

ACADEMIA HISTORICO – IURIDICO – THEOLOGICA
PETRUS TOCĂNEL
Institutii Theologici Franciscani

S T U D I A E T D O C U M E N T A

Director: Maximilian PAL

5

ALESSANDRO BUCCI

**DIRITTO DELLA CHIESA E DIRITTO DELLO STATO
NEL DIVENIRE DELL'ATTO PROCESSUALE**

Un approccio storico giuridico alle attuali prospettive



Roman
Institutum Theologicum Franciscanum
2003

ACADEMIA HISTORICO – IURIDICO – THEOLOGICA
PETRUS TOCĂNEL
Institutii Theologici Franciscani
ROMAN

Coloana «STUDIA ET DOCUMENTA»

Comitetul științific internațional

ROMAN: Av. dr. I CHELARU; I. CIURARU; M. DĂMOC; E.V. DUMITRESCU
A.S. GIURGI; M. PAL; M. POPOVICI

ROMA: D.J. ANDRÉS GUTIERRÉZ; ✠ T. BERTONE; O. BUCCI;
D. CECCARELLI-MOROLLI; G. GIROTTI; A. MONTAN

Secretariat ROMAN: Gabriel-Marius CĂLIMAN
Institutul Teologic Romano-Catolic Franciscan
Str. Ștefan cel Mare, 268/B
5550 ROMAN (NT) – ROMANIA
e-mail: gabrielmarius@libero.it

Segreteria di ROMA: Alessandro BUCCI
Viale Eritrea, 81
00199 ROMA – ITALIA
e-mail: buccialessandro@hotmail.com

*Alla memoria dell'Avvocato
Giampiero Colla.
Maestro di vita,
fine giurista
e raffinato professionista*

SIGLE ED ABBREVIAZIONI

1) Enciclopedie Giuridiche

BED	<i>Biblioteca di Economia e di Diritto</i>
DDC.....	<i>Dictionnaire de Droit Canonique.</i>
DI	<i>Digesto Italiano.</i>
DThC	<i>Dictionnaire de Theologie Catholique.</i>
EdD	<i>Enciclopedia del Diritto</i>
EI.....	<i>Enciclopedia Italiana</i>
EGI.....	<i>Enciclopedia Giuridica Italiana</i>
EGTrecc.....	<i>Enciclopedia Giuridica Treccani</i>
NDI.....	<i>Nuovo Digesto Italiano</i>
Nov Dig It...	<i>Novissimo Digesto Italiano</i>

2) Riviste e pubblicazioni periodiche

ADE	<i>Archivio di Diritto Ecclesiastico</i>
AG.....	<i>Antologia Giuridica</i>
AnE.....	<i>Analecta Ecclesiastica</i>
Arch. giur.....	<i>Archivio Giuridico Filippo Serafini</i>
Arch. St. lomb.	<i>Archivio storico lombardo</i>
BIDR	<i>Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano</i>
Bull. Hist. et Philol.	<i>Bullettino di Historiae et Philologiae</i>
DE	<i>Il Diritto Ecclesiastico</i>
DDPriv.....	<i>Dizionario di Diritto Privato</i>
Eph. Iur. Can.....	<i>Ephemerides Iuris Canonici</i>
ER.....	<i>The American Ecclesiastical Review</i>
FA.....	<i>Foro Amministrativo</i>
Festschr. Brunner	<i>Festschrift H. Brunner</i>
Festschr. E. Heymann ..	<i>Festschrift E. Heymann</i>
FI.....	<i>Foro Italiano</i>
G.L.J.....	<i>Georgetown Law Journal</i>
GI	<i>Giurisprudenza Italiana</i>
Guida dir.....	<i>Guida al Diritto, ed. Il Sole 24 Ore</i>

H.L.R.....	<i>Harvard Law Review</i>
I.E.C.L.....	<i>International Encyclopedia of Comparative Law</i>
Ius Can.....	<i>Ius Canonicum</i>
ME.....	<i>Monitor Ecclesiastico</i>
R.T.C.....	<i>Rivista Trimestrale Civile</i>
R.T.D.Pc.....	<i>Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile</i>
RDC.....	<i>Rivista di Diritto Civile</i>
RDI.....	<i>Rivista di Diritto Internazionale</i>
RDIPP.....	<i>Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale</i>
RDP.....	<i>Rivista di Diritto Pubblico</i>
RDPC.....	<i>Rivista di Diritto Pubblico Comparato</i>
Rev. Esp. Dir. Can.....	<i>Revista española de derecho canonico</i>
RIDA.....	<i>Revue internationale de droit de l'antiquité</i>
Riv. Dir. Proc. Civ.	<i>Rivista di Diritto Processuale Civile</i>
Riv. Int. Fil. Dir.	<i>Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto</i>
Riv. It. di Sc. Giu.	<i>Rivista Italiana di Scienze Giuridiche</i>
Riv. Stor. Dir. Ital	<i>Rivista di Storia del diritto italiano</i>
RTDP.....	<i>Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico</i>
RTDPC	<i>Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile</i>
SDHI.....	<i>Studia et Documenta Historiae et Iuris</i>

3) Testi legislativi

AAS.....	<i>Acta Apostolicae Sedis, Romae, 1909 ss.</i>
ASS.....	<i>Acta Sanctae Sedis, Romae, 1870 - 1909</i>
CIC.....	<i>Codex Iuris Canonici, Romae, 1917</i>
CIC (L).....	<i>Codex Iuris Canonici (Latinis), Romae, 1983</i>
CICFrdbg	<i>Corpus Iuris canonici, Editio Lipsiensis secunda, Graz, 1959</i>
COeD.....	<i>Conciliorum Oecumenicorum Decreta, ed. Centro di Documentazione dell'Istituto per le Scienze Religiose, Bologna, 1991</i>

- GS..... *Gaudium et Spes*, Costituzione Pastorale Conc. sulla
“Chiesa nel mondo contemporaneo”
- LE..... *Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici edita*,
Roma, 1967 - 1987
- LG *Lumen Gentium*, Costituzione Dogmatica Conc. sulla
“Chiesa”
- M.P. *Motu Proprio*

4) Abbreviazioni più comuni

- att Disposizioni di attuazioni del Codice Civile
- can Canone
- cann Canoni
- c.c..... Codice Civile
- Cons.St. Consiglio di Stato
- CCost..... Corte Costituzionale
- Cost..... Costituzione
- D.l. Decreto legge
- D.lg..... Decreto Legislativo
- D.P.R. Decreto del Presidente della Repubblica
- G.U. Gazzetta Ufficiale
- R.d..... Regio decreto
- s.v..... Singola Voce

FONTI

A: Diritto Romano

a) *Fonti normative:*

Lex Aebutia

Gaio, IV, 12

C. Th. 1, 27, 1

C. Th. 4. 8. 6. 5

C. Th. 9. 19. 4

C I, 4 21, 15

C I, 8, 17, 11, 1

D. 1, 1, 1, 1

D. 22, 5, 3

D. 24, 11

D. 44, 7, 51 *de obligat. et act.*

Novella 90, 1

b) *Fonti letterarie:*

Cicerone, *Brutus*, 1, 3

Cicerone, *Brutus*, 93, 322

Cicerone, *De Officiis*, 1, 5, 15

Cicerone, *De Officiis*, 1, 19, 62-65

Cicerone, *De Officiis*, 1, 21, 73

Cicerone, *De Officiis*, 1, 27, 93-96

Cicerone, *De Officiis*, 2, 14, 49

Cicerone, *De Officiis*, 2, 14, 51

Cicerone, *De Officiis*, 3, 21, 79

Cicerone, *De Orat.*, 2, 24, 99

Cicerone, *De Orat.*, 2, 75, 305

Cicerone, *In Verrem* I, 4, 10
Cicerone, *In Verrem* I, 6, 15
Cicerone, *In Verrem* I, 11, 33
Cicerone, *In Verrem* II, 3, 21, 54
Cicerone, *Orat.*, 34, 120
Cicerone, *Pro Caelio*, 9, 22
Cicerone, *Pro Caes.*, 2, 7
Cicerone, *Pro Cluentio*, 1, 1-2
Cicerone, *Pro Cluentio*, 2, 5
Cicerone, *Pro Cluentio*, 2, 6
Cicerone, *Pro Cluentio*, 34, 94
Cicerone, *Pro Cluentio*, 57, 157
Cicerone, *Pro Font.*, 10, 21
Cicerone, *Pro Mil.*, 6
Cicerone, *Pro Mur.* 4, 10
Cicerone, *Pro Mur.*, 28, 60
Cicerone, *Pro Planc.*, 15, 16
Cicerone, *Pro Quinct.*, 2, 6-7
Cicerone, *Pro Quinct.*, 2, 10
Cicerone, *Pro Quinct.*, 58, 199
Cicerone, *Pro Roscio Amerino*, 2, 5
Cicerone, *Pro Roscio Amerino*, 4, 9-11
Cicerone, *Pro Roscio Amerino*, 11, 30-31
Cicerone, *Pro Roscio Amerino*, 48, 138
Cicerone, *Pro Scaur.*, 18-19
Cicerone, *Pro Sull.*, 13, 39
Cicerone, *Pro Tull.*, 3, 6
Cicerone, *Topica*, 2, 8
Cicerone, *Topica*, 19, 73
Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 5, 1, 1
Seneca, *De Ira*, 1, 14, 2

B: Fonti Bibliche:

a) *Vetero Testamento:*

Deuteronomio, 5, 17-21

Deuteronomio, 23, 1

Esodo, 20, 1

Esodo, 20, 13-17

Geremia, 31, 31-34

Levitico, 19, 15

Levitico, 19, 18

Numeri, 30, 3

b) *Nuovo Testamento:*

I Corinzi, 6, 1-10

I Corinzi, 13, 4-7

Ebrei, 7, 15-19

Galati, 5, 14

Luca, 17, 4

Matteo, 18, 15-17

Matteo, 18, 21-23

Matteo, 22, 34-40

Matteo, 5, 20-48

Matteo, 5, 25

Matteo, 5, 39-41

Romani, 1, 7

Romani, 12, 21

Romani, 13, 1-7

Romani, 13, 8-10

Timoteo, 2, 1-2

Tito, 3, 1

C: Diritto Canonico

a) *Corpus iuris canonici ed assimilati:*

AZZONE, *Summa Codicis*, 1

AZZONE, *Summa Codicis*, IV, 19, 3

BERNARDUS PAPIENSIS, *Summa Decretalium*, 2, XII, 1, edit.
Laspeyres, Ratisbonae, 1860

CLEMENTE V, Cost. *Dispendiosam*, in Clem. 2, 1, 2

CLEMENTE V, Cost. *Saepe*, in Clem., 5, 11, 2

Corpus Iuris Canonici, Editio Lipsiensis Secunda, Graz, 1959

GRAZIANO, C. 4, q. 2 e 3, c. 2

GRAZIANO, *Unde quaeritur ad dictum*, q. IX, C. XXXV

GREGORIO MAGNO, C. 74, C. XI, q. III

ONORIO III, *Ius decretalium*, c. 11, X, *de transact.* I

UGUCCIONE DA PISA, *Dictum ant.*, c. I, D. I

b) *Codex iuris canonici e documenti a questo successivi:*

Codex Iuris Canonici (1917), Pii X Pontificis Maximi iussu digestus
Benedicti Papae XV Auctoritate promulgatus, praefactione
fontium annotatione et indice analytico - alphabetico ab e.mo
Petro Card. Gasparri auctus, Typis Polyglottis Vaticanis
MCMXLIII

Codex Iuris Canonici (latini), auctoritate Ioannis Pauli PP. II
promulgatus, Libreria Editrice Vaticana, 1983

Codex Iuris Canonici, Fontium annotatione et indice analytico -
alphabetico auctus, Libreria Editrice Vaticana, 1990

Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae, collegit
XAVERIUS OCHOA, voll. 7, Roma, 1967 - 1999.

Documenti ufficiali del Concilio Vaticano II, 1962 - 1965 =
Enchiridion Vaticanum, a cura del Centro Dehoniano 1,
Bologna, 1991

Enchiridion CEI. Decreti, dichiarazioni, documenti pastorali per la
Chiesa italiana, 4 voll., Bologna, 1992

D: Diritto Civile:

Codice di Procedura Civile, a cura di N. PICARDI, Milano 1994.

Codice degli atti internazionali sui diritti dell'Uomo, a cura di E. VITTA –
V. GREMENTIERI, Milano, 1981.

SOMMARIO: Introduzione. CAPITOLO I: Intorno allo svolgimento storico dell'idea di processo e della prassi processuale nella tradizione giuridica occidentale: 1.1. Le radici romane: la formazione di un sistema compiuto probatorio (nel processo civile ed in quello penale), causa ed effetto dell'*aequum iudicium*: l'*aequitas* come contemperamento di opposti interessi e raccordo fra interesse generale e interesse particolare; 1.2. Il contributo del sistema germanico (franco-longobardo); 1.3. La mediazione romano-canonica: l'eredità ciceroniana, la costruzione della Glossa della *probatio* e la ricaduta nella tradizione canonistica moderna. CAPITOLO II: La riflessione pandettistica e la meditazione sulla validità della dottrina gaiana delle *actiones* e sulla definizione di Celso: 2.1. L'azione come sinonimo di diritto soggettivo; 2.2. il processo assume il carattere di istituto di diritto pubblico; nel rapporto processuale interviene un terzo soggetto, il magistrato. CAPITOLO III: La riflessione di Giuseppe Chiovenda (1872-1937) e il sorgere della moderna processualistica italiana: 3.1. L'eredità romanistica nella processualistica europea tra XIX e XX secolo; 3.2. Il rapporto tra azione (del soggetto) e giurisdizione (dello Stato) inteso come rapporto organico tra il privato/attore tutelato dalla legge ed il privato/convenuto oggetto dell'applicazione della legge. CAPITOLO IV: Francesco Roberti (1889-1977) e l'eredità dell'autorità della legge di impostazione chiovendiana nella prassi processuale canonistica: 4.1. La processualistica canonistica tra decretalistica e codificazione piano-benedettina; 4.2. L'eredità dell'autorità della legge nella prassi processualistica canonistica. CAPITOLO V: Ritorno ad una prassi processuale romano-canonica; 5.0. Premessa; 5.1. La testimonianza neo-testamentaria; 5.2. La *Διδαχαι* degli Apostoli, la ricezione dei principi neotestamentari e le norme ed i principi romanistici recepiti nell'ordinamento processuale canonico. La costruzione del concetto di responsabilità personale; 5.3. L'ordinamento processuale della Chiesa tra *privilegia*, *aequitas* e il principio della *salus animarum* quale fondamento dello *jus personarum*; 5.4. L'ordinamento processuale civile e il progressivo imporsi della volontà dello Stato contro lo *jus personarum*. Necessità di ritornare ai principi che regolavano l'*aequitas* romano-canonica. Solo attraverso questa mediazione può nascere il legame tra processualistica italiana ed equity law; CAPITOLO VI: Le esigenze di riforma del processo civile e penale italiano e le occasioni mancate: 6.0. Premessa: il richiamo all'equity inglese da parte della dottrina processualistica italiana; 6.1.

Common law ed equity law ed il debito di riconoscenza verso il sistema dell'aequitas canonica: subordinazione funzionale del diritto sostanziale al diritto processuale; 6.2. La riforma in Italia al sistema processuale nel campo del processo civile ed in quello penale, ed il "giusto processo" nel processo penale; 6.3. "Giusto processo" come "aequum iudicium" ciceroniano e ad un tempo come applicazione del sistema dell'equity della dinamica processuale anglosassone; 6.4. L'attuale dinamica processuale canonistica continuatrice del processo romano canonico sorto sulle ceneri del processo giustiniano e sul dibattito tra la glossa bolognese, la decretistica e la decretalistica, in particolar modo in tema di processo matrimoniale. La processualistica canonistica modello unico del panorama e dei modelli attuali processualistici dove la prova argomentata coincide con l'argomentazione provata. CONCLUSIONI: E' nel recupero dell'eredità romano-canonistica che deve avvenire l'applicazione del nuovo sistema processuale italiano (che va ben al di là del «nuovo» articolo 111 della Costituzione) ad opera degli operatori del diritto (giudici e avvocati) e non con «nuove» (che sarebbero solo «antiche») immissioni legislative che limiterebbero ancora una volta la libertà di giudizio dei magistrati ed avvocati. Per una nuova deontologia dell'attività forense. Necessità di recuperare i rapporti tra processualistica italiana (laica) e processualistica canonistica nel segno dell'eredità Chioyenda-Roberti.

Introduzione

Salvatore Satta ricordava in una pagina dedicata ai suoi discepoli dell'Università "La Sapienza" di Roma, che per ben capire il divenire del processo e la sua realtà ontologica, bisogna chiarire cosa si intende per processo in sé (o, meglio, quello che è tecnicamente il *processus iudicii*) e per atto processuale. Ebbene, il Maestro precisava che il processo, giusta "l'origine del termine della vita comune che indica il divenire di un fatto", "è il modo necessario con il quale questo concretamente diviene: e poiché il suo divenire è e non può essere che opera di alcuni soggetti, il processo si presenta esternamente come una serie di atti posti in essere da quei soggetti, e legati l'uno dall'altro da un nesso di coordinazione ad un fine. In realtà, il processo è piuttosto una serie di modificazioni, di passaggi, di situazioni, che trovano in quegli atti la loro causa o la loro condizione"¹. Ma se è così, par che dica il Maestro, la *situazione* "dipende" dall'*atto*, ed allora la distinzione tra "atti che hanno per immediata conseguenza la costituzione, lo svolgimento, la conservazione, la modificazione, la definizione del rapporto processuale"² come voleva Chiovenda (seguito dal Zanzuchì) e "atti che hanno per effetto il mutamento di una situazione processuale"³ come propendeva Carnelutti, è equivoca perché "si dà al processo una realtà distinta dall'atto, che assolutamente non esiste", mentre "*l'atto si identifica con il processo* del quale è indissolubile elemento (*processus est actus*)"⁴ e ciò a differenza del rapporto sostanziale che è sempre ben distinto dall'atto giuridico che lo costituisce. La conferma dell'equivoco si ha considerando che gli atti processuali sono tutti volontari, ma la conseguenza processuale (costituzione, modificazione, ecc. del processo) è del tutto indipendente dalla volontà in essi manifestata, e anzi, questa volontà non ha in generale alcun particolare rilievo"⁵.

Per capire il divenire del processo e la sua realtà ontologica nella tradizione giuridica europea abbiamo svolto questo lavoro con un occhio particolare alla tradizione giuridica processualistica italiana che

¹ Così S. SATTA, *Diritto processuale Civile*, Padova, 1981, IX ed. a cura di C. PUNZI, p. 201.

² *Ibidem*, p. 203.

³ *Ibidem*, p. 203.

⁴ Il corsivo qui, come precedentemente, è dello stesso Satta: a. b.

⁵ S. SATTA, *Diritto processuale*, cit., p. 203.

abbiamo tentato di mettere a confronto con l'eredità canonistica da un lato e l'esperienza giuridica a common law dall'altra.

Per questa ragione abbiamo ritenuto opportuno compiere, a volo d'aquila, ma non per questo in modo marginale, lo svolgimento storico dell'idea di processo e della prassi processuale così come si è avuto nella tradizione giuridica romanistica europea da un lato, e nella tradizione giuridica canonistica dall'altra.

Non abbiamo dimenticato di occuparci del sistema processualistico dell'*equity law* anglosassone, non fosse altro perché provocati dai continui richiami (dobbiamo dire, purtroppo, non sempre opportuni) che a questo vengono fatti dai processualisti italiani. Ed abbiamo ritenuto opportuno soffermarci su quella che abbiamo chiamato "l'occasione mancata": approfittare, nel momento in cui si parlava di «giusto processo» in Italia, di legarsi alla tradizione canonistica che del «giusto processo» ha fatto sempre il suo perno alternativo⁶. Punti di riferimento sono stati per noi l'esperienza (di vita e di dottrina) di due Maestri del diritto processuale operanti sul versante della società civile (Chiovenda) e sul versante del diritto della Chiesa (Roberti).

Dal loro esempio venga stimolo per un incontro tra le due Scuole che non potrà che essere segno di copiosi frutti scientifici.

ALESSANDRO BUCCI

⁶ Già il Pontefice Giovanni Paolo II il 18 gennaio 1990, in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario al Tribunale della Rota Romana, ricordava come "il *giusto processo* è oggetto di un diritto dei fedeli (can. 221) e costituisce ad un tempo *un'esigenza del bene pubblico della Chiesa*. Le norme canoniche processuali, pertanto, vanno osservate da tutti i protagonisti del processo come altrettante manifestazioni di quella giustizia *strumentale* che conduce alla giustizia *sostanziale*". Cfr. *Apollinaris*, LXIII, 1990, p[p. XXVI-XXXV] XXXI. Non è superfluo ricordare che giustizia *strumentale* stia per *equità* e giustizia *sostanziale* stia qui per *salus animarum*. Cfr. inoltre E. BAURA, *Pastorale e diritto nella Chiesa*, in PONTIFICO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Vent'anni di esperienza canonica, 1983-2003*, LEV, 2003, p[p. 159-174] 169 e p. 176.