

GAETANO LO CASTRO

## DIRITTO E GIUSTIZIA

A proposito di un'opera del card. Mario Francesco Pompedda

1. È lo stesso titolo del libro <sup>(1)</sup> a rendere palese che trattasi di un insieme di saggi, corrispondenti ad altrettante lezioni sul matrimonio canonico tenute dal card. M. Pompedda in circostanze diverse, e non di una trattazione complessiva e sistematica dell'istituto matrimoniale.

Il lettore non resterà però deluso dallo studio di quest'opera, la quale offre molto più di quei pur preziosi approfondimenti su vari temi di diritto matrimoniale, spesso di frontiera e comunque sempre assai controversi e di non facile soluzione tecnica, che è naturale attendersi da un giurista di così alto prestigio. L'opera è infatti una testimonianza, molto qualificata, della vocazione essenzialmente giurisprudenziale del diritto della Chiesa, ed è inoltre un forte richiamo dello spirito che anima e deve animare tale diritto. Da tutte le sue pagine traspare la persuasione dell'autore — che io assumo come il suo primo e forse più notevole insegnamento — che ciò che più conta in chi si avvicina a quel diritto, per farlo vivere nella concreta esperienza giuridica della Chiesa, è la giusta posizione mentale e direi anche spirituale e morale, senza la quale potrà forse aversi un metodo tecnicamente corretto, ma non adeguato alle concrete ed irrinunciabili esigenze di codesta esperienza. Tale posizione sembra essere per l'autore più importante ancora delle soluzioni accolte ed aditate per i singoli problemi, per le quali va conservata, ed egli con-

---

<sup>(1)</sup> M.F. POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, ed. Giuffrè, Milano, 2002. Il presente saggio, corredato di essenziali richiami bibliografici, costituisce l'introduzione di tale volume.

serva, una necessaria e scientificamente assai qualificante posizione di umiltà intellettuale.

2. Dicevo che la «vocazione essenzialmente giurisprudenziale» del diritto della Chiesa, dimostrata da questa opera, è un tratto connotante tale diritto, probabilmente il suo più significativo modo di partecipare alla vita complessiva della giuridicità; un tratto che lo distingue da molte delle coeve esperienze giuridiche, soprattutto da quelle riferibili ai paesi c.d. di *Civil Law*. Sul punto conviene pertanto dire qualche altra parola, anche perché gli sviluppi più recenti della scienza giuridica canonica talora sembrano non percepire la ricchezza e la piena rispondenza alle esigenze dell'ordinamento giuridico della Chiesa di quella vocazione.

Vocazione giurisprudenziale esprime il modo in cui nella vita della Chiesa si dà istituzionalmente risposta al problema, sempre presente nella storia dell'umanità, del rapporto fra legge e giustizia, fra la disposizione normativa positiva dell'autorità e il giudizio critico su di essa con riferimento ad un criterio, ad un parametro di valutazione, che non sta nella disposizione, ma la trascende.

È ben noto il postulato kantiano: non potersi la legge criticare se non sulla base di quanto disposto dalla stessa; ma per Kant tale postulato non comportava affatto un positivo giudizio di valore della legge, come se essa fosse aprioristicamente giustificata o approvata; per Kant il valore era dato dal «giusto» (cosa giusta), mentre le norme (il diritto positivo) erano da considerare soltanto come «fili conduttori» che portano ad esso; d'altronde, le sue origini andavano ricercate, superando i principi empirici ricavabili dalle norme, nella ragion pura, ritenuta «unico fondamento di ogni legislazione positiva possibile»<sup>(2)</sup>; onde l'identificazione fra norma e giustizia, mancando la quale non potrebbe parlarsi di diritto, se non in senso appunto empirico e, al postutto, improprio, non avrebbe potuto né potrebbe essere reputata come un connotato indefettibile della norma, ma quale frutto dell'opera della giurisprudenza (intesa, in senso lato, come scienza giuridica). È altresì ben noto come tale idea del rapporto fra legge e giustizia dalle correnti di pensiero successive, alcune delle quali pure si vantavano di ispirarsi al pensiero del filosofo

---

<sup>(2)</sup> I. KANT, *Metaphysik der Sitten* (1797), trad. it. di G. Vidari, *La metafisica dei costumi*, Bari, 1983, p. 33-34.

di Königsberg, sviluppandolo tuttavia unilateralmente, abbia perduto la cadenza propria di una metafisica dei costumi, e cioè di una metafisica che guardi al comportamento doveroso dello spirito (qual era in Kant), per acquisire quella propria di una affermazione di metafisica trascendentale, venendo così assunta quale principio fondante di tutti i positivismi: la legge non è legge se conduce all'affermazione della giustizia, ma è essa stessa, in quanto legge, in quanto voluta dall'autorità, giusta<sup>(3)</sup>.

Di tale persuasione è vissuta la scienza giuridica degli ultimi due secoli; da essa deriva quella massiccia attività scientifica volta alla costruzione dogmatica del diritto, nella ingenua (troppo tardivamente rivelatasi tale) persuasione che il sapiente intreccio dei concetti giuridici, ricavabili dalle norme e dai principi ad esse sottesi; la loro ordinata elaborazione in un ordine sistematico razionale, che si riteneva esistente nell'ordine normativo e da questo ricavabile, ma in realtà imposto dalle sempre più raffinate elaborazioni della scienza giuridica; la creazione di categorie astratte necessarie per dare ordine al sistema, altro non fossero che la costruzione di un ordine «giusto»; anzi, che la stessa giustizia scaturisse da queste geometriche costruzioni concettuali, aventi un precostituito fondamento non nella realtà sociale o nei bisogni dell'uomo, ma nella previsione positiva, generale, astratta, del legislatore.

Ne vennero fuori quel positivismo «acritico» appiattito sul dato positivo, tipico della scienza giuridica fino alla metà del secolo scorso; quell'entusiasmo per le categorie giuridiche, assunte con una fiducia quasi feticista nella loro bontà; quella concezione del diritto positivo come unico possibile luogo di residenza della giustizia; quella distinzione fra morale e diritto accompagnata dall'attenua-

---

<sup>(3)</sup> Per la verità, l'affermata preminenza della conoscenza (fondata sui principi della ragion pura), rispetto al dato conosciuto, aveva indotto Kant a non attribuire all'interpretazione giuridica i compiti che per secoli aveva svolto, primo dei quali di riconoscere attraverso l'*aequitas* la «natura»; nel ritenere pertanto la legge positiva come l'unico oggetto della scienza giuridica (cfr. I. KANT, *op. cit.*, p. 40), egli però propiziò l'identificazione fra diritto (positivo) e giustizia, alla quale in linea di principio era avverso; quell'identificazione che avrebbe rappresentato un punto fermo per le correnti positivistiche del successivo pensiero giuridico. Sul punto, e sulle correnti neokantiane, cfr. G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto. I. Del diritto e della sua conoscenza*, ed. Giappichelli, Torino, 1997, il cap. V (*Interpretazione e diritto naturale*), in particolare, p. 176-179.

zione se non addirittura dalla scomparsa di ogni coscienza critica sui contenuti del diritto.

Ne venne, ancora, l'esaltazione del momento legislativo, l'idea che il giusto non fosse il profilo morale del diritto, trascendente la norma, benché da ricercare in essa o fuori di essa e talora, se necessario, anche contro di essa, da parte di una coscienza morale non dipendente dalla norma; ma, identificato senz'altro con questa, potesse essere creato, e che questo potere, questa capacità creativa di dimensione morale, fosse nelle mani dell'autorità. Al contempo ne venne altresì uno svilimento di quella parte della scienza giuridica che non partecipa a tale attività creativa, e in particolare della giurisprudenza (in senso proprio), ridotta ad organo esecutivo di una giustizia identificata con la norma posta dal legislatore e, quindi, metonimicamente con questo stesso. I giuristi poi, quando non furono concepiti come catena di trasmissione di un potere che viveva fuori della loro responsabilità, furono riconosciuti come elaboratori degli strumenti tecnici concettuali al servizio dell'opera legislativa, e in tale riconoscimento avrebbero dovuto trovare la loro gratificazione.

Ne venne, infine, un ottundimento della stessa coscienza morale nei confronti della norma positiva e, in genere, di quanto fosse disposto dall'autorità, proprio per la riduzione del diritto a diritto positivo con la teorizzata identificazione fra diritto e giustizia, i cui drammatici esiti non mancarono puntualmente a manifestarsi proprio quando sembrava che le raffinate costruzioni dogmatiche del diritto, raggiunto l'apice della loro perfezione concettuale, avessero ormai spalancato le porte a società pienamente rispondenti alle profonde aspirazioni degli uomini.

3. Questo orizzonte ideale, che configurò la società borghese occidentale del continente europeo nel XIX e nella prima metà del XX secolo, è entrato in profonda crisi nel momento in cui il mondo che avrebbe dovuto salvare precipitò nel baratro della seconda guerra mondiale. Se dai frutti si giudica l'albero, i frutti furono di una barbarie inaudita. Certo quei frutti non erano da attribuire direttamente all'opera dei giuristi; ma questi non potevano chiamarsi fuori da ogni responsabilità dopo aver coltivato per decenni una sconfinata fiducia nella loro opera come via sicura per pervenire alla società felice. La direzione verso cui dovevano ora muoversi i giuristi era chiara, tracciata e imposta dai fatti (benché fosse comprensibile la lentezza del nuovo per la difficoltà di superare e di abbandonare quelle categorie

e quelle impostazioni metodiche nelle quali essi si erano formati e alla cui affermazione avevano potentemente contribuito con le loro poderose costruzioni concettuali): un risveglio dell'autonomia della coscienza morale come esito della ritrovata indipendenza della giustizia dalla norma, del «Diritto» dal «diritto positivo», con tutto ciò che da tale separazione consegue, risalendo a ritroso il cammino concettuale che la scienza giuridica aveva fino ad allora percorso. L'antidogmatismo, che caratterizza una buona parte della scienza giuridica dell'Europa continentale, come reazione agli eccessi dogmatici del precedente periodo, naturalmente convive con la trattazione dogmatica del diritto; del resto, non dello strumentario concettuale potrebbe farsi rimprovero ai giuristi, giacché senza quello ovviamente non sarebbe possibile non solo alcuna costruzione ma neppure alcun discorso scientifico; ma semmai dell'atteggiamento morale che induceva a riporre in quelle costruzioni una forza salvifica dell'umanità, rivelatasi del tutto vana quando esse furono concepite in modo puramente formale, e furono amate per la loro bellezza estrinseca, per lo scintillio di intelligenza che riverberavano, poco curandosi del loro aggancio con la realtà umana che regolavano.

4. Oggi il problema della scienza giuridica non è neppure quello di calibrare in una giusta proporzione dogmatismo e antidogmatismo, ma è quello di individuare le corrette categorie di giudizio del diritto positivo, di rintracciare per la coscienza morale, che si è risvegliata dal sonno nel quale era piombata per alcuni decenni, soddisfatta com'era dei tecnicismi giuridici entro i quali viveva come rinserta, i valori di riferimento, sulla base dei quali esercitare la propria funzione critica; quelle categorie, quei valori, che stanno poi nel sottofondo della interpretazione giuridica, le danno senso e la rendono fattore propulsivo del divenire della società.

È l'attuale stagione della cultura giuridica. Grossi problemi al riguardo si danno: non solo non esiste nei paesi di tradizione di *Civil Law* un ceto di giuristi che, in simbiosi con le tradizioni etiche della società, possa ritenersi di queste depositario e al contempo credibile interprete, essendo consapevole, come lo è nei paesi di tradizione di *Common Law*, della funzione non meramente tecnica ma umana e sociale dallo stesso istituzionalmente svolta; ma soprattutto sembra che le società moderne non riescano a trovare un'anima etica, comuni valori di riferimento morale (si vedano al riguardo le persuasive considerazioni del card. Pompedda nel capitolo *L'uomo «debole» con-*

*temporaneo di fronte al matrimonio*). Si è passati così da società nelle quali l'eticità era divenuta appannaggio del potere e dell'autorità, che l'impondeva attraverso le sue norme, a società che hanno difficoltà ad individuare la dimensione dell'etica e tutto affidano ad una gestione tecnologica della vita dell'uomo.

Le difficoltà naturalmente si danno non solo per l'individuazione dei percorsi formativi dell'organizzazione giuridica, ma anche per l'interpretazione e l'applicazione delle norme prodotte da quell'organizzazione. La suddivisione dei poteri (altro chi pone le norme, altro chi le attua, altro chi le applica) è una sorta di galateo istituzionale, che si contenta di vedere nei limiti estrinseci all'esercizio dei poteri, nei quali si concretano quelle funzioni, la migliore garanzia per il loro *buon* esercizio, che sarebbe così assicurato istituzionalmente, a priori, quasi senza necessità di valutarne i contenuti e i frutti. L'attività giurisprudenziale, in particolare, cui spetta il compito di applicare la norma, sembra soffrire di crisi d'identità, per essere precipitata in una sorta di nevrosi, stretta com'è fra il credere nella norma e nella sua valenza morale per il solo fatto d'esserci come norma, e il valutare la norma criticamente, per il fatto ch'essa partecipa all'avventura complessiva dell'esistenza umana.

5. Veniamo all'esperienza giuridica della Chiesa. Qui ci troviamo in una condizione totalmente diversa rispetto a quella preconizzata dalla scienza giuridica secolare contemporanea. Nella Chiesa la norma non è un feticcio da adorare, ma è uno strumento (necessario) in funzione della giustizia e vale se risponde bene a tale funzione. Ciò che conta in tale ordinamento non è il complesso normativo, inteso in senso formale, ma l'insieme dei valori in esso racchiuso, e le finalità metagiuridiche dallo stesso perseguite. Il diritto è essenzialmente aperto a quei valori e a quelle finalità. In essi risiede non solo la sua moralità, ma la stessa ragione del suo esserci. La garanzia della loro corretta attuazione non può essere estrinseca, non può essere riposta in sapienti scelte di ingegneria politico costituzionale, che dovrebbero aprioristicamente assicurare su di essa, ma va continuamente controllata; quell'attuazione si ha, se si ha. Un sano scetticismo nei confronti degli strumenti formali ha da sempre pervaso la scienza giuridica canonica; quello scetticismo in cui, a mio modo di pensare, è da intravedere una delle concause del fallimento del tentativo di introdurre nella Chiesa lo strumento formale di una legge fondamentale. L'esperienza giuridica canonica è infatti rimasta, ed è meglio dire: sarebbe

dovuta rimanere, immune dalla ventata dogmatica che ha percorso negli ultimi due secoli la scienza giuridica secolare e che ancora soffia in estesi suoi settori. Soprattutto mai si è concesso alla norma un credito illimitato quanto alla sua funzionalità rispetto alla giustizia. Che sia funzionale, occorre e occorre sempre verificarlo. E a questo compito non possono sottrarsi non solo gli organi specifici cui è demandato, ma neppure i fedeli, investiti o no che siano di funzioni istituzionali nella Chiesa. (Tutto ciò manifesta, sia detto per inciso, un concetto rigoroso e impegnativo della responsabilità personale, assai più alto di quello espresso dalle antropologie umanitaristiche, che si chinano con ostentata misericordia verso l'uomo «debole» riducendone la responsabilità per i suoi atti e misfatti, ma così erodendone la grandezza e la dignità di uomo libero, padrone del proprio destino e del proprio futuro).

Non solo ragioni teologiche spiegano, pertanto, perché nella Chiesa non abbia potuto stabilirsi o attecchire la dottrina della separazione dei poteri, e perché gli sforzi svolti da parte di alcuni importanti settori della scienza giuridica canonica contemporanea, che parrebbero andare in tale direzione, si iscrivono più sotto il cielo di una *migliore organizzazione* dell'esercizio del potere, che non sotto quello (proprio degli ordinamenti secolari) del *corretto* esercizio dello stesso, riguardano più il diritto dell'organizzazione ecclesiastica che non il diritto della costituzione della Chiesa. Quand'anche non vi fossero quelle ragioni, tale dottrina non avrebbe in ogni caso potuto assicurare le garanzie di buon esercizio del potere che essa può fornire in ordinamenti che propendono per una concezione formalistica della giustizia. Ma in un ordinamento, come il canonico, istituzionalmente aperto alla giustizia, le garanzie non possono che essere sostanziali; e più che delle garanzie preventive consistenti in adeguati assetti istituzionali ci si dovrebbe curare delle verifiche successive.

6. I presupposti culturali su cui si asside la scienza giuridica canonica inducono ad amare non le idee in astratto, ma queste in quanto s'incarnino e si realizzino nell'umanità: non la «verità», ma la verità che è Cristo; non la «libertà», ma l'uomo libero; e dunque non la giustizia astratta della norma generale, del legislatore, ma quella che si realizza, che prende corpo, quando a ciascuno si riconosce e si dà quel che gli spetta. Il canonista sa che la giustizia non è pura simmetria di concetti, quale può essere pensata e immaginata da un legislatore o costruita in brillanti sistemi dalla scienza giuridica, ma simmetria di

rapporti umani, quale si realizza nella loro concretezza storica. Il legislatore può e deve dare direttive mediante le norme, ma queste debbono essere necessariamente ancorate alla giustizia, in particolare: alla giustizia divina, che è la sola vera giustizia, e non alla sua arbitraria volontà. La validità della norma è infatti validità sostanziale, non validità formale. Scoprire, svelare la giustizia è allora certamente un grave ed arduo compito, cui è chiamato il legislatore, che statuisce la norma, purché non pretenda né presuma di rinserrarlo in essa; ma anche il giudice, che ha il peculiare dovere non soltanto di applicare la norma al caso concreto controverso — come si suole dire —, ma, molto più, di avviare questo verso la soluzione giusta; ma anche gli interpreti qualificati del diritto; ma anche, alla fine, ogni uomo che voglia vivere dignitosamente la sua esperienza giuridica nella quotidianità dei suoi rapporti sociali.

Tutti, dunque, sebbene con diversa responsabilità, sono chiamati nella Chiesa a dare voce e corpo alla Giustizia, che è come dire: dare voce a Dio stesso. Ecco in che senso si può parlare di una vocazione essenzialmente giurisprudenziale del diritto della Chiesa. La giustizia non è il futuro prodotto di una norma adeguata; ma è un presente: il disegno divino, che bisogna saper vedere ed attuare nella vita relazionale dell'uomo; essa precede la norma e la sua attuazione, non la segue, in ogni caso la trascende, non ne è la conseguenza; la norma è norma, è diritto, se è giusta. C'è, come si vede, un capovolgimento totale rispetto all'andamento concettuale cui è abituata la scienza giuridica secolare moderna. E male farebbe la dottrina canonica a volerla seguire in una strada che s'è visto portare al baratro. La codificazione, che è l'opera più cospicua del mondo concettuale proprio della dogmatica giuridica moderna, può essere giustificata nella Chiesa per il vantaggio empirico della semplificazione del corpo normativo, non per l'ideologia, per quella visione della giustizia, che le sottostà. Fuori strada sarebbero allora quanti restassero invaghiti da essa e da ragioni che non appartengono alla cultura della Chiesa. C'è il diritto nella Chiesa; ma non allo stesso modo e non quel diritto che è proprio degli ordinamenti secolari. Non avere inteso ciò ha costituito uno dei grandi equivoci in cui è caduto chi ha contestato, ma anche chi ha difeso il diritto nella Chiesa.

7. Se nella Chiesa tutti sono chiamati ad essere « giudici » — e questo ormai non dovrebbe più sembrare un paradosso — in modo

del tutto peculiare e speciale lo sono i giudici di professione. I quali, chiamati come tutti a dire il giusto, lo dicono però in modo particolare, secondo una metodica che è loro propria. A prima vista parrebbe che il giudice altro non faccia di quel che fa ogni giurista (e noi potremmo ora dire, ogni uomo): leggere il diritto per interpretarlo secondo i canoni ermeneutici della sua scienza, secondo i dettami della sua sapienza. Quel di più che l'attività del giudice presenta rispetto a quella del giurista teorico, applicare la norma al caso sottopostogli e imporre la soluzione prescelta, riguarderebbe piuttosto un profilo empirico pratico, aggiuntivo, non essenziale, della riflessione intorno alla norma, al diritto, ai principi che lo regolano, riflessione che accomuna tutti i giuristi.

Tanto più queste osservazioni paiono pertinenti se si guardi al concreto oggetto delle riflessioni svolte nelle pagine dell'opera del card. Pompedda qui considerata: il diritto matrimoniale. Parrebbe improprio infatti pensare ad una diversa prospettiva nell'accostarsi ad esso, secondo che ciò avvenga per interessi teorici o per interessi pratici. Parrebbe un non senso parlare di un diritto matrimoniale di elaborazione giurisprudenziale, che in qualche modo si distanzierrebbe e differirebbe dal diritto matrimoniale di elaborazione dottrinale.

Nell'interpretazione, il giurista pratico e il giurista teorico sembrerebbero alla fine accomunati nella loro funzione di lettori del diritto. Eppure non è così o non è del tutto così. Perché in realtà il giudice, nel momento del giudizio e nel momento in cui deve intendere la norma da applicare, è in qualche modo condizionato e vincolato dal caso che ha davanti agli occhi: il suo modo d'intendere la norma non può prescindere da questo; la c.d. fattispecie concreta ne guida l'interpretazione. Egli più di tutti cerca la giustizia non in astratto, ma, appunto, in concreto, specificamente quella che è richiesta dal caso sottoposto alla sua attenzione. Il quale caso è fatto di profili, di sfumature, di condizionamenti più ricchi, più complessi di quelli che ha potuto tenere presenti chi ha modellato la norma. E tutto ciò non può non condizionare il modo d'intenderla, non può non guidare alla sua lettura per inclinarla o piegarla, quando fosse necessario, verso la soluzione giusta.

Insomma, fra tutti i «giudici» che popolano l'universo ecclesiale, il giudice per sua funzione e per sua missione è, per così dire, più giudice di tutti. Non solo, ma il suo modo di accostarsi al giusto, la *forma mentis* acquisita nel suo quotidiano operare non può non incidere sulle sue riflessioni intorno al diritto e alla giustizia.

8. S'intende pertanto l'interesse teoretico di un'opera che, come la presente, essendo rivolta a dare soluzione a problemi pratici, rifletta sul diritto secondo questa particolare angolazione metodica. E non è un caso, se si dà peso a quanto sopra detto, che codeste opere si abbiano in esperienze giuridiche (come quelle ricadenti nella tradizione di *Common Law*, o come quella ecclesiale) ove al giudice si riconosce l'alto compito di sacerdote della giustizia, piuttosto che in quelle in cui esso è inteso quasi come un funzionario della norma positiva.

I saggi del card. Pompèda pubblicati in questo libro, come gli altri apparsi in precedenti volumi, e sia di diritto matrimoniale, sia di diritto processuale<sup>(4)</sup>, occupano una posizione di cerniera fra la trattazione dogmatica dei problemi matrimoniali, legata alle norme e alle esigenze del sistema (secondo un metodo fortemente sollecitato da quella sorta di mimesi culturale che la scienza giuridica del diritto canonico ha dimostrato rispetto alla scienza giuridica secolare moderna), e la trattazione degli stessi problemi alla luce delle irrinunciabili esigenze della natura dell'uomo, per le quali l'accostamento alle norme e al sistema che le racchiude deve avvenire con vigile senso critico avente per riferimento una dimensione che trascende quella espressa dal diritto positivo.

Sono queste le due anime universali della scienza giuridica, e sarebbe meglio dire della cultura umana, di ogni tempo, alla ricerca del corretto equilibrio fra di loro; un equilibrio fortemente compromesso e posto in pericolo, come si è avuto modo di accennare, nella cultura giuridica secolare contemporanea, che ha privilegiato il concettualismo dogmatico a scapito del realismo giuridico, e di riflesso compromesso e posto in pericolo anche in vasti settori della cultura giuridica canonica, nel corso di questi due ultimi secoli ampiamente tributaria della prima. Un equilibrio alla ricerca del quale l'opera che qui presento appare fortemente, sebbene implicitamente, impegnata in tutti i suoi passaggi.

Per tale ragione la sua lettura è assai utile non solo per gli specialisti del diritto matrimoniale canonico, ma per quanti, nel fare diritto (secolare o canonico che sia), sentono strette e irrespirabili le

---

(4) Mi riferisco, in particolare, ai saggi raccolti in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1993, e in *Studi di diritto processuale canonico*, Giuffrè, Milano, 1995.

maglie dogmatiche nel quale esso è rimasto ormai da lungo tempo costretto e cercano di aprirsi a considerazioni contenutistiche, avendo peraltro, come tutti, la difficoltà di rintracciarne il fondamento e il punto di appoggio. Ripeto: a me sembra che l'opera presenti un valore teorico e metodologico sul modo di fare e di intendere il diritto almeno pari al valore dei risultati raggiunti e delle soluzioni additate per i singoli problemi trattati; e che sarebbe perdere il meglio soffermarsi su questi ultimi senza cogliere il primo, senza avvedersi come da questo quei risultati siano fortemente condizionati e, in un certo senso, preconizzati.

9. Siamo noi giuristi abituati a trattare il matrimonio secondo una prospettiva tecnica, riguardante un complesso normativo da interpretare per fini di esposizione teorica o quando ne fosse richiesta l'applicazione.

Ma il matrimonio, ed ecco uno dei tanti insegnamenti del card. Pompedda, non è principalmente un dato normativo, non è un complesso di norme, ma un fatto umano per essenza, ove l'uomo gioca e realizza uno degli aspetti più importanti della sua personalità: la sua capacità di amare, di entrare in una relazione profonda, quale solo l'amore può dare, con un altro essere umano (si veda al riguardo il primo capitolo del libro, *L'amore coniugale e il consenso matrimoniale*). Va da sé che l'insegnamento dell'autore non sta nell'affermazione per come suona, ma nel fatto che essa sia proposta e additata alla scienza giuridica come parametro di riferimento per la soluzione dei problemi controversi (alcuni assai controversi) esaminati nel corso del lavoro.

Al lettore attento e sensibile a una non formalistica concezione del diritto non sfuggirà allora quanto fortemente quell'insegnamento influisca sul modo di trattare tali problemi e di condurli a soluzione; una soluzione spesso per lo stesso autore non priva di incertezze e di dubbi (si veda, emblematicamente, quella additata nell'ultimo capitolo per l'incapacità derivante dalla malattia dell'A.I.D.S.); dubbi fisiologici, espressivi anzi della problematicità o, se si vuole, del mistero della vita umana, e dunque della correttezza della posizione metodica dell'autore; dubbi dai quali rifuggono quanti aspirano a soluzioni certe e confidano per superarli appunto nelle soluzioni tecniche formali, senza riflettere che il piano della certezza non è indipendente, né, tanto meno, alternativo, bensì funzionale, rispetto a quello più ampio e definitivo della giustizia. Si può anzi dire — con le pa-

role di un filosofo, singolarmente consonanti con le idee del nostro autore — che «la giustizia prende la forma della certezza», nel senso che «la certezza dell'azione, la quale si organizza e realizza in tutto il mondo del diritto, è la obiettivazione della giustizia, la giustizia diventata mondo dell'esperienza giuridica, il mondo proprio del diritto»<sup>(5)</sup>.

Chi legga con attenzione l'opera del card. Pompedda si accorgerà come nel sottofondo di tutte le sue specifiche argomentazioni sia costante l'attenzione, direi ancor più: la preoccupazione, per la certezza del diritto, benché questo tema non formi oggetto di specifica trattazione. Non potrebbe essere diversamente per un giurista giudice, consapevole delle sue responsabilità.

In verità, la certezza non è, per sé, un attributo o un valore assoluto del diritto positivo (del complesso delle norme vigenti), ma della giustizia, del principio e del fondamento, cioè, dell'intera esperienza giuridica; e solo di riflesso, e peraltro in senso sempre relativo e problematico, la certezza è un attributo della norma, strumento idoneo a formare in concreto codesta esperienza. E mentre la norma, se giusta nella sostanza (ossia, in quel che dispone), partecipando, proprio perché giusta, della certezza del fondamento o principio del mondo della giuridicità, non può che essere anch'essa certa — fa, pertanto, diritto —; non è vero il reciproco. Se, infatti, la norma incerta già per ciò stesso deve ritenersi ingiusta, una norma «legali-

---

<sup>(5)</sup> G. CAPOGRASSI, nella *Prefazione* a LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (rist. postuma a cura di G. Astuti), ed. Gismondi, Roma, 1942, p. 12. Per Capograssi (e per Lopez de Oñate), la certezza — nella quale s'identifica lo stesso diritto naturale — presiede al mondo dell'esperienza giuridica; questo, infatti, non è altro che «la realizzazione e la celebrazione obiettiva della giustizia, come mondo in cui la esigenza della giustizia diventa principio costitutivo e produttivo dell'esperienza» (*ivi*).

Sul tema vedi i saggi complementari, sebbene diversamente orientati, di P. CALAMANDREI (*La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*), di F. CARNELUTTI (*La certezza del diritto*), di P. FEDELE (*La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*), e l'appendice di aggiornamento di M. CORSALE (*Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*), pubblicati nella nuova edizione dell'opera di Lopez de Oñate, curata dalla casa ed. Giuffrè (Milano, 1968); in quest'edizione la *Prefazione* di Capograssi appare come *Considerazioni conclusive del dibattito sulla certezza* (p. 239 ss.). Cfr., inoltre, S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX (Milano, Giuffrè, 1961), p. 56-58.

Cfr. infine G. LO CASTRO, *L'uomo e la norma*, in *Studi in onore di M. Mazzioni di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, p. 55-96, in particolare p. 91 (dove sono riprese la presente nota e le considerazioni svolte nel testo).

sticamente» certa per le sue caratteristiche formali non è, per ciò solo, giusta; può anche essere «certamente» ingiusta. In tal caso, per quanto possa sembrare paradossale, essa alla fine non è neppure certa, se non in un senso immediato e superficiale; una norma ingiusta, infatti, appunto in quanto ingiusta, non è in grado di garantire alcuna certezza nei rapporti sociali, né alcuna certezza sull'eticità dell'azione umana: chiede ubbidienza, ma contiene in se stessa e mostra le ragioni per non essere ubbidita (dove la sua intrinseca «incertezza»); d'altra parte, ove la norma non fosse pensata e prodotta in funzione di giustizia, non servirebbe a costituire il diritto, a dare un contributo positivo alla formazione dell'esperienza giuridica.

Insomma: anche da questo versante tutto induce a non identificare norma e diritto — questo essendo dato solo da norme giuste (e certe) —; tutto induce a pensare il diritto, componente indefettibile della condizione umana, come dipendente dalla dimensione sostanziale della giustizia, anziché da quella formale della prescrizione normativa: donde la sua essenziale problematicità. In tale prospettiva concettuale, la relazione dialettica, che si dà fra l'uomo e la norma, equivarrebbe all'altra, parimenti dialettica, che esiste fra la giustizia (il diritto) e la norma.

10. Vi è un altro profilo dell'opera che a me è apparso di straordinario interesse, che riguarda non il diritto in sé, ma il diritto matrimoniale, anzi il matrimonio stesso.

Si sa che i profili problematici della vita del matrimonio oggi non sono prevalentemente normativi; e così del resto è non soltanto per la Chiesa, ma direi soprattutto per gli Stati. Bisogna intendersi per questi ultimi: le norme sono intervenute e intervengono, hanno configurato e continuano a configurare il matrimonio anche in forme che sembravano essere superate, forzandone talora il tradizionale significato; per fare un esempio, si cerca di dare e in realtà si sta dando al rapporto di fatto un rilievo giuridico che da molti secoli non era conosciuto, equiparandolo negli effetti al matrimonio. Altro esempio: l'idea di matrimonio è stata sbalottata fra una funzione pubblica e una privata, con prevalenza oggi della seconda rispetto alla prima; il che significa e comporta che alla volontà privata è assegnata una rilevanza maggiore di quella di cui precedentemente godeva, soprattutto per il perdurare del vincolo; mentre, assunto il matrimonio nell'ottica dell'autonomia privata, non si potrà poi evitare di dar vita all'unione coniugale anche per fatti concludenti, anche senza una vo-

lontà coniugale espressa, e, a volte, anche con indizi certi che questa sia contraria, per una sorta di responsabilità oggettiva. Sembra emergere dagli ordinamenti giuridici occidentali il disegno di legalizzare ogni tipo di volontà privata, e, congiuntamente, di legalizzare altresì ogni possibilità e istanza scienziata nella delicata materia dei fattori riproduttivi, affrancandoli dal rapporto con la famiglia, alla quale quei fattori venivano prima di regola attribuiti per l'alto significato e per le conseguenze non soltanto sociali ma anche personali e morali che si pensava essi rivestissero.

Che effetti deriveranno per il matrimonio dei credenti da queste incertezze, da questi scombusolamenti ideali e morali? Il tempo dirà.

Intanto — ed ecco un altro insegnamento del card. Pompèda (si veda il capitolo dedicato a *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale canonico*) —, non si può, non si deve mettere la testa sotto la sabbia negando che quelle incertezze abbiano un qualche rilievo; non soltanto là dove è più ovvio attenderselo, vale a dire nell'ambito della pastorale, dell'affermazione o della negazione, nella vita della società e nella vita dell'uomo, dei valori umani e sociali; ma anche in quello giuridico, se il giurista non si rinserra entro aride argomentazioni tecnico giuridiche. La Chiesa, che pure ha una sua salda idea di matrimonio — un'idea che ha portato avanti nei secoli e deve continuare a coltivare nel cuore degli uomini —, e che ha una preoccupazione costante per la salute spirituale dell'uomo, non può dimenticare che alla sua missione dovrà attendere in un rapporto necessario con la vita delle società civili, oggi, nel mondo occidentale, ispirate a molteplici ideologie; un rapporto che pone all'interno stesso della vita cristiana problemi affatto nuovi.

Qui mi pare doversi sottolineare la finezza, ma anche la concretezza del giurista che, pienamente padrone dei profili teorici e dottrinali, dimostra tutto ciò coi fatti, non con discorsi astratti o meramente ammonitori.

La forza propositiva, il diritto al messaggio, che sono propri della Chiesa (come di qualsivoglia altra confessione, negli ordinamenti democratici liberali moderni), non sono venuti meno; anzi sono salvaguardati; ma il suo influsso sulla configurazione di una morale comune nella società civile è stato fortemente sminuito per il fatto d'essere stata confinata fuori di essa (e sa solo Dio se sia stato un bene per la Chiesa quell'autonomia del proprio ordinamento, certo da essa rivendicata, ma ottenuta al prezzo di essere resa giuri-

dicamente estranea alla società civile; un'autonomia che, circondando la Chiesa di garanzie estrinseche per la sua opera, l'ha tuttavia concettualmente racchiusa come in un ghetto, dal quale può uscire soltanto col beneplacito formale degli Stati, con la forte tentazione d'impedire alla Chiesa di essere della società civile, di cui pure fa necessaria parte, lievito essenziale); ed è stato sminuito altresì l'influsso della Chiesa nella comune concezione del matrimonio, con effetti indesiderabili, ma non eludibili da chi deve « giudicare », sulla formazione del matrimonio fra gli stessi suoi fedeli.

In questi passaggi si nota l'ansia del giurista (che, per quanto rigoroso, non può però dimenticare d'essere eminente pastore di anime) il quale sente di dover conciliare quel che a prima vista parrebbe inconciliabile: venire incontro alle esigenze umane e spirituali degli uomini (si veda ancora il già richiamato capitolo *L'uomo « debole » contemporaneo di fronte al matrimonio*), al contempo salvaguardando i connotati di un istituto che ha la sublime virtù ma anche la responsabilità di essere tramite della grazia divina.

11. Io non posso qui ripercorrere per intero l'opera card. Pompedda, ricca di ragionamenti, di intuizioni, di suggestioni: non c'è capitolo del libro che non offra spunti di meditazione scientifica e che non richieda, dunque, un lettore attento e pensoso; né posso dar conto di tutte le riflessioni in me suscitate dalla sua lettura.

Ma su un ultimo punto vorrei attirare l'attenzione: il richiamo dell'autore alla « natura delle cose ». Lo fa nel capitolo dedicato alla *Sessualità nel diritto canonico*.

È noto — e lo ha ricordato in Italia, ormai è qualche decennio, Alessandro Baratta — come il richiamo alla natura delle cose o dei fatti nella dottrina tedesca del secondo dopoguerra sia avvenuto in chiave conservatrice, per controbilanciare gli effetti dinamici indotti, dopo la caduta del nazismo, dal richiamo ai principi di diritto naturale, i quali avevano assunto una forza dirompente del ferreo assetto costituito dalla dogmatica giuridica dell'anteguerra; quell'assetto che, peraltro, aveva portato ai risaputi effetti catastrofici e che, conseguentemente, era messo in discussione. La necessità di ridonare stabilità al nuovo ordine giuridico, costruito ovviamente su principi del tutto diversi di quelli propugnati dall'antecedente regime, indusse a richiamarsi appunto alla « natura dei fatti »: un principio normativo ineriva ai fatti sociali e fungeva quindi « come fonte indiretta di diritto e come principio di interpretazione integrativa »;

un principio che svolse in Germania la funzione di ancorare l'ordine giuridico a dati certi, sia pure di natura ideologica o sociologica; un principio che viceversa, nel sistema del *Case Law*, svolgeva e svolge una funzione dinamica, estraneo com'è — lo ricordava ancora Baratta — «alle cristallizzazioni ideologiche e agli schematismi sociologistici»<sup>(6)</sup>.

Per il nostro autore, il richiamo alla natura delle cose ha un rilievo cruciale nel campo del diritto, e non soltanto con riferimento al problema esaminato nello specifico capitolo in cui tale richiamo si dà. Alla natura egli intanto riconosce una funzione precettistica, non soltanto nel campo fisico medico, ma anche nella sfera etico politica. Bisogna intendersi sul concetto di natura, avverte lo studioso; esprime essa certamente un concetto fisico biologico. Ma nel campo giuridico essa non può non fare riferimento alla razionalità degli esseri, che è un dato pur esso naturale. Essa dunque supera il mero dato fisico biologico «per assurgere ad una intrinseca finalità»; rivestita di razionalità, essa rappresenta «la base per stabilire la norma»; anzi viene a costituire la ragione stessa della legge», la quale «in tanto ha fondamento ed in tanto è razionale (...) in quanto aderisce, è in sintonia, favorisce ed esprime la natura».

Fra le tante suggestioni che il libro fornisce, ho voluto richiamare questa sulla natura delle cose perché racchiude quel che a me pare rappresenti il fattore tipico che caratterizza il contributo di pensiero del card. Pompedda; giacché è impossibile che sfugga al lettore attento quanto di fortemente ancorato al tradizionale pensiero cattolico vi sia in questa concezione della natura, espressione stessa del disegno divino (e, come tale, intrinsecamente normativa), ma al contempo quanto in essa si dia di progressivo, di fortemente aperto alla vita e al divenire. Il richiamo alla natura, se ho bene inteso il pensiero del card. Pompedda, non serve alla conservazione dell'ordinamento dato, come spesso ma impropriamente si rimprovera all'idea del diritto naturale del pensiero classico, alla stregua di quei giu-snaturalismi di matrice razionalistica, da quel pensiero ben distanti, che hanno caratterizzato una stagione della cultura giuridica europea del dopoguerra; ma quel richiamo serve, e fortemente e decisamente serve, a tenere sempre aperto il discorso verso la ricerca della solu-

---

<sup>(6)</sup> A. BARATTA, *Introduzione* a G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, ed. Giuffrè, Milano, 1962, p. XXII-XXIV.

zione giusta ed adeguata, secondo la tradizione canonistica più alta e feconda e (se riteniamo proprio necessario fare un accostamento) secondo la tradizione anglosassone del *Case Law*. A dimostrazione che nulla di più moderno, di più rispondente alle esigenze dell'uomo, vi è del pensiero ispirato e nutrito della linfa vitale della più alta ed antica espressione della cultura cristiana.

