivo di voler ricordare quelle che sono le esigenze inderogabili del diritto alla difesa: a livello *ontico* (cioè dell'esistente), *ontologico* (quindi del suo senso più profondo)[4] e *teologico* (intendendo qui il fondamento ultimo e l'orizzonte conoscitivo più ampio del reale). Ugualmente, ed allo stesso tempo, quello di evidenziare che il diritto di difesa non è 'il diritto', ma 'uno' dei diritti (intendendo con questo che esso deve coniugarsi sempre con altri diritti di uguale natura) che trovano il loro fondamento nel diritto naturale, e per converso/specularmente pongono dei limiti invalicabili a qualunque autorità umana. L'esigenza che sia data *sempre* ed a *chiunque* la possibilità di difendersi realmente, trova la sua giustificazione non tanto in una ideologica concezione dei diritti della persona ed in generico e vuoto garantismo, ma nel fatto che senza di essa sarebbe incerta e dubbiosa ogni decisione finale. Il diritto di difesa, mi sembra importante ribadirlo fermamente, anche se non può essere colto come un diritto assoluto, è *indispensabile* per il rag-

[3] Valiante, F. M., *Dalla consapevolezza all'impegno. Una riflessione di padre Federico Lombardi*, in *L'Osservatore Romano* (18-I-2019) 5: il corsivo è nostro. Il testo a cui si fa riferimento è il seguente: Lombardi, F., *Protezione dei minori: dalla consapevolezza all'impegno*, in *La Civiltà Cattolica* 170 (2019/I) 161-175; preceduto dal seguente articolo: Lombardi, F., *Verso l'incontro dei vescovi sulla protezione dei minori*, in *La Civiltà Cattolica* 169 (2018/IV) 532-548. Il discorso al corpo diplomatico a cui si fa riferimento è quello del 7 gennaio 2019. Per il testo integrale si veda: http://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2019/january/documents/papa-francesco_20190107_corpo-diplomatico.html (consultato il 3-II-2019).

[4] Distinzione e concettualizzazione che troviamo nel famoso testo di Heidegger, M., *Essere e tempo*, scritto dal filosofo tedesco nel 1927. In esso il padre dell'esistenzialismo propone una sorta di 'rilettura' di tutta la ricerca filosofica, alla luce di una constatazione e di una ipotesi: dato che la domanda sull'essere è tipica dell'uomo e solo l'uomo se la pone, si tratta per lui di analizzare in primo luogo proprio l'*esserci* dell'uomo, con tutto quello che questo significa.

giungimento della certezza morale riguardo la verità e la giustizia. Infatti, è di tutta evidenza che il diritto alla difesa consista in un nucleo essenziale di tutela e promozione della persona, ma si declini a vari livelli ed ambiti della vita di ogni essere umano, e come conseguenza della sua dimensione sociale, anche in ogni ordinamento giuridico. In modo tutto particolare quanto segue si propone di contestualizzare la questione del diritto di difesa nel nostro *essere* ed *agire* come persone nella Chiesa[5]. Tutto questo con il semplice proposito e desiderio di 'provocare' spero (e non di essere provocatorio) una proficua riflessione sul tema, nel contesto proprio dell'ordinamento giuridico canonico. Quindi nessun proposito di originalità ma, dato il momento storico in cui sembrano essersi dimenticati alcuni principi giuridici fondamentali, voglio solo qui ricordare alcuni pilastri che hanno distinto le società statuali per il loro grado di civiltà giuridica e la Chiesa cattolica[6] che con il diritto canonico ha contribuito alla loro evoluzione attraverso tutta una serie di principi e di istituti che le sono propri[7].

Nel proporre i seguenti spunti di riflessione riguardanti il diritto di difesa come appartenente a pieno titolo al diritto naturale, quindi quale diritto che appartiene all'uomo in quanto uomo e per questo non soggetto a negoziazione alcuna (diritto indisponibile a chiunque), seguirò prima di tutto il recente ma-

---

[5] Non dimenticando mai che: "Mediante il battesimo l'uomo è incorporato alla Chiesa di Cristo e in essa è costituito persona (…)." (CIC Can. 96).

[6] Per un confronto esemplificativo tra ordinamento italiano e canonico si può vedere: Dotti, F., *Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione del processo canonico e statale*. Roma 2005.

[7] Cf Berlingò, S., *La tipicità dell'ordinamento canonico (nel raffronto con gli altri ordinamenti e nell''economia' del 'diritto divino rivelato')*, in *Ius Ecclesiae* 1 (1989) 95-153. Tra tutti gli istituti tipici dell'ordinamento canonico, sicuramente occupa un posto di prima piano quello dell'*aequitas*. "La ricerca della soluzione giusta – intesa come soluzione ragionevole – deve essere fondata sull'*aequitas* che i canonisti vedono come un riflesso delle relazioni tra le persone della santissima Trinità. L'equità comporta uguaglianza sostanziale di tutti rispetto alla legge, la preminenza del caso, la valutazione degli atti e condotte in rapporto alla situazione, alle circostanze, alla natura delle cose. Decretisti e decretalisti si spingono oltre l'equità naturale e fanno dell'*aequitas canonica* – ha scritto Paolo Grossi – 'la norma suprema che sta alla base della Chiesa', lo strumento che adegua la norma alle trasformazioni sociali e che 'realizza l'adeguamento perfetto della forma alla sostanza' del diritto canonico. Per i medievali conoscere il diritto non vuol dire costruire e organizzare un sistema del diritto, ma comprendere l'*ordo* che riflette nei fatti stessi (diritto divino naturale) o che è emanazione della volontà divina (diritto divino positivo). L'interpretazione non si fonda sulla determinazione del testo della legge bensì sulla ricerca della verità delle cose" (Fantappiè, C., *Per un cambio di paradigma. Diritto canonico, teologia e riforme nella Chiesa*, Bologna 2019. 20-21). Sull'*aequitas canonica* come forza tendente a coincidere con la *voluntas Dei* e non come mero correttivo del *rigor iuris* si rinvia a: Calasso, F., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951. 166; invece sulla specificità di alcuni prinicipi, fenomeni ed istituti giuridici canonici (come per esempio: *dispensatio*, *tolerantia*, *dissimulatio*, *absolutio*, *aequitas canonica*, *utilitas Ecclesiae*, *ratio peccati*, *ratio scandali*, *bonum personae*, *bonum commune*, *charitas*, *salus animarum*) che nessun legislatore può sopprimere o stravolgere si veda: Fedele, P., *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962. 200.

gistero ed insegnamento della Chiesa. La scelta ha due motivazioni. La prima è che tali spunti riassumono in modo chiaro il valore soprattutto della legge naturale e del diritto naturale. La seconda è che questa appartenenza del diritto di difesa al diritto naturale è sì un aspetto esplicitamente o implicitamente sempre affermato nell'insegnamento ufficiale della Chiesa e nell'ambito dell'ordinamento giuridico canonico, ma, forse ingenuamente, dato per scontato e non sempre sufficientemente provato e tradotto, in modo particolare negli ultimi anni, in scelte concrete, soprattutto senza molte volte evidenziarne le intrinseche esigenze e le necessarie conseguenze, correndo il rischio, perciò, di farne una mera dichiarazione di principio. Di fatto, il riconoscere che un diritto appartiene al rango del diritto naturale è sì garanzia di autenticità ed essenzialità, ma rimane sempre in agguato la possibilità di un conflitto tra verità/giustizia e certezza/formalismo, nel qual caso il diritto ecclesiale, diversamente da quello che può accadere negli altri ordinamenti giuridici, non può che avere una scelta: optare per il primo! Questo anche a scapito dell'*ordinatus ordo iuris* che rimane, come anche tutte le *formalità* giuridiche, sempre un mezzo e non potrà mai essere inteso come un fine.

È nondimeno sovente riscontrabile una duplice *irrationalibitas*: con l'intento dichiarato di voler superare il formalismo giuridico, si finisce con l'eliminare gli strumenti che permettono il rispetto del diritto di difesa, il quale solo permette di accertare e dichiarare la verità *sostanziale* e dunque tutelare la giustizia.

Per questa ragione ho ritenuto conveniente iniziare con il ricordare alcuni concetti basilari circa la legge naturale, il diritto naturale ed il diritto positivo umano e le relazioni che si danno tra queste, in modo particolare tra il diritto naturale ed il diritto umano, specialmente il diritto canonico. Alla luce di questa esposizione, cercherò di evidenziare alcuni elementi strutturali e quindi essenziali che sono postulati, riguardo il diritto di difesa, in ogni ordinamento giuridico che vuole essere vero ordine di giustizia affinché possano conseguirsi veramente delle relazioni pacifiche tra i diversi membri e realizzare così quel fine della legge ricordatoci dal grande san Tommaso: il bene comune, che però mai potrà essere conseguito senza la realizzazione della giustizia[8]. Conclu-

[8] "Lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata" (S. Thomae, *S. Th.*, I-II, q. 90, art. 4) [La legge è un ordinamento di ragione volto al bene comune, promulgata da chi abbia la cura della comunità] - "Imperare autem est quidem essentialiter actus rationis; imperans enim ordinat eum cui imperat" (*ibid.*, q. 17, art.1) [Il governare è essenzialmente un atto della ragione; chi governa infatti ordina i soggetti a cui comanda]. Non dimenticando al riguardo la significativa affermazione del profeta Isaia: "(…) et erit opus iustitiae pax, et cultus iustitiae silentium, et securitas usque in sempiternum" (32, 17). Allo stesso tempo non bisogna trascurare che propriamente parlando il bene comune è il fine della politica: "Il 'polites' si sente coinvolto nella gestione della vita della sua città in prima persona: soffre, ama, combatte con ardore per i suoi concittadini quasi fossero membri della sua stessa famiglia. La meta finale della politica era infatti conseguire "il vivere bene". È proprio questa la

derò, tenendo presenti le esigenze intrinseche del diritto di difesa nel contesto soprattutto dell'ordinamento giuridico canonico, confrontandole con alcune difficoltà ed obiezioni, proprie al nostro contemporaneo, vissuto ecclesiale.

## I. Alcune considerazioni previe circa il significato proprio di alcuni termini e concetti attinenti la problematica del diritto naturale di difesa (*explicatio terminorum*)

Partiamo dal dato di fatto che generalmente, a livello esplicito o implicito, argomentato oppure semplicemente intuito a livello di 'buon senso'[9], il diritto

qualità che si riconosce ancora oggi ai greci: essi sperimentarono molto raramente quel conflitto fra società ed individuo che è causato dalla distanza fra chi è al potere e chi è sottomesso, ed è palese come gli interessi dell'individuo coincidessero con quelli della comunità. Ognuno trovava la propria realizzazione nella partecipazione alla vita collettiva e nella costruzione del "bene comune". (…) Il filosofo Aristotele (384 a. C. / 322 a. C.) trovò che la città ideata da Platone [428-348 a. C.] fosse affascinante, sicuramente, ma irrealizzabile. Probabilmente per Platone la 'polis' doveva essere intesa come un'idea in continua crescita ed evoluzione, condizione necessaria per il bene della comunità. Secondo il grande Aristotele, l'uomo è un 'animale politico' e, in quanto tale, è portato per natura a unirsi ai propri simili per formare delle comunità. Aristotele afferma anche che l'uomo è un essere naturalmente provvisto di 'logos', cioè d'intelletto e parola che ben si accordano con la sua innata socialità, perché è proprio mediante il "logos" che gli uomini possono trovare un terreno di confronto. Con l' avvento dell'Età ellenistica, in seguito alla morte di Alessandro Magno (323 a. C.) alla spartizione dei territori da lui conquistati tra i diadochi, la "polis" cesserà di esistere e il cittadino diventerà solo un obbediente suddito agli ordini del suo monarca, ma questo comporterà una forte crisi degli animi, un ripiegamento dell'uomo greco su se stesso e sarà proprio in questo periodo e per questo motivo che sorgeranno le filosofie dell'Epicureismo e dello Stoicismo o la Commedia di Menandro, volte a fare tornare almeno un debole sorriso sul volto di quelli che ormai erano solo sudditi. Ma l'epoca della "polis" è ormai definitivamente tramontata, non tornerà mai più e con essa sono volati via tanti sogni e ideali meravigliosi (Benatti L.,L., *Nell'etimologia della politica, il bene comune. Uno sguardo alle origini della parola "politica" per ricordarsi quegli ideali meravigliosi* https://www.lavocedinewyork.com/arts/lingua-italiana/2016/10/02/nelletimologia-della-politica-il-bene-comune/, 2-X-2016 [consultato il 20-I-2020]). Non possiamo nascondere una certa 'nostalgia', soprattutto nel momento presente, di questi ideali per i quali ci sentiamo inesorabilmente portati, ma allo stesso siamo coscienti che allo stato attuale sembrano non più realizzabili.

[9] Sul punto mi permetto di riproporre una mia breve riflessione: "Ci furon però di quelli che pensarono fino alla fine, e fin che vissero, che tutto fosse immaginazione: e lo sappiamo, non da loro, ché nessuno fu abbastanza ardito per esporre al pubblico un sentimento così opposto a quello del pubblico; lo sappiamo dagli scrittori che lo deridono o lo riprendono o lo ribattono, come un pregiudizio d'alcuni, un errore che non s'attentava di venire a disputa palese, ma che pur viveva; lo sappiamo anche da chi ne aveva notizia per tradizione. 'Ho trovato gente savia in Milano, – dice il buon Muratori, nel luogo sopraccitato, – che aveva buone relazioni dai loro maggiori, e non era molto persuasa che fosse vero il fatto di quegli unti velenosi'. Si vede ch'era uno sfogo segreto della verità, una confidenza domestica: il buon senso c'era; ma se ne stava nascosto, per paura del senso comune." (Manzoni, A., *I promessi sposi*, Cap. XXXII). Questa realistica riflessione ci è ritornata alla memoria riflettendo su tante situazioni e fatti di questi nostri giorni, in vari luoghi ed a diversi livelli. Che fine ha fatto il buon senso che non ha paura

di difesa è inteso come un diritto di ogni persona, un 'diritto umano' o come sempre più spesso viene chiamato oggi, in modo a mio avviso pericolosamente equivoco, un 'diritto fondamentale'[10]. Un tale diritto, per la dottrina cattolica, è un diritto che rientra nei 'diritti naturali'[11]. Ora questa affermazione richiede, soprattutto ai nostri giorni, in cui si mette in discussione o addirittura si nega l'esistenza stessa di una "legge naturale" (quindi sottratta alla volontà

---

di confrontarsi, sfidandolo sul piano della ragione e della fede, quel senso comune del quale è intrisa l'attuale cultura dominante, pienamente e manifestamente nichilista, risultato modesto ed inadeguato dell'ideologia illuministica? Invece, il buon senso non è altro che l'accostarsi alla realtà con un atteggiamento "sapienziale" al fine di coglierne l'intima, oggettiva verità e quindi il suo significato più profondo. Paradossalmente, invece, dalla moderna cultura, ebbra di scientismo e tecnicismo, si produce un vuoto che disorienta ed allo stesso tempo postula quelle risposte alle cosiddette domande esistenziale, che altro non sono che domande di senso, più che filosofiche, di carattere religioso, che toccano la spiritualità. Tutto questo spinge il cattolico all'urgenza di una vera e propria "incarnazione" della fede nel quotidiano che diventa cultura e segna così la vita e la sua qualità. Infatti, non dimentichiamo che: "Una fede che non diventa cultura è una fede non pienamente accolta, non interamente pensata, non fedelmente vissuta" (Ioannes Paulus II, *Lettera Autografa di Fondazione del Pontificio Consiglio della Cultura* [20 mai. 1982]: *AAS* 74 [1982] 685). "Il buon senso, che già fu capo-scuola, in molte scuole oggi è morto affatto! La scienza sua figliola l'uccise per veder com'era fatto!". "Il senso comune è il meno comune di tutti i sensi" (Esposito, B., *Buon senso o senso comune?*, in http://www.padrebruno.com/riflessione-2/, 4-II-2018 [consultato il 21-I-2020]).

[10] Qualificare un diritto come fondamentale lascia spazio a possibili equivoci in quanto ciò che può essere ritenuto fondamentale in un dato momento e luogo, potrebbe non esserlo in altri contesti. Possibilità che ovviamente non si dà nel qualificare un diritto come *costitutivo* della stessa natura umana. Su questo punto riporto due riflessioni di un arguto scrittore inglese che in modo semplice ed incontestabile 'illuminano' la questione: "(…) una volta che si comincia a pensare all'uomo come a qualcosa di mutevole e manipolabile, diventa sempre più facile per il potente e per il furbo modellarlo secondo forme sempre nuove e per ogni tipo di scopo innaturale. (…) Per quanto uno possa sbizzarrirsi, la sua immaginazione non può stare al passo con il terrore che nasce da quella fantasia umana che pensa di essere in grado di cambiare quella figura ben precisa che chiamiamo uomo. (…) Questo è l'incubo con cui il solo pensiero dell'adattamento ci spaventa. Ed è un incubo così poco lontano dalla realtà" (Chesterton, G. K., *Cosa c'è di sbagliato nel mondo*, Soveria Mannelli 2011, Kindle e-book, parte V, 1, posizione 2601).
"Nel momento in cui si mette piede nel mondo dei fatti, si entra in un mondo di limiti. Si possono liberare le cose dalle leggi estranee o accidentali, ma non dalle leggi della loro natura. Volendo, si può liberare una tigre dalle sbarre della gabbia, ma non la si può liberare dalle sue striature. Non liberate il cammello dal peso della sua gobba: potreste liberarlo dall'essere un cammello. Non andate in giro come dei demagoghi, incoraggiando i triangoli a scappare dalla prigione dei loro tre lati. Se un triangolo scappa dai suoi tre lati, la sua vita giunge a un a un termine doloroso" ( Chesterton, G. K., *Ortodossia*, Torino 2016, Kindle e-book, cap. 3, posizione 827).

[11] "(…) il diritto di difesa appartiene al diritto naturale. (…) 'che non sia leso *in alcun modo* il diritto di difesa che è *di diritto naturale* (…) 'in alcun modo' e 'diritto naturale', sembra con esse di voler palesare una duplice convinzione: a) la prima – che appare la più ovvia –, che la difesa sia un diritto naturale ; b) la seconda, che il diritto di difesa, non potendo mai essere leso 'in alcun modo', dovrebbe sempre trovare giuridica tutela, anche quando la sua violazione in una particolare fattispecie non sia stata prevista sotto pena di nullità" (Villeggiante, S., *Lo "Ius defensionis denegatum" e il diritto di difesa della parte dichiarata assente*, in *Monitor Ecclesiasticus* 111 [1986] 190-191).

dell'uomo), di non affrontare la tematica del diritto di difesa senza ricordare previamente l'insegnamento della dottrina cattolica al riguardo proprio sulla consistenza, il significato e le intrinseche relazioni della legge naturale. Quindi, previamente, anche se per *summa capita*, mi sembra importante ricordare alcune nozioni e chiarire il significato di alcuni termini e concetti attinenti il diritto di difesa, quali *legge naturale, diritto naturale* e loro positivizzazione attraverso la legge umana. Procederò partendo dagli interventi più recenti del magistero ed andando a ritroso, ma limitandoci, per motivi di spazio, al periodo successivo alla conclusione del Concilio Vaticano II[12].

## *1. Legge naturale – Diritto naturale – Diritto umano: cosa sono e le loro reciproche relazioni*

Conviene, prima di vedere quanto ricordato negli ultimi decenni dal magistero e dalla dottrina, chiarire subito il significato di questi concetti, visto che spesso e volentieri, in modo particolare a proposito della legge naturale e del diritto naturale, sono usati in modo e contesti impropri. Quindi, per *legge* (divina) naturale s'intende qui quella che è propria di tutti gli esseri creati che la partecipano però in modo differenziato: liberamente, le creature razionali, necessariamente, le creature irrazionali. Invece, per *diritto* naturale s'intende quella parte della legge naturale che è propria ed esclusiva dei rapporti intersoggettivi tra le persone che vivono in società. Conseguenza di tutto ciò sarà che quanto è prodotto dall'uomo nell'ambito giuridico, che in termini generali possiamo chiamare 'diritto umano positivo', non potrà mai andare contro quanto stabilito per legge divina, naturale o positiva che sia. Secondo il magistero e la dottrina della Chiesa cattolica questo rimane vero per tutte le società e per tutti gli ordinamenti giuridici, ma in modo tutto particolare per quella società che è la Chiesa e l'ordinamento canonico, che però troverà la sua specificità non nel diritto divino naturale, ma nel diritto divino positivo, promulgato nella Rivelazione: in modo particolare in quella *oltremisura* della giustizia richiesta da Cristo, che si realizza pienamente nella Carità, e che in quanto *oltremisura* non può essere raggiunta in assenza della *previa* giustizia[13].

---

[12] Sul nostro argomento abbiamo un accenno, per esempio, nel seguente testo: "Mossi dal medesimo Spirito, non possiamo non lodare coloro che, rinunziando ad atti di violenza nel rivendicare i loro diritti, ricorrono a quei mezzi di difesa che sono del resto alla portata anche dei più deboli, purché questo si possa fare senza ledere i diritti e i doveri degli altri o della comunità" (*Gaudium et spes*, 78).

[13] "Nulla est charitas sine iustitia" (Papa Francesco, Messaggio *In occasione XVI Congressus Internationalis Consociationis Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo* [30 sept. 2017]: *AAS* 109 [2017] 1026). Inoltre sull'argomento cf Bucci, O., *Gesù il Legislatore. Un contributo alla formazione del patrimonio storico-giuridico della Chiesa nel I millennio cristia-*

*1. Commissione Teologica Internazionale*

Inizio, con uno dei documenti più recenti al riguardo, che è stato redatto dalla Commissione Teologica Internazionale e pubblicato nel 2009[14].

Interessante per il nostro tema, la citazione che viene fatta nel documento della Commissione, tratta dal Decreto di Graziano sulla legge naturale: "…che fornisce la norma canonica di base nel XII secolo, inizia affermando: 'La legge naturale è ciò che è contenuto nella Legge e nel Vangelo'. Identifica poi il contenuto della legge naturale con la regola d'oro e precisa che le leggi divine corrispondono alla natura"[15]. Il testo prosegue chiarendo che la Chiesa cattoli-

---

*no*, Città del Vaticano 2011. In modo particolare si veda: Ghirlanda, G., *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione. Compendio di diritto ecclesiale*, Roma 2017. 65-80. Da qui anche la distinzione tra la morale ed il diritto: la prima copre tutto l'arco dell'agire umano e vede in gioco tutte le virtù, il secondo si occupa delle relazioni esterne tra i consociati e la virtù principalmente interessata è la giustizia. Su questo aspetto è tornato ultimamente il Santo Padre: "Vi chiedo di perseguire, con sempre più convinzione, la via della giustizia, come via che rende possibile un'autentica fraternità in cui tutti sono tutelati, specie i più deboli e fragili. Il primo punto che vorrei sottolineare in questo incontro è il Vangelo. Esso ci insegna uno sguardo più profondo rispetto alla mentalità mondana, e ci mostra che la giustizia proposta da Gesù non è un semplice insieme di regole applicate tecnicamente, ma una disposizione del cuore che guida chi ha responsabilità. La grande esortazione del Vangelo è quella di instaurare la giustizia innanzitutto dentro di noi, lottando con forza a emarginare la zizzania che ci abita. Per Gesù è da ingenui pensare di riuscire a togliere ogni radice di male dentro di noi senza danneggiare anche il grano buono (cf *Mt* 13,24-30). Ma la vigilanza su noi stessi, con la conseguente lotta interiore ci aiuta a non lasciare che il male prenda il sopravvento sul bene. Davanti a questa situazione nessun ordinamento giuridico potrebbe salvarci. In questo senso invito ciascuno a sentirsi coinvolto non solo in un impegno esterno che riguarda gli altri, ma anche in un lavoro personale dentro ognuno di noi: la nostra personale conversione. È solo questa la giustizia che genera giustizia! C'è però da dire che la giustizia da sola non basta, ha bisogno di essere accompagnata anche dalle altre virtù, soprattutto quelle cardinali, quelle che fungono da cardine: la prudenza, la fortezza e la temperanza. (…) Per favore, non dimenticate che nel vostro impegno quotidiano vi trovate spesso di fronte a persone che hanno fame e sete di giustizia, persone sofferenti, talora in preda ad angosce e disperazione esistenziale" (Papa Francesco, *Discorso per l'apertura del 91° Anno Giudiziario dello Stato della Città del Vaticano* [15 feb. 2020]: https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2020/02/15/0100/00217.html [consultato il 21-II-2020]).

[14] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale*, in: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20090520_legge-naturale_it.html, approvato in Commissione nella sessione dell'1-8-XII-2008 (consultato il 7-I-2019).

[15] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica*, n. 34. Alla nota 38 si riporta il seguente passo tratto dall'opera del monaco camaldolese comunemente nota come il *Decretum* Gratiani, intr. D. 1. c. 1: Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus. Ius naturale est quod in lege et Evangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri, et prohibetur alii inferre quod sibi nolit fieri. (…) Omnes leges aut divinae sunt aut humanae. Divinae natura, humanae moribus constant, ideoque hae discrepant, quoniam aliae aliis gentibus placent. Friedberg, Ae. (ed.), *Corpus iuris canonici*, I. Lipsiae 1879 (repr. Graz 1955) 1."L'espressione 'regola d'oro' cominciò ad essere attribuita all'insegnamento di Gesù durante il sedicesimo e il diciassettesimo secolo. Quella che chiamiamo la regola d'oro si riferisce a Matteo 7:12: 'Tutte le cose dunque che voi volete che gli uomini vi facciano, fatele anche

ca ricorda l'esistenza della legge naturale principalmente in quattro contesti: 1) la capacità degli uomini di cogliere con la ragione il messaggio etico contenuto nell'essere e quindi poter agire conformemente alla loro natura e dignità; 2) non essendo la società degli uomini il mero risultato di un contratto tra essi, "(…) *ricorda il carattere non convenzionale ma naturale e oggettivo delle norme fondamentali che regolano la vita sociale e politica*. In particolare, la forma democratica di governo è intrinsecamente legata a valori etici stabili, che hanno la fonte nelle esigenze della legge naturale e quindi non dipendono dalle fluttuazioni del consenso di una maggioranza aritmetica"[16]; 3) nell'ambito della vita pubblica gli interventi della Chiesa "(…) su argomenti che riguardano la legge naturale (…) non sono di per sé di natura confessionale (…)"[17]; 4) ed in ultimo, ma di maggior rilevanza per noi, ricorda che è importante ricordare l'esistenza della legge naturale: "(…) dinanzi alle minacce di abuso del potere, e anche di totalitarismo, che il positivismo giuridico nasconde e che certe ideologie trasmettono, la Chiesa ricorda che le leggi civili non obbligano in coscienza quando sono in contraddizione con la legge naturale, e chiede il riconoscimento dell'obiezione di coscienza, come pure il dovere della disobbedienza in nome dell'obbedienza a una legge più alta. Il riferimento alla legge naturale non solo non produce il conformismo, ma garantisce la libertà

voi a loro, perché questa è la legge ed i profeti'. Gesù conosceva il cuore umano e il suo egoismo. Infatti nel versetto precedente Egli descrisse gli esseri umani come 'malvagi' per natura (versetto 11). La regola d'oro di Gesù ci dà un modello in base al quale le persone naturalmente egoiste possono calibrare le loro azioni: trattare gli altri come vorrebbero essere trattate loro. La traduzione DIODATI traduce la regola d'oro in questo modo: 'Tutte le cose dunque che voi volete che gli uomini vi facciano, fatele anche voi a loro, perché questa è la legge ed i profeti'". Gesù riassume in modo brillante l'intero Antico Testamento in questo singolo principio, tratto da Levitico 19:18: "Non farai vendetta e non serberai rancore contro i figli del tuo popolo, ma amerai il tuo prossimo come te stesso. Io sono l'Eterno." Ancora una volta, vediamo sottinteso il fatto che le persone amano naturalmente l'ego e il comandamento usa questo difetto umano come punto di partenza per come trattare gli altri" (https://www.gotquestions.org/Italiano/regola-d-oro.html, s. d., consultato il 3-II-2019). Il testo continua evidenziando l'unicità della Regola d'oro cristiana rispetto alle altre religioni e filosofie per il suo aspetto attivo, d'invito ad amare e non solo passivo, di non fare agli altri ciò che non si vorrebbe ricevere. L'unico rilievo che mi sembra doveroso fare sulla sopra riportata citazione, è nei riguardi di quello che viene qualificato come *difetto umano*, che mostra in modo evidente di non aver compreso che il giusto amore per se stessi non è un difetto, ma un bene, un valore. Questa affermazione si fonda proprio alla luce della legge naturale (cf S. Thomae, *S. Th.*, II-II, q. 25, a. 7; q. 26, aa. 4-5).
Sulla relazione legge naturale e Regola d'oro rinvio al seguente interessante studio: Vigna, C., *Legge naturale, dinamiche del riconoscimento e Regola d'oro. Un'equazione continua*, in *Divus Thomas* 122 (2019) 266-282.

[16] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica*, n. 35. Il corsivo è dello scrivente.

[17] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica*, n. 35. Su questo punto si consiglia di rileggere le illuminanti affermazioni contenute in *Gaudium et spes*, n. 76.

personale e difende gli emarginati e gli oppressi da strutture sociali dimentiche del bene comune"[18].

Parlando poco dopo dei precetti principali della legge naturale ed aver ricordato che essi sono esigenze delle *inclinazioni* della persona (e non di *meri desideri* come oggi generalmente s'intendono) come *essere sostanziale*, come *essere vivente* e come *essere razionale*[19], mette in evidenza prima di tutto: "(…) l'inclinazione a conservare e a sviluppare la propria esistenza. Nei viventi c'è abitualmente una reazione spontanea dinanzi a una minaccia imminente di morte: si sfugge ad essa, si difende l'integrità della propria esistenza, si lotta per sopravvivere"[20]. "Il terzo insieme di inclinazioni è specifico dell'essere umano come essere spirituale, dotato di ragione, capace di conoscere la verità, di entrare in dialogo con gli altri e di stringere relazioni di amicizia. Perciò bisogna riconoscergli una particolare importanza. L'inclinazione a vivere in società deriva anzitutto dal fatto che l'essere umano ha bisogno degli altri per superare i propri limiti individuali intrinseci e raggiungere la maturità nei diversi ambiti della sua esistenza. Ma per manifestare pienamente la sua natura spirituale, ha bisogno di stringere con i suoi simili relazioni di amicizia generosa e di sviluppare un'intensa cooperazione per la ricerca della verità. Il suo bene integrale è così intimamente legato alla vita in comunità, che si organizza in società politica in forza di un'inclinazione [esigenza/necessità] naturale e non di una semplice convenzione"[21]. Quindi viene specificata l'intima relazione tra dette inclinazioni e le loro concrete realizzazioni nel rispetto della comune dignità della persona. Incomprensibilmente viene citato un brano dell'Antico Testamento, nello specifico *Tob* 4, 15, che ha un contenuto negativo (*non fare*), come la regola d'oro che, come è noto ritroviamo in *Mt* 7, 12 in una versione chiaramente positiva (*fatelo*). Ecco il testo: "A queste tendenze specifiche dell'uomo corrisponde l'esigenza avvertita dalla ragione di realizzare concretamente questa vita di relazione e di costruire la vita in società su basi giuste che corrispondano al diritto naturale. Ciò implica il riconoscimento della pari dignità di ogni individuo della specie umana, al di là delle differenze di razza e di cultura, e un grande rispetto per l'umanità dove essa si trova, anche nel più piccolo e nel più disprezzato dei suoi membri. 'Non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te'. Ritroviamo qui la regola d'oro, che oggi è posta come principio stesso di una morale della reciprocità"[22].

---

[18] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica*, n. 35. Alla nota 43 si rinvia a: Ioannes Paulus II, Enc. *Evangelium vitae*, nn. 73-74.

[19] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica*, n. 45.

[20] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica*, n. 48.

[21] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica*, n. 50. Alla nota 54 si rinvia a: Aristotele, *Politica*, I, 2 (1253 a 2-3); Concilio Vaticano II, Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 12, § 4.

[22] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica*, n. 51.

Successivamente, il documento affronta nel IV capitolo il rapporto tra la legge naturale e la città. A noi interessa ricordare qui solo alcune affermazioni che riguardano il nostro tema, ed in questo momento della nostra analisi, di una certa importanza in quanto evidenziano la distinzione tra legge naturale e diritto naturale e soprattutto il nesso che deve e non può non darsi tra diritto naturale ed il diritto umano. Al n. 83 leggiamo: "Affrontando l'ordine politico della società, entriamo nello spazio regolato dal diritto. Infatti il diritto appare quando più persone entrano in relazione. Il passaggio dalla persona alla società illumina la distinzione essenziale tra legge naturale e diritto naturale". E più avanti viene ricordato che: "Poiché gli esseri umani hanno la vocazione a vivere in società con altri, hanno in comune un insieme di beni da perseguire e di valori da difendere. È ciò che si chiama il 'bene comune'. Se la persona è un fine in se stessa, la società ha il fine di promuovere, consolidare e sviluppare il suo bene comune (…). A un primo livello, il bene comune si può intendere come l'insieme delle condizioni che consentono alla persona di essere sempre più persona umana[23]. Pur articolandosi nei suoi aspetti esteriori – economia, sicurezza, giustizia sociale, educazione, accesso al lavoro, ricerca spirituale e altri –, il bene comune è sempre un bene umano[24]. A un secondo livello, il bene comune è ciò che finalizza l'ordine politico e la stessa città. Bene di tutti e di ciascuno in particolare, esso esprime la dimensione comunitaria del bene umano. Le società possono definirsi per il tipo di bene comune che intendono promuovere. Infatti se si tratta di esigenze essenziali al bene comune di ogni società, la visione del bene comune si evolve con le stesse società, in funzione delle concezioni della persona, della giustizia e del ruolo del potere pubblico"[25]. Si noti questo rinvio alla giustizia che è *condicio sine qua non* della pace e quindi della concreta e realistica possibilità di realizzare il bene comune. Inoltre, non risulta essere una forzatura notare anche che il diritto di difesa per ciascun membro di una società, non possa non essere presente in tutti e due i livelli del bene comune: senza di esso non ci sarebbe realizzazione della persona e non si darebbe un duraturo ordine pubblico. Di fatto, quel bene comune che san Tommaso ha mirabilmente individuato come causa finale di ogni tipo di legge, non potrebbe mai conseguirsi senza il previo riconoscimento di ciò che è proprio di ciascuno, quindi anche del diritto di difesa[26].

[23] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica*, n. 85. A questo punto con la nota 79 si rinvia a: Ioannes XXIII, Enc. *Mater et Magistra*, n. 65; Concilio Vaticano II, Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 26 § 1; Dich. *Dignitatis humanae*, n. 6.

[24] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica*, n. 85. A questo punto con la nota 80 si rinvia a: Ioannes XXIII, Enc. *Pacem in terris*, n. 55.

[25] Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica*, n. 85.

[26] Cf *Is* 32, 17; *S. Th.*, I-II, 90, 4.

Sulla stretta relazione tra legge naturale e bene comune è interessante ricordare quanto evidenziava il Dottore Angelico. Egli ha giustamente colto *il fine ultimo* della legge naturale in ordine al ritorno dell'uomo al Creatore, dunque nella beatitudine eterna, ma non trascurando di porre in risalto il suo *fine prossimo* costituito appunto dal bene comune. Questo aspetto è stato recentemente messo in risalto in un approfondito studio dove leggiamo tra l'altro che: "Il contesto all'interno del quale Tommaso inserisce la sua trattazione della *lex naturalis* è quello del ritorno della creatura razionale al suo Creatore. (…) l'*ens universale* è l'oggetto proprio dell'intelligenza umana, rispettivamente come *verum universale* – allorché si consideri l'intelletto e come *bonum universale* – allorché si consideri la volontà"[27]. Quindi è questo il presupposto da cui partire per ragionare sul bene comune, e questo per il dato di fatto del suo legame costitutivo con la natura dell'uomo e la legge naturale. Individuando il bene comune nella causa finale prossima (e quindi ciò cui essa propriamente ordina), viene così posta l'idealità del bene che è oggetto proprio della volontà.

*2. Compendio della dottrina sociale della Chiesa*

Qualche anno prima (2004) la tematica dei *diritti umani* fu riassunta nel *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*[28] nei seguenti termini, dove leggiamo: "La Chiesa coglie in tali diritti la straordinaria occasione che il nostro tempo offre affinché, mediante il loro affermarsi, la dignità umana sia più efficacemente riconosciuta e promossa universalmente quale caratteristica impressa da Dio Creatore sulla Sua creatura. Il Magistero della Chiesa non ha mancato di valutare positivamente la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, proclamata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, che Giovanni Paolo II ha definito 'una vera pietra miliare sulla via del progresso morale dell'umanità'[29]". E subito dopo specifica: "*La fonte ultima dei diritti umani non si situa nella mera volontà degli esseri umani*, *nella realtà dello Stato, nei poteri pubblici, ma nell'uomo stesso e in Dio suo Creatore*. Tali diritti sono 'universali, inviolabili, inalienabili'. *Universali*, perché sono presenti in tutti gli esseri umani, senza eccezione alcuna di tempo, di luogo e di soggetti. *Inviolabili*, in quanto 'inerenti alla persona umana e alla sua dignità' e perché 'sarebbe vano proclamare i diritti, se al tempo stesso non si compisse ogni sforzo affinché sia doverosamente assicurato il loro rispetto da parte di tutti, ovunque e nei confronti di chiunque'. *Inalienabili,* in quanto 'nessuno può legittimamente privare di questi diritti un suo simile, chiunque egli sia, perché

[27] Simoncelli, D., *Legge naturale e 'bonum commune'. Per una rilettura di Tommaso d'Aquino*, in *Divus Thomas* 122 (2019) 23, 60.

[28] Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano 2004.

[29] Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio*, 81, n. 152.

ciò significherebbe fare violenza alla sua natura'"[30]. Riguardo l'*inalienabilità* mi sembra importante notare soltanto, per il momento, che nel testo si enuncia solo il significato figurato e secondario attribuito all'aggettivo, mentre viene taciuto il significato diretto e primario che fa riferimento all'ambito propriamente giuridico: che non può essere ceduto o venduto ad altri, ossia è indisponibile. Anche alla luce di entrambe le accezioni, bisogna chiedersi: rimane quindi aperta la possibilità di poter disporre o rinunciare ad un diritto naturale e nello specifico al diritto di difesa?

Un'altra affermazione di notevole importanza è quella con la quale si ricorda che: "*I diritti dell'uomo vanno tutelati non solo singolarmente, ma nel loro insieme: una loro protezione parziale si tradurrebbe in una sorta di mancato riconoscimento*. Essi corrispondono alle esigenze della dignità umana e implicano, in primo luogo, la soddisfazione dei bisogni essenziali della persona, in campo materiale e spirituale: 'tali diritti riguardano tutte le fasi della vita e ogni contesto politico, sociale, economico o culturale. Essi formano un insieme unitario, orientato decisamente alla promozione di ogni aspetto del bene della persona e della società (…). La promozione integrale di tutte le categorie dei diritti umani è la vera garanzia del pieno rispetto di ogni singolo diritto'. Universalità e indivisibilità sono i tratti distintivi dei diritti umani: 'sono due principi guida che postulano comunque l'esigenza di radicare i diritti umani nelle diverse culture, nonché di approfondire il loro profilo giuridico per assicurarne il pieno rispetto'"[31]. Infine, si ricorda, al fine di evitare ogni equivoco, che: "*Il Magistero sottolinea la contraddizione insita in un'affermazione dei diritti che non preveda una correlativa responsabilità*: 'Coloro pertanto che, mentre rivendicano i propri diritti, dimenticano o non mettono nel debito rilievo i rispettivi doveri, corrono il pericolo di costruire con una mano e distruggere con l'altra'"[32].

### *3. Catechismo della Chiesa Cattolica*

Ed arriviamo al *Catechismo della Chiesa Cattolica* (1992)[33], che non parla in modo esplicito del diritto di difesa, ma solo della "legittima difesa"[34]. Però è interessante e degno di nota che il *CCC* faccia rientrare quest'ultima, in un

[30] Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio*, 81-82, n. 153. Le citazioni contenute nel numero sono tratte dall'Enc. *Pacem in terris* di Giovanni XXIII e dal *Messaggio per la Giornata Mondiale della Pace 1999* di Giovanni Paolo II.

[31] Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio*, 82, n. 154.

[32] Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace: *Compendio*, 84, n. 156. La citazione contenuta è tratta dalla *Pacem in terris*.

[33] *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Città del Vaticano 1993. Modificato in alcuni numeri nel 1997; la modifica del 2018 cambia per la seconda volta il n. 2267 sulla pena di morte. Da ora in poi citato: *CCC*.

[34] Cf *CCC*, nn. 2263-2306.

certo senso, come *una* delle concrete manifestazioni del più ampio diritto di difesa per il fatto che: "L'amore verso se stessi resta un principio fondamentale della moralità"[35]. Detto amore verso se stessi non può considerarsi limitato alla mera vita fisica, ma include necessariamente il diritto di salvaguardare e quindi difendersi da *tutto* ciò che di fatto mette in pericolo la rispettabilità di una persona. Al riguardo non si deve trascurare un aspetto che, molte volte, rischia di essere dimenticato o di non essere debitamente considerato: l'aggettivo "difesa" determina e qualifica l'esercizio di un diritto[36] da parte di una persona che consiste essenzialmente e principalmente dal fare fronte ad un attacco, ad una minaccia, alla propria vita o a quel patrimonio che costituisce la propria dignità, cioè i diritti dei quali è titolare.

*4. Dichiarazione universale dei diritti umani*

Infine, per il fatto che sia il documento della Commissione Teologica Internazionale[37], sia il *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*[38], rinviano espressamente alla *Dichiarazione universale dei diritti umani*[39], riportiamo per commentarli brevemente gli articoli che interessano l'argomento che trattiamo.

> "Articolo 7
> Tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad un'eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad un'eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione.

[35] *CCC*, n. 2264.

[36] Come ho già accennato sopra, non è sempre chiaro che si possa intendere, anche se sicuramente in determinati casi e circostanze, anche come il *compimento di un dovere* (cf *CCC*, n. 2265 che parla di legittima difesa oltre che di un diritto, anche di un *grave* dovere).

[37] Cf nn. 5; 48; 115 e le note nn. 4 e 52.

[38] Cf n. 152.

[39] Ricordo che la Santa Sede, non essendo membro dell'ONU, non ha diritto di voto e di conseguenza non figura tra i votanti la Dichiarazione. Questo non mette in minima discussione la piena accettazione da parte della Santa Sede dell'insieme dei contenuti di tale Dichiarazione, anche se riserve sono state fatte riguardo alla sua fondazione (cf infra, nota 40). Inoltre, ricordo che il Documento sui diritti della persona fu adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nella sua terza sessione, il 10 dicembre 1948 a Parigi con la risoluzione 217A. Votarono a favore 48 membri su 58. Nessun paese si dichiarò contrario, ma otto si astennero e due non votarono. Questo documento doveva essere applicato in tutti gli stati membri, e alcuni esperti di diritto hanno sostenuto che questa dichiarazione sia divenuta vincolante come parte del diritto internazionale consuetudinario venendo continuamente citata da oltre 50 anni in tutti i paesi.

Articolo 8
Ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge.

Articolo 10
Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta.

Articolo 11
1. Ogni individuo accusato di reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie per la sua difesa.
2. Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetrato, non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso"[40].

[40] In https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf, 10-XII-1948 (consultato l'8-I-2019).
È importante tenere a mente le varie Dichiarazioni proclamate lungo il corso della storia, con particolare riferimento a quella americana del 1776, a quella francese del 1789, a quella delle Nazioni Unite del 1948 ed infine alle dichiarazioni sui diritti dell'uomo contenute nel Trattato che stabilisce una Costituzione Europea del 2004. A questo riguardo va notato che mentre nella Dichiarazione americana i diritti dell'uomo erano fondati su un *Dio creatore e provvidente*, la Dichiarazione francese riconosceva questi diritti in presenza e sotto gli auspici dell'*Essere Supremo* anche se era il Dio senza volto e inaccessibile nel cielo, del deismo illuminista. Nella Dichiarazione dell'ONU non si fa nessuno accenno a Dio e nel Trattato per la Costituzione Europea non si sono volute riconoscere le radici cristiane dell'antico continente, nonostante i continui interventi in tal senso dell'indimenticabile Giovanni Paolo II, riconosciuto ora santo. Così queste Dichiarazioni traducono con grande evidenza altrettanti passaggi della cultura moderna e contemporanea: dal teismo (1776), al deismo (1780) fino ad arrivare al secolarismo (1948; 2004). Questo ci spiega come da parte della Chiesa ci siano state riserve circa tali Dichiarazioni in quanto esse non hanno un fondamento oggettivo, perché non si fondano né sulla legge naturale, né sulla natura umana, né su Dio, ma solo sul consenso che si riesce ad ottenere intorno ad esse. Abbiamo così dei diritti 'deboli', cioè non assoluti, meri postulati convenzionali e/o utilitari, che restano più vuote dichiarazioni di principio che vero diritto, perché gli Stati non vogliono accettare che la loro sovranità possa essere limitata da un diritto divino naturale, diritto che non è, come dice Kelsen, *un'utile bugia* da far credere al popolo. Perciò i diritti dell'uomo lo Stato non li crea, ma deve riconoscerli e non può che riconoscerli (cf Pizzorni, R., *Diritto, Etica e Religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso D'Aquino*, Bologna 2006. 413-446).

Anche se detta Dichiarazione non accenna minimamente alla legge ed al diritto naturale[41], di fatto molti dei suoi contenuti sono parte di queste ultime, almeno questo è pacifico per chi vede il fondamento di questi diritti proprio nella legge e nel diritto naturale. Notiamo prima di tutto l'affermazione del principio di uguaglianza (cf Art. 7), di fronte alla legge umana ed il parallelo rifiuto di ogni forma di discriminazione. Detto principio deve essere però correttamente inteso: è vero che la legge deve essere uguale per tutti, ma è pure vero che non tutti sono uguali davanti alla legge! Per cui un tale principio non può intendersi nel senso che bisogna trattare e dare a ciascuno lo stesso, ma che ognuno va trattato e dato ciò che gli spetta, ossia "il suo" che è oggetto della giustizia. Inoltre, entrando nell'ambito procedurale, gli Artt. 8; 10-11 riconoscono ed affermano chiaramente: 1) il diritto ad un effettivo ricorso a *competenti* tribunali; 2) il diritto ad un tribunale *indipendente ed imparziale* che sentenzia sulla fondatezza o meno di un'accusa penale; 3) che ognuno è presunto innocente fino a che non sia condannato in un pubblico processo nel quale sia stato garantito il suo diritto di difesa; 4) il *favor rei*. Vengono pertanto positivamente formalizzati quei principi generali del diritto riguardanti qualsiasi persona 'accusata', parte intangibile di ogni ordinamento giuridico che si dichiari tale, in quanto manifestazione di quella civiltà giuridica che è patrimonio ed espressione *di* e d*ell*'umanità.

Quindi possiamo concludere, alla luce del recente insegnamento, diretto ed indiretto, della Chiesa ed anche del pensiero del Dottore Angelico che: "(…) la *lex naturalis* è l'espressione dell'ordine essenziale delle cose, dell'ordine di giustizia secondo il quale ogni essere ha le sue esigenze naturali, i suoi diritti di natura. (…) le esigenze fondamentali della natura umana si esprimono davanti alla ragione naturale sotto forma di giudizi primitivi, che sono la legge di natura. Sappiamo, tuttavia, che in senso stretto il diritto è limitato agli esseri ragionevoli e liberi, nei loro mutui rapporti dovuti e imposti dal vivere sociale. Propriamente parlando tra legge naturale e diritto naturale c'è una differenza come dal genere alla specie. La legge naturale studia e comprende tutto l'agire umano, mentre il diritto naturale, nel senso primo e proprio della parola, non riguarda che le questioni che trattano le relazioni fra gli uomini e concernenti, per conseguenza, la giustizia, i valori sociali. Non si devono confondere da un lato il regno delle supreme istanze morali, dei valori, e dall'altro il regno della libertà umana e delle storiche determinazioni. Non tutto ciò che è secondo la legge morale naturale può divenire giuridico"[42]. A questo punto è logico e doveroso verificare quale deve essere il rapporto che deve sussistere,

[41] Cf *supra*, nota 40.
[42] R. Pizzorni, *Diritto, Etica*, 15.

e non può non darsi, tra legge/diritto naturale e legge umana[43]. Al riguardo san Tommaso in modo lapidario ci ricorda che: "Come insegna S. Agostino [*De lib. arb.* 1, 5], 'non è da considerarsi legge una norma non giusta'. Perciò una norma ha vigore di legge nella misura in cui è giusta. Ora, tra le cose umane un fatto viene detto giusto quando è retto secondo la regola della ragione. Ma la prima regola della ragione è la legge naturale, come si è visto [*S. Th*., I-II, q. 91, a. 2, ad 2]. Quindi una legge umana positiva in tanto ha natura di legge in quanto deriva dalla legge naturale. E se in qualcosa è contraria alla legge naturale, non è più legge, ma corruzione della legge (*non est lex sed corruptio legis*)"[44].

Quindi risulterebbe incomprensibile, e nel concreto in se stesso contraddittorio, se un tale insegnamento del magistero riguardo l'obbligatorietà in genere del diritto naturale fosse ricordato alle varie nazioni o alle altre società politiche, ma rimanesse disatteso da coloro che sono chiamati a servire il popolo di Dio governandolo, in concreto: fosse disatteso proprio riguardo allo specifico diritto di difesa nell'ordinamento canonico. "È evidente che la Chiesa, nel dichiarare esigenze derivanti dal diritto naturale[45] – ciò che giustifica gli auto-

[43] Si adisce un giudice o un superiore, non perché *facciano* giustizia, ma solo ed esclusivamente affinché la *rendano*: la giustizia li precede! Essi sono chiamati solamente a dichiararla ed è semplicemente impensabile che pensino, anche solo in un frangente o per un attimo, di costituirla! Questa presa d'atto è giustificata dal prof. Hervada quando in suo noto scritto si pone la seguente questione: viene prima il Diritto o la Giustizia? Anche se i più risponderebbero la Giustizia, il prof. Hervada fa notare che così non è nella realtà ed ecco le sue argomentazioni. Se l'atto di giustizia consiste nel dare a ciascuno il suo, affinché esista questo atto di Giustizia deve preesistere il *suum* del Diritto. Quindi l'atto di costituzione del Diritto deve precedere l'atto di Giustizia. Questa segue il Diritto, e l'attribuzione crea il Diritto, per questa ragione il Diritto è anteriore alla Giustizia: la costituzione del Diritto non è un atto di Giustizia, lo precede! Sempre, per il nostro A., l'atto di Giustizia è un atto secondo. Per lui dire che il Diritto deve essere giusto o che il Diritto positivo umano è opera di giustizia ha senso solo se si ha un Diritto preesistente in relazione al quale può e deve essere giusto. Questo Diritto è il Diritto divino, naturale o positivo. Perciò ha senso parlare di Diritto giusto solo supponendo l'esistenza del Diritto divino, naturale e positivo, perché solo rispetto a questo si dà vera Giustizia (cf Hervada, J., *Coloquios propédeuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona 2002. 39-46).
"La libertà è anzitutto una condizione dell'essere, caratterizzata positivamente mediante la consistenza di certi diritti. I diritti presuppongono il diritto e acquistano realtà solo nel nesso vincolante del diritto" (Ratzinger, J., *Chiesa, ecumenismo e politica*, Milano 1987. 188).
"Ciò significa che non la legge è misura della giustizia, ma *la giustizia è misura della legge*; e poiché giustizia di una cosa è conformità di essa a qualche altra cosa, non può inferirsene se non che di là della legge vi è qualcosa, senza di cui la legge non potrebbe operare" (Carnelutti, F., *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Eresie del secolo*, Assisi 1962. 262).

[44] *S. Th*., I-II, q. 95, a. 2.

[45] Cf can. 747 § 2; *Catechismo della Chiesa Cattolica*, (cf Cost. Ap. *Fidei depositum* [11 ottobre 1992]), nn. 1909, 2032, 2036-2038, 2238, 2446 e 2485.

revoli interventi della Santa Sede in àmbito internazionale –, non può minimamente sentirsi esonerata dal darne adempimento in modo esemplare"[46].

Al termine di questa veloce carrellata possiamo quindi concludere che: "Il diritto naturale – particolarmente nella Chiesa cattolica – è rimasto il modello di argomentazione con cui essa si appella alla ragione comune nei dialoghi con la società laica e con altre comunità di fede e cerca i fondamenti a favore di un'intesa sui principi etici del diritto in una società pluralistica 'secolare'"[47]. Di fatto solo "(…) una legge di natura imperniata sul riconoscimento della dignità-di-essere di ogni persona e sul valore di reciprocità della regola aurea può proporsi come criterio di discernimento, nelle circostanze storiche concrete, tra ciò che realizza l'umano e ciò che da esso si allontana. I valori ritenuti irrinunciabili non vanno deposti, ma debbono farsi valere e mostrare la loro pregnanza nell'orientare decisioni responsabili nelle sfide di civiltà in cui è in gioco il bene della convivenza"[48]. Se questo rimane vero e verificabile per il diritto naturale generalmente inteso, deve ugualmente riconoscersi nei confronti del diritto di difesa che, come si è visto, ne fa pienamente parte.

## II. Il diritto di difesa nel contesto dell'ordinamento giuridico canonico: alcuni brevi accenni

### *1. Riferimenti nel CIC/83*

Previamente ricordo semplicemente, a mo' di mera esemplificazione e per il lettore che intendesse proseguire uno studio dettagliato, quando e quante volte si parla nel CIC di diritto di difesa. In particolare di: a) *Defendendus, a, um*, per un totale di tre volte, precisamente nei cann. 695, § 2; 697, § 2; 1720; § 1; b) *Defendo, ere*, per un totale di cinque volte, nei cann. 221, § 1; 229, § 1; 635, § 2; 879; 1596, § 1; c) *Defensio, onis*, per un totale di undici volte, nei cann. 697, § 3; 698; 699, § 1; 1598, § 1; 1601; 1602, § 1; 1602, § 2; 1602, § 3; 1603, § 1; 1606; 1620, § 7; d) *Defensor, oris*, una sola volta, nel can. 1481, § 3[49]. Quindi nel vigente Codice per la Chiesa latina abbiamo dei riferimenti che

[46] Llobell, J., *L'efficace tutela dei diritti (can. 221): presupposto della giuridicità dell'ordinamento canonico*, in *Fidelium Iura* 8 (1998) 243.

[47] Ratzinger, J. – Habermas, J., *Etica, religione e Stato liberale*, Brescia 2005. 50.

[48] Totaro, F., *L'utopia della legge naturale*, in *Divus Thomas* 122 (2019) 263. Riguardo il riconoscimento ed il rifiuto del diritto naturale nella storia e soprattutto ai nostri giorni, rinvio il lettore ai seguenti studi: H. Seidl, *Riesame del diritto naturale in Aristotele e S. Tommaso dinanzi a moderne critiche*, in *Doctor Communis* fasc. 1-2 (2011) 163-180; I. Belloni, *I diritti umani, questi (s)conosciuti*, in https://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/Belloni.M_I_diritti.pdf?pdf=i-diritti-umani-questi-sconosciuti, n. 25 del 2019 (consultato il 9-II-2020).

[49] Ochoa, X., *Index verborum ac locutionum Codicis Iuris Canonici*, Città del Vaticano 1984.[2] 131-132.

toccano l'ambito della difesa dei propri diritti ovvero della vera e propria difesa da una accusa per un totale di solo 20 volte.

## *2. Argomentazioni e riflessioni di alcuni giuristi contemporanei sull'argomento*

In concreto, per ragioni di tempo e spazio, presento, come spunto, in particolare il pensiero di due riconosciute autorità nella canonistica contemporanea. Inizio con mons. Erlebach il quale ha scritto che il diritto di difesa è un "metadiritto", ossia un diritto composto da un insieme di diritti specifici, non del tutto omogenei. Nel contesto del diritto positivo, per lui il diritto di difesa ha diverse accezioni, che è possibile ridurre a tre: 1) il diritto "fondamentale" alla difesa; 2) la sua formulazione legislativa; 3) l'insieme delle facoltà processuali[50]. Mi limito qui a prendere in considerazione soltanto le prime due.

Ora, sotto il primo aspetto, a mio sommesso avviso, esso si presenta non tanto, come scrive Erlebach, come *un diritto fondamentale della persona finalizzato alla tutela della persona stessa e dei suoi diritti e per questo preesistente all'ordinamento giuridico, diretto a tutelare i diritti soggettivi autonomi e gli interessi legittimi*[51], ma piuttosto, alla luce dell'insegnamento della Chiesa che ho cercato di ricordare sopra, come un vero e proprio diritto della persona a livello di natura (evitando così qualsiasi equivoco riguardo il significato di fondamentale). In questa accezione il diritto di difesa non ha contenuti determinati (dovrà avere, come abbiamo visto nella Dichiarazione dell'ONU, elementi costitutivi) ma si *autoimpone* al legislatore affinché predisponga gli strumenti giuridici per una sua efficace applicazione. Negli ordinamenti giuridici moderni esso assume il rango del diritto a una efficace tutela giuridica, la cui espressione massima è il diritto al processo giusto. In tutti gli ordinamenti giuridici e quindi anche in quello canonico, in senso primo e proprio il diritto di difesa si dà nel processo, nel quale titolare è sia l'attore (dal punto di vista del diritto di azione per far valere giudizialmente e dunque tutelare i diritti asseriti lesi), sia il convenuto[52]. In particolare per il convenuto, il diritto fondamentale di difesa è l'espressione dell'elementare esigenza di giustizia di potersi difendere in un processo che per il medesimo può essere una vera e propria minaccia [attacco] ai propri diritti[53].

---

[50] Cf Erlebach, G., *Defensa [Derecho de]*, in *Diccionario Generale de Derecho Canónico*, II. Pamplona 2012. 999.

[51] Cf G. Erlebach, *Defensa*, 999.

[52] "Christifidelibus competit ut iura, quibus in Ecclesia gaudent, legitime vindicent atque defendant in foro competenti ecclesiastico ad normam iuris" (can. 221, § 1).

[53] Diritto di 'proteggersi' di fronte un attacco (per questo, come già in precedenza accennato, la legittima difesa rientra nel contesto più ampio del diritto di difesa) e appartiene ai diritti naturali

Nella seconda accezione (formulazione legislativa) si presenta come un insieme di norme che determinano in concreto, in alcuni casi solo indirettamente, i mezzi giuridici o i modi con i quali la persona può tutelare i suoi diritti in un determinato ordinamento giuridico di fronte alle azioni presentate contro di lui davanti ad un giudice o in generale davanti ad una pubblica autorità. La parte attrice ha sempre il diritto alla contro difesa. Quindi, la dimensione legislativa consiste, in principio, nella espressione normativa (traduzione in termini giuridici) del diritto naturale di difesa. Senza dubbio l'intervento del legislatore deve tenere conto anche di altri principi dell'ordinamento canonico e deve coniugarsi in modo armonioso e sostanzialmente vero con gli altri diritti dello stesso genere. "De ahí se sigue, entre otras cosas, que la expresión legislativa del derecho de défensa, sin perjuicio del reconocimiento de su carácter de derecho fundamental, es decir, de su raíz en el derecho natural, está sujeta a posibles modificaciones"[54]. Rimane fermo, in ogni caso, che queste possibili modificazioni non potranno che rispettare e tutelare, tendendo a migliorare, ciò che è il diritto naturale alla difesa, che in quanto tale non può essere derogato, sospeso, ecc. Ogni eventuale eccezione dovrà essere tale e non essere, nei fatti e nella realtà, una nuova regola o 'legge', che in quanto contraria al diritto naturale, non sarebbe tale, ma solo una sua "corruzione"[55].

Giustamente mons. Erlebach nota che il diritto di difesa di ciascuna delle parti comprenda il diritto ad essere *informata* ed essere *ascoltata* e che il contenuto del diritto di difesa si può determinare di forma più concreta, solo alla luce dei diversi tipi di processo giudiziale o di ricorso amministrativo[56]. Trattasi dei due tradizionali elementi riconosciuti dalla costante giurisprudenza canonica come essenzialmente costitutivi del diritto di difesa: *ius ad auditionem* e *ius ad responsionem*[57]. Riguardo al suo esercizio nei vari procedimenti e situazioni, l'Autore ricorda che esso deve essere offerto a tutti ed in eguale misura alle parti, ma questo non implica che il diritto sia effettivamente eser-

'fondamentali' dell'uomo e all'essenza di ogni processo ordinato. Nel processo canonico, il diritto di difesa consiste soprattutto nel diritto alla risposta frequente alla domanda e al diritto di essere ascoltato ed anche essere rappresentato da un avvocato ed avere un giudice imparziale. Il diritto di difesa deve essere dato realmente a tutti, ma questo non vuol dire che l'interessato, per qualsiasi motivo, possa rinunciarvi (cf Guthoff, E., *Derecho de defensa*, in *Diccionario enciclopedico de Derecho Canónico*, Barcelona 2008. 301). Conseguenza è che per Guthoff il diritto di difesa è un diritto disponibile.

[54] Erlebach, G., *Defensa*, 1000.

[55] Cf S. Thomae, *S. Th.*, I-II, q. 95, a. 2.

[56] Cf Erlebach, G., *Defensa*,1001.

[57] "Jus defensionis constat duobus elementis, scilicet 'facultate contradicendi actioni ab altera parte proposita atque jure ad auditionem' (cfr. dec. c. Stankiewicz d. 25 febr. 1982, n. 6). Juxta communem N.F. jurisprudentiam certo certius jus defensionis denegatur quando deficit possibilitas sese defendendi, seu requiritur et sufficit 'ut pars in judicium vocata jus defensionis reapse exercere possit'" (decr. c. Faltin, 25.05.1987, n. 9, in Fanelli, A., *Relatio super iurisprudentia de ritu*, Civitate Vaticana 2003, pars. I, 125, in D).

citato dai rispettivi titolari, ritenendolo così, anche lui, come per il prof. Guthoff, un diritto disponibile! Infine, nota giustamente che non è ammissibile un abuso del diritto di difesa, specialmente di natura ostruzionistica[58]. Al riguardo conviene tenere presente che la possibilità di un abuso, non si dà solo in ambito processuale, ma è sempre possibile per ogni diritto che viene inteso/preteso come assoluto e dimentica il correlativo dovere di un altro e soprattutto la reciprocità[59].

Il secondo giurista di riferimento che ho scelto è mons. Llobell, in quanto in molti suoi scritti tocca la tematica del diritto di difesa, proponendo suggestive riflessioni riguardo soprattutto la sua giustificazione ultima nel diritto naturale. Riporto di seguito le sue più importanti considerazioni in quanto sono convinto che per la loro chiarezza costituiranno una valida base per un fruttuoso approfondimento da parte del lettore. Innanzi tutto egli pone il diritto di difesa tra quei diritti che trovano la loro origine e la loro tutela nella metafisica. Deducendo coerentemente che si: "(…) presuppone che la civiltà giuridica sia nata con la presa di coscienza del carattere originario (precedente ad ogni provvedimento umano) della giustizia, della *'res iusta'*. (…) Questa universale e iniziale percezione del bisogno di formalizzare i mezzi atti a tutelare la giustizia preesistente portò al concatenato convincimento della necessità che a 'decidere' quale sia la soluzione giusta della vertenza e il modo di riparare l'ingiustizia debba essere un terzo indipendente dalle parti litiganti, il quale sarà chiamato ad emettere un provvedimento sostanzialmente 'dichiarativo' dell'originaria '*res iusta*', fra soggetti ai quali vengono riconosciute 'pari opportunità' di difendersi. Infatti, le prime norme umane di natura giuridica riguardano, in ogni cultura (la romana 'Legge delle XII tavole' [451-450 a. C.] ne è un ottimo esempio), sia i mezzi per garantire sia l'uguaglianza fra le parti in causa, sia la terzietà e l'indipendenza del 'giudice' [o comunque dell'autorità chiamata a decidere in un contenzioso]. Detti concetti appartengono in buona misura alla natura delle cose, allo '*ius gentium*' o al 'diritto naturale', secondo le diverse impostazioni del fondamento ultimo della giustizia"[60]. Da quanto riportato, mi sembra importante sottolineare due aspetti, ma tra loro profondamente correlati. Prima di tutto che il diritto di difesa rientra in ciò che possiamo individuare, a prescindere dalla posizione filosofica e teologica di partenza, come una vera e propria esigenza/*debitum*, aspettativa di ogni persona. In secondo luogo, che solamente alla luce di questa esigenza, si è sentita

[58] Cf Erlebach, G., *Defensa*, 1002.

[59] Cf Cotta, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomelogia giuridica*, Milano 1991.[2] 212-216.

[60] Llobell, J., *Il diritto al processo giudiziale contenzioso amministrativo*, in Baura, E. – Canosa, J. (a cura), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano 2006. 214.

la necessità di positivizzarla attraverso delle norme umane, prima di tipo consuetudinario e successivamente attraverso delle norme scritte[61].

Un altro aspetto che mi preme riproporre delle profonde ed argomentate riflessioni di mons. Llobell, riguarda un vero e proprio nervo scoperto, soprattutto oggi, nell'amministrazione della giustizia nell'ambito canonico, nel contesto della potestà di governo della Chiesa e soprattutto per quanto riguarda le funzioni esecutive e giudiziarie. Chiaramente egli ricorda che: "Poiché l'autorità ecclesiale non è munita del carisma dell'infallibilità riguardo ai provvedimenti amministrativi, di governo della comunità, ne deriva il diritto al processo giudiziale contenzioso amministrativo e ai suoi elementi essenziali [cf *Pastor bonus*, art. 123, §§ 1-2 (…)]. Infatti, l'ecclesialità del tentativo di correggere il provvedimento dell'autorità proviene sia dalla sua fallibilità in questioni per le quali essa non ha il carisma dell'infallibilità, sia dalla corresponsabilità di ogni fedele, nel rispetto della diversità essenziale fra il sacerdozio comune e ministeriale, nella realizzazione della Chiesa (cfr. cost. dogm. *Lumen gentium*, n. 10). D'altro canto, il grave danno provocato da alcuni pochi chierici o altre persone con particolari compiti ecclesiali, e il successivo ricorso al diritto di difesa da parte dei loro fautori contro i provvedimenti sanzionatori dell'autorità, non possono intaccare i principi essenziali dell'ecclesiologia riguardanti gli elementi essenziali del giusto esercizio della potestà. Infatti, come è stato ricordato dal Sinodo del 1967, la libertà e la discrezionalità di cui gode l'autorità non può giustificare l'arbitrarietà, la quale è vietata dal diritto divino naturale e positivo: *'usus potestatis in Ecclesia arbitrarius esse non potest, idque iure naturali prohibente atque iure divino positivo et ipso iure ecclesiastico'*. L''affievolimento' dei principi di giustizia per motivi di 'opportunità', poiché implica la rinuncia alla verità, finisce per relativizzare l'intero impianto voluto da Cristo per il governo della Chiesa, fino a rischiare d'intaccare il deposito della fede e per offrire un'immagine 'politica' [e sicuramente una di cui vantarsi!] della *sacra potestas*, staccata dalla *salus animarum* e dalla trascendenza,

[61] Non trascurabile, per la storia e la filosofia del diritto, il significato delle XII Tavole che è stata una vera e propria riforma costituzionale in favore della certezza del diritto, nel contesto dei conflitti sociali tra plebei e patrizi nella Roma V sec. a. C. Ugualmente conviene notare che: "Non che il mondo antico e medievale non conoscesse leggi: ma, oltre ad essere estremamente meno numerose delle nostre – non solo per l'incompiutezza del potere politico, ma soprattutto per l'idea che il diritto disciplina i rapporti tra uguali, ma non tra tutti, e quindi *non tutto* è propriamente oggetto di diritto – erano qualcosa di ben diverso. Così la *lex* romana era più simile ad un atto amministrativo, a un provvedimento particolare, che non una legge generale ed astratta, come è per noi oggi. In ogni caso la legge non è *la* fonte del diritto, ma *una* possibile fonte, se c'è: in ogni caso, il giudice interviene anche su di essa, disapplicandola o correggendola, per ristabilire l'equità, in vista del bene pubblico, e così il pretore romano inventa un insieme di rimedi processuali che temprano il *rigor* del *ius civile*" (De Bertolis, O., *La moneta del diritto*, Milano 2012. 90-91).

e in contraddizione con la massima patristica '*praesis ut prosis*' (…)"[62]. Ci troviamo, perciò, ad un delicato, ma quanto mai necessario, bilanciamento tra diversi diritti, che mai troverà soluzione nel non permettere la realizzazione, reale e possibile *hic et nunc*, di uno dei due. Rimane quindi un punto fermo, e direi quasi 'intangibile e sacro', che ogni esercizio dell'autorità di governo, soprattutto nella Chiesa non può concepirsi o venir tanto meno intesa nei termini del *Principes legibus solutus* dell'epoca tardo imperiale, cioè che l'Imperatore non fosse sottomesso a nessuna legge in quanto ne era l'autore. Questo significa che anche nella Chiesa, e non solo nelle comunità politiche, tutte le autorità in esse costituite sono e devono sentirsi soggette al 'principio di legalità'. Di fatto solo il rispetto di un tale principio e la sua applicazione sono un argine reale al pericolo non infondato, come ribadirò più avanti, all'abuso di potere[63]. Non si deve anche dimenticare che l'applicazione del principio di legalità "(…) nella Chiesa non rappresenta una semplice 'importazione', ma si fonda nella natura stessa della potestà ecclesiastica di governo. Si tratta, in altre parole, di una formula tecnica che evidenzia esigenze di giustizia specificatamente ecclesiali"[64]. Inoltre, lo stesso diritto di difesa richiede come condizione previa ed essenziale che si dia un'applicazione piena del principio di legalità riguardo i modi di produzione e promulgazione della normativa. Infatti, come è solo possibile pensare che si possa darsi un reale diritto di difesa quando non si ha chiarezza e certezza della norma in base alla quale si dovrebbe essere giudicati e, segnatamente nel diritto penale, imputati?[65]

---

[62] Llobell, J., *Il diritto al processo*, 214; 216-217.

[63] Cf CIC Can. 1389 §§ 1-2.

[64] Miras, J., *Il principio di legalità e l'amministrazione ecclesiastica*, in Miras, J. – Canosa, J - Baura, E., *Compendio di diritto amministrativo canonico*, Roma 2009. 57.

[65] Gli esempi si potrebbero moltiplicare, si vedano per es.: l'Istr. *"Crimen sollicitationis"* del 1962, il m. p. *Sacramentorum sanctitatis tutela* del 2001. Non dimenticando il can. 221, § 3: "I fedeli hanno il diritto di non essere colpiti da pene canoniche, se non a norma di legge". Come è possibile realizzare questo dettato normativo, che traduce un'esigenza pacificamente ed universalmente riconosciuta da sempre da tutti gli ordinamenti civili in ambito penale, senza che uno conosca la legge?

"Comunque, l''elasticità' dei criteri canonici di promulgazione si dimostrò in occasione di diverse fondamentali modifiche del *motu proprio* del 2001 concesse da Giovanni Paolo II a proposta della CDF, nel 2002 e 2003, delle quali si aveva notizia in via spesso informale, essendo teoricamente riservate. Fra queste facoltà ne ricordiamo alcune: *a*) quella di derogare ai termini della prescrizione dell'azione penale, caso per caso, su motivata domanda dei singoli Vescovi (7-XI-2002); *b*) quella, nei casi gravi e chiari, di chiedere direttamente al Santo Padre la dimissione *ex officio* dallo stato clericale senza una particolare procedura e di concedere all'Ordinario del luogo di trattare la causa penale in via amministrativa *ex* can. 1720, fermo restando che qualora l'Ordinario fosse del parere di procedere alla dimissione dallo stato clericale, doveva chiedere alla CDF la comminazione di detta pena per decreto (7-II-2003); *c*) quella di sanare gli atti dei tribunali inferiori che avessero violato la legge processuale (7-II-2003); *d*) quella di sottrarre dalla competenza contenzioso-amministrativa della Segnatura Apostolica i ricorsi contro atti amministrativi singolari della CDF riguardanti i *delicta graviora*, potendo impugnare

Oltre l'indipendenza dell'autorità che è chiamata a 'rendere giustizia' in un caso concreto, a prescindere dall'ambito amministrativo o giudiziale, e che possiamo ritenere, tecnicamente parlando, piuttosto come *condicio sine qua non* per un vero esercizio del diritto di difesa, si deve ritenere suo *elemento essenziale* la possibilità data all'interessato/i di conoscere l'eventuale accusatore, di conoscere le prove e di poterle contestare in un tempo ragionevole. In altre parole, si deve dare una reale *trasparenza* ed evitare di cadere in tutto ciò che di fatto non la permette. La trasparenza è la comune aspettativa da parte di chi è coinvolto, in qualsiasi modo e ruolo, in un giudizio. Anche su questo punto preferisco riferirmi al prof. Llobell che in poche frasi spiega chiaramente le ragioni: "È pacificamente accettato che il diritto di difesa, in quanto generico principio giuridico, particolarmente rilevante in ambito giudiziale, rientra fra le esigenze del diritto naturale. Infatti, questo richiamo al diritto naturale consentì alla Rota Romana di dichiarare la nullità insanabile di molte sentenze già prima che detta sanzione fosse esplicitamente prevista dalla legge, malgrado il classico principio, accolto dal vigente can. 10, secondo cui *'irritantes eae tantum leges habendae sunt quibus actum esse nullum expresse statuitur'*. (…) Infatti, il can. 1620, 7º del nuovo codice prevede, per la prima volta in modo così esplicito, la nullità insanabile della sentenza resa in un processo in cui *'ius defensionis alterutri parti denegatum fuit'*. (…) Benedetto XVI ha riproposto la medesima affermazione nel suo primo Discorso alla Rota[66]. Il principio è chiaramente affermato nella sacra Scrittura (è ben

detti atti presso la "Feria IV" della CDF (14-II-2003), la quale poteva decidere nel merito e sulla legittimità *remoto quovis ulteriore recursu de quo in art. 123* PB. La cosiddetta 'Feria IV' è la Sessione Ordinaria della CDF alla quale ogni mercoledì (da dove proviene la denominazione di 'Feria IV') sono convocati i Membri residenti a Roma e possono prendervi parte anche gli altri Membri del Dicastero (RGCR art. 112 § 2). Com'è noto, 'i Membri propriamente detti di una Congregazione sono Cardinali e Vescovi' (PB art. 3 § 3). Quando fu eliminata di fatto dalla CDF la formale segretezza alla quale erano sottoposte le norme del *motu proprio* del 2001 e le modifiche del 2002 e 2003, la rivista *«Ius Ecclesiae»* pubblicò tali norme nel 2004 (Llobell, J., *Processi e procedure penali: sviluppi recenti*, in Castelló Colomer, J. F. [ed.], *"Opus Iustitiae: Pax et Unitas". Homenaje al Prof. D. Antonio Benlloch Poveda*, Valencia 2014. 221-222). Nelle pagine successive Llobell segnala i successivi interventi ed evidenzia le *negligenze* nella promulgazione-pubblicazione delle varie versioni dal 2001 al 2010.
Purtroppo si dimentica troppo spesso oggi che: "(…) the theory of codified law dictates that the canons of the code should allow us to deduce fairly easily how to apply them to concrete situations that fall under the governing law. To achieve this goal, the law must be written in a very precise and clear manner. We have seen this is especially true of penal laws since they require strict interpretation. Indeed, the necessity of having precise and unambiguous legal provisions is a significant corollary of the principle of legality, *nulla poena sine lege*. Our own code strives to embody this principle of precision" (Jenkins, R. E., *Nulla Lex Satis Commoda Omnibus Est: The Implementation of the Penal Law of the 1983 Codex Iuris Canonici in Light of Four Principles of Modern Legal Codification*, in *The Jurist* 69 [2009] 630).

[66] Riporto, in quanto di un certo rilievo, la parte del discorso citata da Llobell alla nota 61: "Lo scopo del processo è la dichiarazione della verità da parte di un terzo imparziale, dopo che è

noto il passo della "casta Susanna" raccontato al capitolo tredicesimo del libro di Daniele) ed è accolto da Graziano, dalle Decretali e dalla dottrina classica. Comunque, non sono rari i casi, anche recenti, in cui i titolari dell'autorità ecclesiastica non indicano i motivi dei loro provvedimenti né, quindi, consentono ai destinatari di dette decisioni, spesso di natura punitiva, di difendersi. (…) La possibilità dell'abuso di potere dovuto alla natura umana caduta ha bisogno di essere istituzionalmente evitata, appunto 'costringendo' l'autorità a rispettare il diritto di difesa. (…) i provvedimenti ecclesiali, se vogliono essere efficaci, cioè essere strumenti per la salvezza delle anime alle quali sono rivolti, devono convincere. Perciò la Chiesa si preoccupa di ottenere l'accettazione delle parti; perciò pone uno speciale impegno nell'assicurare la conformità del contenuto delle risoluzioni giudiziarie alla giustizia sostanziale, cioè alla verità"[67].

Quindi, non vi è alcun dubbio che le manifestazioni essenziali del diritto di difesa appartengano al diritto naturale, con indipendenza della natura amministrativa o giudiziale della procedura[68]. Il richiamato diritto a conoscere l'identità dell'attore o del denunciante, l'oggetto preciso della denuncia e le relative prove, ed il diritto a contraddirle non può mancare in ogni processo giusto (giudiziale o amministrativo). E non solo perché è richiesto dal diritto di difesa, ma anche perché detti istituti sono strumenti tanto preziosi quanto necessari per assicurare l'accertamento della verità da parte di chi deve decidere.

A quest'ultimo proposito occorre ben evidenziare che il principio di legalità funzionale alla tutela del diritto di difesa riguardi non solo le norme di diritto *sostanziale* in ragione delle quali è deciso il *petitum* o è condannato/assolto l'accusato, ma anche quelle di diritto *processuale*. Nella prassi processuale ecclesiastica si avverte sovente il diritto processuale ed i suoi istituti come costituenti un insieme di rigidi formalismi, impaccio alla speditezza del processo, e talora adombranti una verità avvertita come meramente *formale*, e non già sostanziale, la quale sarebbe invece più efficacemente e velocemente raggiunta con una valutazione *discrezionale* del giudice improntata a semplificazione dei passaggi procedurali. Se tali eccezioni possono essere accolte in via di ampio principio esse, *di fatto*, spesso sconfinano nella violazione di elementi costitutivi degli istituti processuali preposti alla tutela del diritto di difesa. Se difatti occorre ammettere che sia da evitare un rigido *formalismo*, ad esempio, in materia di termini perentori (tanto cari alla prassi processuale am-

stata offerta alle parti pari opportunità di addurre argomentazioni e prove entro un adeguato spazio di discussione. Questo scambio di pareri è normalmente necessario, affinché il giudice possa conoscere la verità e, di conseguenza, decidere la causa secondo giustizia" (Benedetto XVI, *Discorso alla Rota Romana* [28 gennaio 2006]).

[67] Llobell, J., *Il diritto al processo*, 250-260.

[68] Cf Llobell, J., *Il giusto processo penale nella Chiesa e gli interventi (recenti) della Santa Sede*, in *Archivio Giuridico* 232 (2012) 166-167, nota 1.

ministrativa, e sovente impedienti il diritto di difesa o il diritto di azione), deve essere invece rifuggito l'eccesso di discrezionalità, che diviene arbitrio, in ragione del quale vengono saltate talune fasi processuali *formali*, oppure dichiarato manifestamente dilatorio un appello senza la prova di tale manifesta dilatorietà[69], oppure negata un'istanza istruttoria, oppure negata la notifica degli atti. Trattasi di casi nei quali, pur essendovi una sostanziale e vera lesione del diritto di difesa, viene poi respinta l'eventuale querela di nullità *ob ius defensionis denegatum* (cf can. 1620, n. 7) giacché, nonostante tutte le enunciazioni di principio sul diritto naturale anche da noi sopra proposte, nonostante il riconoscimento dei delineati diritti *ad auditionem* e *ad responsionem*, la giurisprudenza finisce con l'ammettere l'efficacia invalidante solo della *totale* negazione (e nell'aggettivo totale sta tutto) del diritto a difendersi[70]. Da ciò consegue che non si riconosca l'effetto invalidante della lesione del diritto se la parte si è *in qualche modo difesa*, anche solo stando in giudizio, o comunque depositando un memoriale, oppure se ha avuto un avvocato o, addirittura, anche se ha potuto solo *inspicere* gli atti ma non riceverne notifica[71]. Ogni operatore di tribunale sa bene che proprio nell'incertezza di *quali* norme processuali siano nel corso del processo rispettate o meno, proprio quando si ha un rispetto 'saltellante' del diritto processuale, proprio quando si argomenta genericamente che per aversi la nullità del giudicato debba essersi *negata* la *sostanza* del giudizio si annidano le insidie maggiori per il diritto di difesa. È esattamente in questi casi, a mio sommesso avviso, che il processo diviene uno sterile *formalismo*, nel senso che si dà una *forma* processuale fittizia e priva di contenuto (e dunque una sua legittimazione) alla lesione *sostanziale* del diritto di difesa. Il processo canonico, nella sua plurisecolare genesi e stratificazione risponde

[69] Cf can. 1680, § 2, novellato dal M.P. *Mitis Iudex.*

[70] "(…) nemo est qui dubitet 'sententiam nullitate insanabili laborare ob denegationem juris defensionis' si omnimoda possibilitas sese defendendi denegata est partibu, ita ut contradictorium seu sententia ipas iudicii deficiat" (decr. c. Faltin, 25.05.1987, n. 9, in Fanelli, A., *Relatio,* 125, in D).

[71] "Nullibi jus dicit Judicem teneri ad immediate notificanda partibus acta; sed illis praebere opportunitatem eadem inspiciendi et exemplaria petendi" (decr. c. Serrano, 15. 03. 85, n. 10, in Fanelli, A., *Relatio,* Pars I, 54, in E). Tale intepretazione ci pare tuttavia non pienamente conforme al can. 1509, § 1 che prevede la *notifica* di "citazioni, decreti sentenze ed altri atti giudiziari". "(…) ex actis et probatis abunde constat recurrentem sive per suum Patronum in prima instantia, sive per seipsum optime se defendisse. Etenim, cum etiam scripturae a viro convento de suipsius defensionem appropriatam ed adaequatam redoleant, ullo modo loqui potest de denegazione sui iuris defensionis absoluta vel saltem relativa" (decr. c. Faltin, 25.05.1987, n. 10, in Fanelli, A., *Relatio,* Pars I, 126, in D). Forse più rispettosa del diritto di difesa risulta la giurisprudenza che verifica di volta in volta non solo il rispetto delle solennità processuali (sostanza del giudizio), ma anche l'*effettivo esercizio*, all'interno di esse, del diritto di difesa: "Ius defensionis consistit in concessione concreta et practica nedum iuris abstracti seu merae possibilitatis se defendendi, verum etiam exercitii iuris seu possbilitatis exercendi de facto ius propriae defensionis" (c. Sabattani, 17-I-1987, n. 13, in *Periodica* 77 [1988] 333).

sapienzialmente alle esigenze di giustizia nella Chiesa, ed esso deve essere rispettato in *tutte* le sue fasi nella loro compiutezza, con tutte le garanzie previste, seppure non sempre espressamente normate a pena di nullità: fase *introduttoria*, *istruttoria*, *discussoria*, *decisoria*: *tutte* essenziali e *sostanziali* al rispetto del diritto di difesa e, in ultima istanza, all'accertamento della *verità sostanziale* e dunque alla retta amministrazione della *giustizia*. In *tutte* le fasi processuali occorre che il diritto di difesa non sia stato per *nessuno* né disponibile, né coercizzato, né rinunciato. La sua carenza, in stretto punto di diritto, dovrebbe provocare la nullità della fase processuale successiva e, derivatamente, della sentenza. Il giudice deve inoltre essere *ordinario* e non *speciale*, scelto in base ad una rotazione *naturale* e non discrezionale. Il giudice deve essere *imparziale* e dunque debbono valere le cause di legittima ricusazione o astensione nel caso di qualsiasi cointeressenza o qualsiasi *familiaritas* diretta o indiretta con le parti, o con le eventuali associazioni, movimenti, o ordini religiosi di appartenenza. L'appello costituisce anch'esso estrinsecazione del diritto di difesa, e dunque è diritto incoercibile, indisponibile, ed irrinunciabile, ed il giudizio di manifesta dilatorietà dovrebbe essere del tutto *eccezionale*, attesa la sua pericolosa tangenza con la restrizione del diritto di difesa. Il Tribunale di appello deve essere ben separato dal Tribunale che ha emesso la sentenza impugnata, e ben distinti ne debbono essere i componenti. Come non sfuggirà al lettore, su questi ultimi rilievi, la giustizia canonica deve ancora fare molto cammino.

Un ultimo aspetto che mi preme proporre alla riflessione del lettore riguarda due ambiti che spesso sono presi in considerazione confondendoli. Mi riferisco in concreto: a) all'eventuale collaborazione inter-ordinamentale (canonico-civile) per l'accertamento della verità; b) all'obbligo da parte della legislazione civile che impone l'immediata denuncia ai competenti organi statali della *notitia criminis,* (di qualunque tipo in relazione alle varie legislazioni statali), da parte di chierici, religiosi o anche di laici che esercitano qualche funzione in ambito ecclesiale. Come è noto la CDF su questo tema ha indicato alle Conferenze Episcopali sia che la fattispecie di *abuso sessuale su minori* deve tener conto delle leggi civili del Paese in cui il reato è stato commesso[72], sia che "(…) le 'Linee guida'" [di ogni Conferenza Episcopale] devono tener conto della legislazione del Paese della Conferenza, in particolare per quanto attiene all'eventuale obbligo di avvisare le autorità civili"[73]. Perché parlo di

[72] Cf Congregazione per la Dottrina della Fede, *Lettera circolare per aiutare le Conferenze Episcopali nel preparare Linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici*, 3-V-2011, *Proemium*; n. I, e); n. III, a) e g), in http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20110503_abuso-minori_it.html, 3-V-2011 (consultato il 5-II-2020). Da ora in poi citato: *Linee guida*.

[73] *Linee guida*, n. III, g).

confusione? Anche se, per essere precisi, bisognerebbe dire ingiusta ed in ogni caso pericolosa confusione? Per il semplice fatto che mentre nel primo caso la collaborazione è moralmente dovuta, ovviamente a determinate condizioni, in quanto finalizzata al conseguimento della verità e quindi della giustizia, nel secondo caso ci troveremmo di fronte ad una vera e propria 'costrizione' (quindi fondata sul timore) in un momento in cui si ha una mera 'accusa' e non un 'colpevole'. In altre parole, soprattutto nel momento presente, la semplice *notitia criminis* è uno stadio della vicenda dove non si è in grado neanche di sapere chi sia veramente la vittima e chi il colpevole (v. false denunce). Il ruolo *materno* della Chiesa, verso tutti i suoi figli, nessuno escluso, non permette automatismi isterici tesi a soddisfare quell'opinione pubblica che sempre più spesso manifesta sì il senso comune, ma niente buon senso[74]. Per queste ragioni e tenendo allo stesso tempo i principi generali del diritto, riguardo in modo particolare la presunzione d'innocenza, e l'esperienza che statisticamente conferma la considerevole differenza tra accuse e colpevoli, non mi sembra che la Chiesa[75] possa essere 'costretta' a denunciare chicchessia al semplice pervenire di una *notitia criminis*[76]. Anche in questo caso, al contrario di quanto sovente si enuncia in linea di principio, si cade nella fallacia giuspositivistica e formalistica: si rafforzano solo *alcuni* automatismi *positivi* di tipo *speciale* ed *emergenziale*, si costituiscono Tribunali *speciali*, quando forse occorrerebbe una piena attuazione degli istituti *ordinari* fondamentali del diritto, mirati all'accertamento della *verità sostanziale*, che non leda altri diritti – massimamente quello di difesa – ma anzi li tuteli ed esalti come strumento formale di

[74] Cf *supra*, nota 8. Al riguardo dovrebbero essere un severo monito per tutti le parole di san Paolo: "Non accettare accuse contro un presbitero senza la deposizione di due o tre testimoni. Quelli poi che risultino colpevoli riprendili alla presenza di tutti, perché anche gli altri ne abbiano timore. Ti scongiuro davanti a Dio, a Cristo Gesù e agli angeli eletti, di osservare queste norme con imparzialità e di non far mai nulla per favoritismo. Non aver fretta di imporre le mani ad alcuno, per non farti complice dei peccati altrui. Conservati puro!" (*1 Tim* 5, 19-22).

[75] Proprio nell'ambito del diritto penale canonico si deve purtroppo registrare: "(…) un'applicazione del tutto distorta del fattore *scandalum*, impiegato dalla gerarchia per coprire o insabbiare gli scandali dei chierici che avevano abusato sessualmente di minori invece che per evitare il ripetersi di questi abusi – come la *ratio scandali* propriamente comandava – ha portato a compimento la sterilizzazione dei principi ispiratori del diritto canonico" (Fantappiè, C., *Per un cambio di paradigma*, 100). Ma il Fantappiè così continua, con lucida *parresia*, alla nota 116: "È singolare che a tutt'oggi manchi – tanto da parte della gerarchia quanto da parte dei canonisti e dei teologi – un'analisi critica di questo processo di contraffazione dello spirito autentico del diritto canonico. Ed è al contempo emblematico della crisi positivistica in cui versa il diritto canonico, il fatto che la Santa Sede non trovi soluzioni alternative al problema se non ricorrendo al rafforzamento della normativa specifica" (*ibid.*, 100-101).

[76] Non vanno dimenticati su questo punto due aspetti rilevanti. Il primo è senza dubbio il principio dell'autonomia e sovranità dell'ordinamento canonico che deve rimanere fermo se si vuole essere fedeli a quanto ricordato dalla *Gaudium et spes*, n. 76. Il secondo è molto realistico e riguarda le non poche possibilità che in certi paesi un determinato comportamento sia sanzionato con la pena di morte.

accertamento essi stessi della verità. In tale ambito, varrebbe la pena, ad esempio, applicare con puntualità e competenza giuridica l'obbligo della *indagine previa* ai sensi del can. 1717. È ad ognuno noto che non sussista nel diritto penale canonico l'obbligo dell'azione penale propriamente detta, ma ciò non toglie che comunque l'Ordinario sia tenuto, in presenza della *notitia criminis* e della sua anche lontana verosimiglianza, a svolgere l'indagine previa: "(…) caute inquirat"[77] recita la norma citata. Solo all'esito della stessa, condotta con rigore giuridico e processuale, l'autorità ecclesiastica potrà procedere alla archiviazione formale (nel caso non sussista alcun *fumus delicti*) oppure al rinvio a giudizio formale, con un giusto processo. Ed anche il processo penale canonico, che vede un uso ormai massivo della sua forma amministrativa (la quale ha una normativa procedurale troppo sintetica, sommaria e dunque straordinaria) dovrebbe riscoprire un più sereno utilizzo della forma *giudiziale*, la quale sola permette di raggiungere l'accertamento della verità sostanziale e la certezza morale tramite il pieno diritto di difesa (ed il contraddittorio), una maggiore trasparenza e apparato motivazionale della sentenza e dunque una maggiore accettazione da parte del reo, ed un minore ricorso ad impugnazioni straordinarie che finiscono, in ultima istanza, per allungare in tempi ed occultare l'arbitrio pregresso.

## Conclusione

L'appartenenza del diritto di difesa al diritto naturale, per noi incontestabile e vincolante alla luce del costante magistero della Chiesa e della dottrina, esige che esso sia sempre presente[78] ad ogni livello ed ambito di ogni ordinamento giuridico, nessuno escluso. Però la sua applicazione deve essere piena e trasparente in modo tutto particolare nell'ordinamento canonico[79], anche se l'attua-

[77] CIC Can. 1717 § 1.

[78] S*emper, ubique, apud omnes* (Gaio, *Ist*. 1.1; S. Thomae, *S. Th*., I-II, 94, 2).

[79] Particolarità e specificità che oggi sembra caduta nell'oblio, come è stato giustamente notato ultimamente: "Nei secoli XII e XII la funzione creativa del diritto canonico è stata di così grande rilievo da fare da al diritto secolare, fornendo ad esso legittimazione, fondazione, categorie e strumenti. (…) Dal Concilio di Trento al Vaticano II, invece il diritto canonico ha finito per restare sotto il profilo culturale sostanzialmente subalterno al diritto secolare. Da inventore o costruttore del *modernus* il diritto canonico è diventato imitatore della *modernità giuridica* che aveva contribuito a creare. (…) Ora, le conseguenze di questo passaggio riflettono differenti e convergenti processi di secolarizzazione del diritto. Innanzi tutto la riduzione dello *ius* a *lex*, quale trasposizione della volontà ordinante dell'uomo anziché di Dio. Poi il passaggio dal diritto in senso oggettivo – considerato come la cosa in sé giusta, rispondente ai criteri della giustizia commutativa e distributiva – al diritto in senso soggettivo (*ius subiectivum*), indicante un potere della volontà del soggetto. Inoltre, la trasfigurazione della *lex*, prima intesa quale *ordinatio rationis* (Tommaso), nella *lex* intesa quale *commune praeceptum* (Suárez). Infine il trapasso da un sapere giuridico modellato sul sapere pratico (dialettica argomentativa della *ratio probabilis*)

zione dovrà coniugarsi con gli altri diritti del medesimo genere e della stessa portata, ma sempre con il fine di contribuire in concreto al *conseguimento della verità* e quindi in ambito giuridico, alla *realizzazione della giustizia*, la sola che potrà permettere la vera realizzazione del bene comune e quindi del comune bene.

Questo significa che sempre deve essere data la reale possibilità, a livello normativo positivo, ad una persona di difendersi di fronte a chi l'accusa oppure di portare le prove e le argomentazioni per far valere un proprio diritto azionato. Come abbiamo cercato di evidenziare, il diritto di difesa risulterebbe alla prova dei fatti, vano e vacuo, se non si presupponesse l'esigenza dell'indipendenza, ma allo stesso della dovuta competenza e preparazione giuridica, di chi è chiamato a 'rendere giustizia' o di chi vi dovrebbe essere d'aiuto a questo compito (v. ufficiali nei vari Dicasteri), a livello giudiziale o amministrativo. In questo contesto, nell'ordinamento canonico non si possono nascondere problemi e difficoltà riguardo proprio terzietà e la dovuta competenza di chi è chiamato a giudicare. Data la mera distinzione delle funzioni nell'esercizio dell'unica *sacra postestas*, soprattutto nei cosiddetti *uffici capitali*, l'individuazione di una figura giudicante *super partes* (o più esattamente *extra partes*) è da ingenui il solo pensare che questo non sia un reale problema o sia un problema di facile soluzione nell'ordinamento canonico. Senza entrare qui nel tema, accenno solo a tutta la problematica che scaturisce attualmente dal ricorso, sempre più frequente, all'approvazione in forma specifica da parte del Romano Pontefice, anche quando è in corso un ricorso presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica[80]. Qui mi limito a ricordare che la materia è regolata 'rigidamente' dal vigente *Regolamento Generale della Curia Romana*, in modo particolare dall'Art. 126, e questo proprio e soprattutto a tutela dell'autorità pontificia. Per questa ragione dovrebbe essere richiamata la sua stretta e precisa osservanza[81] per evitare qualsiasi equivoco, sospetto o fraintendimento, di un atto così importante e delicato.

Inoltre, altra condizione previa, ed allo stesso tempo elemento essenziale del diritto di difesa, è la pubblicità della normativa che deve essere applicata,

---

a un sapere esemplato sulla conoscenza teorica (logica deduttiva della *ratio formalis*)" (Fantappiè, C., *Per un cambio di paradigma*, 144-145).

[80] Montini, G. P., *L'approvazione in forma specifica di un atto impugnato*, in *Periodica* 107 (2018) 37-72. Su questo punto si deve ovviamente tener conto del disposto del can. 1417 §§ 1-2 al fine di un retto conseguimento della *ratio legis* in materia.

[81] Inclusa l'osservanza di tutte le formalità prescritte, soprattutto quanto previsto dal citato *Regolamento*, Art. 126 § 3. In tutto questo, ne sono fermamente convinto, sarebbe tuttavia opportuno assegnare un ruolo specifico di verifica di legittimità delle condizioni previe e della notificazione della decisione del Sommo Pontefice alla Segreteria di Stato. Si dica *per transennan* che, se è vero quanto abbiamo sopra argomentato, ossia essere il diritto di difesa diritto indisponibile anche per la Suprema autorità, tale diritto deve essere rispettato anche dei procedimenti speciali, straordinari, o *extra ordinem*.

in ossequio anche al principio di legalità. In ogni caso elemento essenziale-principale del diritto di difesa è senz'altro la possibilità di un vero contraddittorio, il quale deve essere il più trasparente possibile. Per questo si richiede la conoscenza dell'attore, del *petitum*, e della *causa pentendi*, ovvero *dell'accusatore* e delle accuse, nella consapevolezza che *onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat* (o anche nella versione: *onus probandi ei incumbit qui agit, non qui negat*); principio direttivo che deve con forza essere riaffermato oggi. Infatti, nel contraddittorio, in modo particolare, ma non esclusivo, in ambito penale, è la colpevolezza che va provata e non l'innocenza: *in dubio pro reo*! Evitando forme paternalistiche di segreto, riservatezza, che oggi come oggi non solo risultano fuori tempo e luogo, ma addirittura risultano inequivocabilmente sospette e, specialmente oggi con i moderni mezzi di comunicazione, anacronistiche e ridicole[82].

Alla luce di quanto qui detto, occorre allora domandarsi, volendo rimanere nel contesto dell'argomento oggetto della giornata di studio in cui questo intervento si pone, e non nascondendo le difficoltà, che invece sono sempre un aiuto a dare ragioni più convincenti:

1. La semplice accusa può costituire, quasi in modo automatico, motivo di restrizione o privazione dei propri diritti? Addirittura in 'fragranza di reato', non deve essere chiesto, in ogni caso, all'accusato di difendersi, di presentare i propri argomenti o prove? Come questi potrà difendersi se molte volte non è permesso a lui o al suo avvocato di accedere agli atti? L'episodio biblico della casta Susanna rimane un permanente monito: non sempre ciò che appare risponde a verità[83]. È ammissibile che nel nostro contesto ecclesiale una accusa, di fatto e nella realtà, diventi sinonimo di condanna? Il diritto di difesa vera si realizza meglio in ambito amministrativo o giudiziale? Vista la situazione di grande precarietà del numero e della preparazione del personale interessato, quale garanzia si dà oggi circa la competenza di chi deve giudicare? Incontrando e conoscendo tante situazioni concrete di persone che sono accusate e vogliono difendersi, non posso che registrare una comune e profonda sfiducia e soprattutto la delusione di non sentirsi rispettati proprio da chi esercita l'autorità nella Chiesa, nella propria dignità di fedele, religioso o ministro sacro.
2. Alcuni invocano maggiori misure *eccezionali* per rispondere ai tanti scandali da parte soprattutto di chierici, misure eccezionali che come tutti sappiamo, di fatto, 'affievoliscono' il diritto di difesa[84]. Delimitazione estrinse-

[82] V. *supra*, nota n. 3 sulla *responsabilità*, il *dovere di rendere conto*, la *trasparenza*.
[83] Cf *Dn* 13.
[84] Su questo punto specifico è stato correttamente evidenziato che: "Quindi non si trattò di eccesso di garantismo a favore dei colpevoli (*rectius*: degli accusati), bensì della totale assenza di un

che del diritto alla difesa si possono pensare solo ed esclusivamente per situazioni estreme o casi del tutto particolari ed in ogni caso transeunti (v. legge marziale in stato di guerra). Non dimenticando che ogni legge speciale è una confessione dell'incapacità delle leggi ordinarie di realizzare la giustizia e quindi il bene comune e quindi dell'ammissione di inadeguatezza del vigente ordinamento giuridico a disciplinare la convivenza e le relazioni in una società. Questo non potrà essere, al limite, che temporaneo, altrimenti non sarebbe una eccezione, cosa che di fatto dichiarerebbe la non applicabilità di un diritto naturale! Però un ordinamento giuridico che in modo sistematico e permanente non permettesse la piena realizzazione del diritto di difesa sarebbe in sé ingiusto e di conseguenza, alla luce di san

---

intervento di natura giuridica, e ahimè, si deve aggiungere che di eccessive garanzie (ma le garanzie se son tali non sono mai eccessive, bensì sempre e solo fisiologiche e, quindi, necessarie!) non si trova traccia né nel primo intervento legislativo in materia - *Sacramentorum sanctitatis tutela* del 2001 - né ancor meno nelle *Norme* successive del 21 maggio 2010, allorquando non solo si è ipertroficamente allungato il termine di prescrizione, giungendo financo a prevedere la dispensa dalla prescrizione *tout court* (il che lascerebbe basita qualunque persona di media sensibilità e cultura giuridico-secolare), ma non si è tenuto in nessun conto né il principio di irretroattività della legge penale positiva (con la significativa eccezione di una legge successiva, se più favorevole all'accusato), né della gradualità della pena (cf. cann. 1364 §2; 1367; 1370 §1; 1387; 1394 §1; 1395 §1), comminando immediatamente la dimissione dallo stato clericale, né il necessario esercizio del diritto di difesa, dal momento che - contravvenendo al dettato del can. 1342 § 2, a mente del quale una pena perpetua può essere irrogata solo nel processo giudiziario e, quindi, dibattimentale – essa, disinvoltamente, viene applicata anche, anzi quasi sempre, per decreto amministrativo. È altresì rivelatore e penoso quel che Joseph Ratzinger coraggiosamente confessa e cioè che si sostituì alla saggia, prudente proposta dei 'canonisti romani' di comminare la sospensione (che poteva essere a tempo indeterminato) dei colpevoli (non escludendo così tassativamente una loro conversione e redenzione: nulla è impossibile a Dio), quella della dimissione dallo stato clericale, in quanto ciò 'non poteva essere accettato dai Vescovi americani, perché in questo modo [con la sospensione *a divinis*] i sacerdoti restavano a servizio del Vescovo, venendo così ritenuti come figure a lui direttamente legate'. Così, per evitare complicazioni burocratiche e conseguenze economiche (*business is business*) si è proceduto a spron battuto con l'irrogare una pena, la dimissione dallo stato clericale, che – come si è cercato di dimostrare – è intrinsecamente problematica, poiché, se non rettamente intesa (come sovente avviene), confligge con la dottrina e la verità dell'indelebile carattere impresso dal sacramento dell'ordine. Il rischio è che – seppur animati dalle migliori intenzioni e col sacrosanto dovere di proteggere le vittime, senza minimizzare quello che hanno subito, e di sanzionare doverosamente i colpevoli – si proceda a dar vita a una giustizia sommaria, frutto di veloci interventi legislativi emergenziali – sotto la spinta di formidabili pressioni mediatiche - dai quali, insieme alla giustizia sommaria di cui si diceva or ora, possono venir fuori tribunali di fatto *speciali*, con tutte le conseguenze, gli echi sinistri e le tristi memorie che ciò comporta. Il pericolo si è che – paradossalmente malgrado la riscoperta e la valorizzazione della collegialità episcopale – si possa verificare e ripetere, a danno del Vescovo diocesano, *mutatis mutandis*, quella svalutazione della sua funzione nella Chiesa che ebbe luogo allorquando si volle, giustamente, proteggere il Vescovo dal potere secolare in epoca feudale e si sviluppò ipertroficamente la centralizzazione romana, come scriveva acutamente O. Rousseau, OSB, già a gli inizi degli Anni Sessanta dello scorso secolo" (Sciacca, G., *Note sulla dimissione del Vescovo dallo stato clericale*, in https://jus.vitaepensiero.it/news-papers-note-sulla-dimissione-del-vescovo-dallo-stato-clericale-5140.html#_ftn5, 25-VI-2019 [consultato il 9-II-2020]).

Tommaso e dell'insegnamento della Chiesa, le sue leggi non sarebbero leggi, *sed corruptio legis*! Per affrontare e risolvere i tanti problemi concernenti il diritto difesa non bisogna perdere mai di vista il fine mediato ed ultimo della legge umana: giustizia e bene comune. La verità e la giustizia sono il fine e quindi anche le facoltà speciali non potranno mai derogarvi! Una giustizia sommaria non potrà mai essere vera giustizia! Allo stesso tempo bisogna tenere presente la distinzione tra formalità e formalismo giuridico, tra verità/giustizia e certezza del diritto. Nel sempre possibile conflitto tra questi, il diritto canonico non avrà che una sola opzione: la verità e la giustizia. Non formalismo legalistico, ma conseguimento del bene degli amministrati, attraverso il perseguimento della verità e della giustizia! Realizzare la giustizia per permettere la comunione. Si può accettare di sacrificare sull'altare della certezza del diritto (che ha senso se riferito al bene degli interessati, singoli o comunità che siano), una persona innocente?[85]. Coscienti che ogni legge speciale è una confessione d'incapacità delle leggi ordinarie di disciplinare secondo giustizia i vari accadimenti, bisogna domandarsi: sono esse giustificabili? Per quanto tempo?

3. Collegato al diritto di difesa, risulta essere il fatto che molte autorità sono convinte di godere, alla fine, di una vera e propria impunità in forza dell'ufficio che ricoprono o dell'autorità che hanno[86]. Quante, per esempio, hanno presente nell'emanare un decreto il dettato del can. 50 del *CIC*?[87] L'attuale normativa canonica, a livello amministrativo e giudiziale, è in grado di respingere questa impressione, sempre più diffusa oggi?
4. Un'altra domanda può essere posta dalla lettura del n. 2261 del *CCC* che afferma: "La Scrittura precisa la proibizione del quinto comandamento: 'Non far morire l'innocente e il giusto' (Es 23,7). L'uccisione volontaria di un innocente è gravemente contraria alla dignità dell'essere umano, alla 'regola d'oro' e alla santità del Creatore. La legge che vieta questo omicidio ha una validità universale: obbliga tutti e ciascuno, sempre e dappertutto". Ora, visto che la dimissione dallo stato clericale equivale, per certi aspetti, per un sacerdote ad una vera e propria condanna a morte a livello ecclesiale, è essa giustificabile ed a quali condizioni? Mi rendo conto che il paragone possa sembrare eccessivo se non addirittura fuori luogo, anche se ultima-

[85] Cf *Mt* 7, 12.

[86] Si veda il *CIC/83*, cann. 57, § 3 e 128 che il più delle volte sembrano di fatto rimanere una 'pia intenzione'!

[87] "Antequam decretum singulare ferat, auctoritas necessarias notitias et probationes exquirat, atque, quantum fieri potest, eos audiat quorum iura laedi possint". Di proposito lo riporto per il semplice fatto che, per esperienza diretta, non mi consta che ci sia un canone del vigente Codice latino più ignorato ed inapplicato del presente.

mente più di qualcuno l'ha ricordato[88], ma sono altrettanto convinto che non sia possibile ignorare questa contestazione, se non altro perché fa riflettere su due aspetti propri del diritto penale: la gradualità della pena e l'individuazione di quella che è la pena 'estrema/ultima' che è prevista per un determinato delitto[89]. L'assunzione di un atteggiamento 'draconiano' nell'esercizio del governo non ha mai pagato nella storia.

5. L'ultimo aspetto che vorrei evidenziare, riguarda le Facoltà Speciali, oggetto delle altre due relazioni. Dal punto di vista giuridico, ogni legge speciale trova la sua giustificazione nell'eccezionalità del contingente (v. leggi marziali, o tribunali tecnicamente detti 'speciali', ossia costituiti *ad casum*, di triste memoria). Il motivo è molto semplice: si ammette l'inadeguatezza delle leggi ordinarie nel disciplinare una determinata situazione e questo per la sua eccezionalità (che può avere diverse cause e circostanze). Nel caso che quanto connotato di eccezionalità si dimostri di fatto la realtà, bisognerà recepire ciò che è 'speciale' nell'ordinario[90], ma allora l'ordinario non si coniuga, per il semplice fatto che costituirebbe una palese contraddizione, con i Tribunali o le Facoltà 'speciali'. È infatti oggettivo che ogni volta che non si procede con un Tribunale ordinario, con le procedure ordi-

[88] "(…) la dimissione dallo stato clericale è, per coloro ai quali viene inflitta, una vera e propria *sententia capitis*, che sta finendo per assumere, mediaticamente, tutte le caratteristiche di una vendetta, mentre si perde di vista quel che ogni pena – dopo Beccaria! – deve essenzialmente e prioritariamente essere: rieducativa e realisticamente espiativa, allorquando le oggettive condizioni anche anagrafiche di colui alla quale viene inflitta, possano consentirlo (cf. can. 1341). E ciò appare tanto più doveroso e coerente, allorquando – come nel momento presente e mai prima come adesso – provvidenzialmente la Chiesa col suo Capo Visibile è seriamente impegnata nella lotta per l'abolizione della pena di morte e dell'ergastolo, come il Santo Padre Francesco giustamente non ha esitato ad affermare: 'Una pena senza futuro, una condanna senza futuro non è una condanna umana: è una tortura' (G. Sciacca, *Note sulla dimissione del Vescovo* (…), consultato il 9-II-2020). Dal punto di vista storico questa affermazione non mi sembra sostenibile. Ciò che nella tradizione canonica, specialmente del primo millennio, era equiparato alla pena di morte, era piuttosto la pena della scomunica, che in quanto sanzionava giuridicamente l'essersi posto da parte di qualcuno, fuori dalla comunità ecclesiale, questo equivaleva ad una condanna a morte per l'interessato, in quanto impossibilitato ad avere qualsiasi tipo di aiuto e sostegno da parte dei suoi simili (cf Vernay, E., *Le "Liber de excommunicatione" du cardinal Bérenger Frédol précédé d'une introduction historique sur l'excommunication et l'interdit en droit canonique de Gratien a la fin du XIII^e^ siècle,* Paris 1912).

[89] Infatti: "Punire, dunque, sì; non solo le vittime ne hanno diritto, ma anche il reo ha diritto alla pena, come ha scritto in indimenticabili e sapientissime pagine F. Carnelutti, ma pur sempre all'interno di un sistema che non rinunci a fondamentali garanzie, senza le quali l'ordinamento giuridico cessa di esser tale, quali la presunzione di non colpevolezza, il diritto di difesa, la irretroattività della legge penale positiva, a meno che successivamente al reato non sia stata promulgata una pena più mite, in forza del principio del *favor rei*, la necessità della raggiunta certezza morale prima di profferir condanne e, certo non per ultima, la prescrizione, siccome radicata, seppur mediatamente, nel diritto naturale medesimo" (Sciacca, G., *Note sulla dimissione del Vescovo* [consultato il 9-II-2020]).

[90] Bisogna, infatti, essere sempre coscienti che la rilevazione di problemi strutturali esige che essi siano risolti con soluzioni strutturali/costituzionali!

narie, e con un giudice naturale, si apre al reale pericolo di quella che generalmente è intesa come 'giustizia sommaria'. La materia delle tre Facoltà speciali, anche per chi ha attentato matrimonio, ha abbandonato illecitamente il sacro ministero, o si sottrae alla giurisdizione ecclesiastica, potrebbe semplicemente essere trattato con processo penale amministrativo previsto dal Codice (c.d. extragiudiziale ex can. 1720), che già deroga (e non poco) ai principi penali della civiltà giuridica contemporanea, al fine di conseguire una maggiore speditezza del processo, e che già è comunque previsto per la I e la II Facoltà. Inoltre, la facoltà di appello, che viene di fatto eliminata con il ricorso alle Facoltà Speciali, è sempre stata ritenuta dalla dottrina canonica di diritto naturale secondario, ossia intimamente collegata con il diritto naturale alla difesa e, come abbiamo visto, in quanto tale incoercibile ed indisponibile. Nel caso di coloro che si sottraggono alla giurisdizione ecclesiastica o hanno attentato matrimonio il diritto di appello non dovrebbe peraltro allungare i tempi, posto che in assenza di appello, il giudicato scende dopo 15 giorni[91]. Non si vede comunque quale grave ragione osti a concedere il diritto di appello, posto che nella prassi un appello può essere speditamente trattato e deciso in tre-quattro mesi. L'equità, gloria del Diritto Canonico, che nel suo impegno chiaro e costante a coniugare giustizia e misericordia, non viene nei fatti palesemente ignorata? Al riguardo dovrebbe far riflettere quanto scritto dall'Aquinate: "Iustitia sine misericordia crudelitas est, misericordia sine iustitia, mater est dissolutionis. Et ideo oportet quod utrumque coniungatur"[92]. Quanto ai restanti ambiti di applicazione delle altre due Facoltà speciali, i richiami al can. 1399, alle fattispecie scandalose ecc., costituiscono obiettivamente un forte allontanamento dalla tipizzazione del reato, che invece costituisce un traguardo di civiltà giuridica che l'ordinamento canonico ha insegnato all'occidente con il processo criminale, e che ora si fa fatica a veder 'omesso' proprio dall'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica. Non dimenticando, inoltre, che nessuno può essere colpito da pene canoniche se non a norma di legge[93]. La riforma del processo matrimoniale voluta da Papa Francesco (cf M. P. *Mitis Iudex*) ha restituito al Vescovo diocesano cognizione delle cause che egli aveva delegato ai Tribunali regionali o interdiocesani. Il processo penale e le Facoltà Speciali potrebbero rientrare in questa rinnovata visione della giurisdizione, anche per decongestionare la Congregazione per il Clero di una funzione giudicante che non gli è propria. Tale funzione giudiziaria, invece, la si è voluta, sempre con ampie deroghe ai principi giuridici, 'trasformare' in amministrativa, confondendo i termini della distinzione, che nella Chiesa

[91] Cf CIC Can. 1630 § 1.
[92] In *Math.*, V, Lect. II, 429.
[93] Cf CIC Can. 221 § 3.

non è mai separazione (cf can. 135, §§ 1-2), tra la potestà amministrativa e quella giudiziaria. Sono perfettamente cosciente che la causa prossima delle Facoltà Speciali è stata propria l'inadeguatezza dei vari Ordinari a gestire il problema, ma proprio per questo sono convinto che si vuole arrivare ad una soluzione 'adeguata', bisogna andare alle cause e non arrestarsi alle conseguenze che continueranno ad esserci. Sempre rimanendo in tema, sarebbe questa l'occasione per rivedere anche la trasparenza, la realizzazione del diritto di difesa nell'applicazione di dette Facoltà, e soprattutto la chiarezza dei presupposti procedurali applicativi, in assenza dei quali occorre onestamente interrogarsi se il provvedimento finale possa essere giuridicamente considerato di rango pontificio e dunque inappellabile. Per esempio: nel caso in cui non sussistano i presupposti previsti dal diritto per l'applicazione delle Facoltà Speciali, a rigore di diritto, la Congregazione non ha tali Facoltà, ed il provvedimento finale eventualmente assunto è nullo. Tale ovvia constatazione attiene ai presupposti ed alla formazione dell'atto, e non mette affatto in dubbio che un provvedimento pontificio non ammetta appello. Il fatto tuttavia che *prima sedes a nemine iudicatur* e che i suoi atti sono inappellabili[94] non può derogare ai principi fondamentali del diritto, tra i quali quello secondo il quale *quod nullum est nullum producit effectum*.

Alla luce del magistero e della dottrina recente che abbiamo brevemente ricordato, possiamo quindi concludere che il diritto di difesa è a pieno titolo un diritto naturale, conseguenza è che il suo esercizio deve essere permesso e riconosciuto ad ogni persona, sempre ed in qualunque situazione[95]. Un ordinamento giuridico che non lo permettesse sarebbe ingiusto e mancherebbe di realizzare le sue finalità che giustificano e richiedono la sua esistenza. Infatti, in quanto diritto naturale il diritto di difesa non è derogabile, sospendibile o negoziabile. In una certa misura dovrà essere permesso, sempre e in qualunque situazione, non tollerando, in linea di principio, eventuali eccezioni[96].

[94] Cf CIC Cann. 1404; 1732.

[95] Altrimenti i nn. 6-7 dei *Principia quae* non avrebbero nessun senso. Parlare di diritti dei fedeli e poi non permettere una loro reale possibilità di tutela e difesa suona come una inescusabile presa in giro. Il diritto di ogni fedele ad avere giustizia, è e rimane un *debitum* e non una grazia!

[96] "L'esigenza della eliminazione delle eccezioni ha un suo presupposto che, espresso in termini negativi, consiste nel rifiuto o superamento della cosiddetta *accezione di persona*, della discriminazione o positiva (privilegi) dei soggetti in base a particolarità individuali. In termini positivi, il suddetto presupposto è costituito dal *principio persona*, il quale significa che *ogni* individuo ha titolo, per la comune struttura di io sintetico-relazionale, al riconoscimento della sua qualità ontologica di uomo, ossia di soggetto (e non di mero oggetto) di rapporto. ['la persona umana è il diritto umano sussistente': Rosmini] Questo riconoscimento è la condizione fondamentale d'ogni possibile forma di esistenza veracemente umana, perciò non tollera eccezioni; (…)" (S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, 209).

Sull'altare dell'urgenza, dell'emergenza[97] o della convenienza non potranno sacrificarsi delle persone, dei figli di Dio, in nome di una giustizia che in quanto sommaria, non sarà mai vera giustizia. L'unica, eventuale, possibile ragione, potrebbe darsi in nome del bene comune che, non dimentichiamolo, non potrà mai giustificare il non esercizio di un diritto naturale, in quanto questo sarebbe intrinsecamente un male. Nella *Regola d'oro Mt* 7, 12[98] (versione in positivo di *Tobia* 4, 15), Graziano, la dottrina ed il magistero ecclesiale, e la dottrina giuridica, hanno fondato il diritto naturale. Quindi, senza paura di usare criteri e strumenti estranei all'ambito giuridico, credo che bisogna proprio partire da detta *Regola d'oro*. Solo se inizieremo a riflettere sul diritto partendo da ciò che giustamente invochiamo quando siamo vittime di una accusa od una ingiustizia, comprenderemo che quanto rivendichiamo per noi non possiamo non concederlo ai nostri simili[99].

Con quanto fin qui scritto, pensavo di aver sufficientemente preso in considerazione i diversi aspetti riguardanti il diritto di difesa, ovviamente nei limiti di cui ho accennato all'inizio. Però in fase di ultima revisione è stato pubblicato il discorso tenuto dal Santo Padre in occasione dell'Udienza riservata ai membri della Plenaria del Pontificio Consiglio per i Testi legislativi. Visto il contenuto ho ritenuto opportuno porlo a conclusione e quindi proporlo alla riflessione del lettore, dispensandomi da qualsiasi, superfluo, commento:

> "È necessario riacquisire e approfondire il senso vero del diritto nella Chiesa, Corpo Mistico di Cristo, dove la preminenza è della Parola di Dio e dei Sacramenti, mentre la norma giuridica ha un ruolo necessario, ma subordinato e al servizio della comunione. In questa linea è opportuno che il Dicastero aiuti a far riflettere su una genuina formazione giuridica nella Chiesa, che faccia comprendere la pastoralità del diritto canonico, la sua strumentalità in ordine alla *salus animarum*

[97] Cf Swatos, W. H. Jr., *Weber or Troeltsch?: Methodology, Syndrome, and the Development of Church-Sect Theory*, in *Journal for the Scientific Study of Religion* 15 (1976) 129-144.

[98] Passi paralleli: *Mc* 12, 29-34; *Lc* 6, 31; *Mt* 22, 39-40; *Rm* 13, 8-10; *Gal* 5, 13-14; *1 Tim* 1, 5; *Gc* 2, 10-13; *Is* 1, 17-18; *Ger* 7, 5-6; *Ez* 18, 7-8; 21; *Am* 5, 14-15; *Mic* 6, 8; *Zac* 7, 7-10; 8, 16-17; *Mal* 3, 5.

[99] Sempre il prof. Cotta parlando degli elementi strutturali della giustizia, ne elencava sei, i primi tre riguardanti l'essere ed i seguenti riguardanti l'agire della persona: 1) uguaglianza ontologica; 2) simmetria o reciprocabilità biunivoca; 3) corrispondenza tra diritti e doveri; 4) adeguatezza del reciproco rapportarsi delle azioni; 5) il rispetto universale del giusto; 6) imparzialità del giudizio (cf Cotta, S., *Il diritto nell'esistenza*, 212-216). Riguardo a quest'ultimo elemento notava: "(…) la giustizia esige un giudizio disinteressato e imparziale. Ciò significa, in primo luogo, che vi sia un terzo (il giudice, l'arbitro) il quale non sia coinvolto personalmente nella questione da decidere, secondo la vecchia massima *nemo iudex in causa propria*; in secondo luogo, che siano ascoltate le ragioni di tutte le parti coinvolte nella controversia, secondo la massima *audietur et altera pars*, in terzo luogo che siano raccolte le prove oggettive dei fatti. Sono queste le condizioni procedurali fondamentali del giudizio imparziale, grazie al quale la giustizia completa la propria fisionomia di misura oggettiva, che non avvantaggia nessuno e a tutti dà il dovuto secondo una 'ragione senza passione, per dirla con Aristotele" (*ibid.*, 216-217).

(can. 1752), la sua necessità per ossequio alla virtù della giustizia, che sempre deve essere affermata e garantita.

In tale prospettiva, è quanto mai attuale l'invito di Benedetto XVI nella *Lettera ai Seminaristi*, ma valido per tutti i fedeli: «Imparate anche a comprendere e – oso dire – ad amare il diritto canonico nella sua necessità intrinseca e nelle forme della sua applicazione pratica: una società senza diritto sarebbe una società priva di diritti. Il diritto è condizione dell'amore» (n. 5). Far conoscere e applicare le leggi della Chiesa non è un intralcio alla presunta "efficacia" pastorale di chi vuol risolvere i problemi senza il diritto, bensì garanzia della ricerca di soluzioni non arbitrarie, ma veramente giuste e, perciò, veramente pastorali. Evitando soluzioni arbitrarie, il diritto diventa valido baluardo a difesa degli ultimi e dei poveri, scudo protettore di chi rischia di cadere vittima dei potenti di turno. Noi vediamo oggi in questo contesto di guerra mondiale a pezzetti, vediamo come sempre c'è la mancanza del diritto, sempre. Le dittature nascono e crescono senza diritto. Nella Chiesa non può succedere questo.

Anche il tema allo studio della vostra Plenaria va in questa direzione, per rimarcare che anche la legge penale è uno strumento pastorale e come tale deve essere considerata e accolta. Il Vescovo deve essere sempre più consapevole che nella sua Chiesa, di cui è costituito pastore e capo, è perciò stesso anche giudice tra i fedeli a lui affidati. Ma il ruolo di giudice ha sempre un'impronta pastorale in quanto è finalizzato alla comunione fra i membri del popolo di Dio. È quanto viene prescritto nel vigente Codice: quando l'Ordinario abbia constatato che per altre vie dettate dalla sollecitudine pastorale non sia stato possibile ottenere sufficientemente la riparazione dello scandalo, il ristabilimento della giustizia, l'emendamento del reo, solo allora deve avviare la procedura giudiziaria o amministrativa per infliggere o dichiarare le pene adeguate per raggiungere la finalità (cfr can. 1341). Da ciò si deduce che la sanzione penale è sempre l'*extrema ratio, il rimedio estremo* a cui far ricorso, quando tutte le altre possibili strade per ottenere l'adempimento normativo si sono rivelate inefficaci.

Al contrario di quella prevista dal legislatore statuale, la pena canonica ha sempre un significato pastorale e persegue non solo una funzione di rispetto dell'ordinamento, ma anche la riparazione e soprattutto il bene dello stesso colpevole. Il fine riparativo è volto a ripristinare, per quanto possibile, le condizioni precedenti alla violazione che ha perturbato la comunione. Ogni delitto, infatti, interessa tutta la Chiesa, la cui comunione è stata violata da chi deliberatamente ha attentato contro di essa con il proprio comportamento. Il fine del recupero dell'individuo sottolinea che la pena canonica non è uno strumento meramente coercitivo, ma ha un carattere spiccatamente medicinale. In definitiva, essa rappresenta un mezzo positivo per la realizzazione del Regno, per ricostruire la giustizia nella comunità dei fedeli, chiamati alla personale e comune santificazione"[100].

[100] Papa Francesco, *Discorso ai partecipanti della Sessione plenaria del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi*, (21 feb. 2020), in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2020/february/documents/papa-francesco_20200221_testi-legislativi.html (consultato il 21-II-2020).