

Sacrorum canonum scientia:
radici, tradizioni, prospettive

* * *

STUDI IN ONORE DEL CARDINALE PÉTER ERDŐ
PER IL SUO 70° COMPLEANNO

A CURA DI
PÉTER SZABÓ – TAMÁS FRANKÓ



SZENT ISTVÁN TÁRSULAT
AZ APOSTOLI SZENTSZÉK KÖNYVKIADÓJA
BUDAPEST 2022

EDUARDO BAURA

La razionalità ovverosia il realismo della legge canonica

“È di vitale importanza che la stessa attività creatrice delle norme sia basata non su opzioni arbitrarie, bensì su scelte maturate in un processo di giusto discernimento”.¹ Così si esprimeva il cardinale canonista Péter Erdő, nel cui omaggio si scrivono queste pagine. E aggiungeva: “per la legittimità delle norme canoniche positive molto spesso risulta necessario un rapporto diretto con la realtà teologica della Chiesa e con quel deposito che può avere degli aspetti dogmatici, morali, liturgici e disciplinari”.²

L’attività legislativa, infatti, non può essere frutto del capriccio né di un preteso potere illimitato del legislatore, ma si deve conformare alla realtà della Chiesa, per quanto il legislatore abbia una potestà che viene giustamente qualificata come “sacra”. L’adeguazione della legge alla realtà regolata è una necessità intrinseca della norma giuridica conosciuta con il nome di *razionalità* della legge. Nelle presenti pagine mi prefiggo di studiare quanto sia essenziale questa caratteristica della norma giuridica e quale sia la sua portata, anche sul piano pratico.

1. UNA PRECISAZIONE TERMINOLOGICA: *NORMA, LEX, IUS*

Occorre anzitutto premettere un chiarimento terminologico riguardo tre termini – norma, legge, diritto – utilizzati spesso come interscambiabili.

Il termine *norma* è relativamente recente nel diritto canonico. Nei primi secoli della Chiesa si preferiva la parola *canone*.³ Il termine *norma* non viene impiegato corren-

¹ ERDŐ, P. *Criteri di discernimento nell’attività normativa e di governo della Chiesa*, in *Folia theologica et canonica* VI (2017) 66.

² *Ibid.*, 67.

³ Il vocabolo *norma*, invece, veniva utilizzato nell’Impero bizantino per designare le norme civili, tanto è vero che le collezioni di norme civili ed ecclesiastiche erano chiamate appunto *nomocanones*. Etimologicamente, *canone* vuol dire semplicemente “regola”, utilizzata per delineare linee rette; *norma* invece era una “squadra”, che si utilizzava per misurare terreni, che disegnava linee rette che formavano un angolo retto. Con il termine *canone* si vuole primariamente indicare una regola di condotta, mentre la parola *norma* sarebbe più adatta per riferirsi alla regola di una forma di vita. Nel diritto canonico non si utilizzò la parola *norma* se non per riferirsi alla norma monastica (che regolava tutta la vita monastica), mentre per

temente sino alla codificazione; è nello Schema del 1912 che si trova la rubrica *normae generales*, che intitolerà definitivamente il primo Libro del CIC del 1917. Con la parola *norma* si vuole designare qualsiasi regola.

La norma giuridica si inserisce nell'ambito delle regole del comportamento umano; l'aggettivo *giuridica* aggiungerebbe alla regola di condotta un riferimento allo *ius*. In altre parole, la norma giuridica sarebbe quella norma che regola la condotta umana giusta, essendoci pertanto un rapporto tra la norma e ciò che è giusto. Perciò, secondo la tradizione che risale a Cicerone, la norma giuridica sarebbe la *regula iusti* o la *regula iuris*.⁴ Il *ius*, il diritto, sarebbe, invece, il *suum* di ognuno, dovutogli in giustizia, ovvero, il *iustum*, lo stesso oggetto della virtù della giustizia. Determinare poi quale sia il rapporto causale tra la norma e il diritto è una questione che esula dagli scopi del presente lavoro.⁵ Qui basti dire che come l'atto umano è capace di costituire un diritto (impossessandosi di una cosa, trasferendo liberamente un bene ad un'altra persona, etc.), così pure l'atto normativo può costituire un diritto e fissare i suoi contorni: creando una regola stabile, l'atto normativo sarà capace di costituire e delimitare più diritti, potendo perfino interessare tutti i membri della comunità. Dalla costituzione dei diritti (tra cui quello della comunità all'osservanza dell'ordine legittimo stabilito dall'autorità competente) deriverà l'esistenza dei doveri, appunto giuridici, di rispettarli; in tal senso si può affermare che la norma produce, attraverso la creazione di diritti, doveri giuridici (in quanto questi altro non sono che la dimensione deontica dei diritti stessi, visti dai loro creditori).

La parola *lex* è attualmente riservata, specie nell'ambito giuridico, canonistico compreso, a una specie di norma, precisamente a quella scritta e promulgata dal legislatore, data per un'intera comunità. Caratteristica, quindi, della legge è quella di promanare da una potere pubblico, avente per l'appunto la funzione di governare la vita sociale mediante regole generali e astratte.

Nel presente lavoro mi concentrerò sul problema della razionalità della legge canonica, di quella norma cioè emanata dal legislatore ecclesiastico nell'esercizio della sua funzione di regolare la vita sociale, considerando, quindi, quanto sia rilevante l'elemento essenziale della razionalità nonostante la necessità di riconoscere il potere giuridico dell'autorità ecclesiastica legislativa. Tuttavia va chiarito che tutto ciò che si dice sulla razionalità della legge è in realtà applicabile a qualsiasi norma giuridica, poiché tanto la legge quanto le altre norme giuridiche promanano dall'atto umano di colui che ha un dominio giuridico sulla realtà normata;⁶ nel caso della legge questo

le regole emanate dalle autorità ecclesiastiche (per esempio, le decisioni precettive dei concili) si parlava di canoni. Cfr. D'ORS, A., *Sobre la palabra "norma" en Derecho Canónico*, in AA. VV., *La norma en el Derecho Canónico* (Actas del tercer Congreso Internacional de Derecho Canónico, Pamplona 10-15 de octubre de 1976), I, Pamplona 1979, 817-821.

⁴ Cfr. CICERONE, *De legibus*, I, VI, 19.

⁵ Mi sono occupato altrove del problema, soprattutto in *Il rapporto tra diritto e norma. Considerazioni alla luce delle proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada*, in *Ius Ecclesiae* 31 (2019) 17-40.

⁶ Questa idea, come anche altre sottostanti al discorso generale stesso sulla razionalità della legge, le ho prese da HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona 2008⁴, 304-374.

dominio riguarda la funzione pubblica di ordinare la vita sociale, mentre nel caso di una norma privata il dominio si riferisce all'ambito sottoposto alle decisioni personali, il quale può essere regolato da più persone mediante un accordo tra loro.⁷

2. L'ESSENZA DELLA LEGGE

È comunemente accettata nella canonistica la nota definizione tommasiana della legge secondo cui essa sarebbe la "rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata".⁸ Ciò che ora interessa è considerare la legge come un ordine. Infatti, dare per il futuro una norma scritta alla comunità comporta ordinare le condotte e le strutture sociali per raggiungere un determinato bene. In alcune leggi ciò si può constatare in modo immediato, come è il caso delle leggi di contenuto organizzativo, in cui si distribuiscono funzioni e competenze, oppure in quelle in cui si stabiliscono le procedure da seguire. Ma la stessa cosa avviene in realtà nel caso delle leggi direttive, precettive o proibitive, penali o no, riguardanti cioè più direttamente le condotte dei singoli membri della comunità: dirigere altro non è che ordinare il comportamento dei membri della comunità affinché questa raggiunga il suo bene. L'arte di legiferare consiste quindi nell'ordinare la vita di una comunità verso il suo bene.

Peraltro la definizione di legge come regola è perfettamente compatibile con l'idea di ordine. Stabilire o dedurre una regola, comporta imporre o ricavare un ordine, definendo le diverse posizioni degli elementi all'interno di una totalità.⁹

Oltre all'effetto ordinativo, si può osservare quello obbligante. Questo ultimo sembrerebbe addirittura più rilevante sul piano giuridico. L'emanazione di una legge, infatti, produce il dovere giuridico di compierla. Sotto questo profilo si può concepire la

Ho avuto la fortuna di leggere quelle pagine quando erano ancora in corso di stampa e di parlare a lungo con l'autore sul tema, il quale mi rivelò tra l'altro che aveva scritto la lezione sulla razionalità della norma pensando specialmente alla canonistica. Valga questo ricordo per giustificare l'assenza di riferimenti a questa opera che altrimenti avrei dovuto fare più volte lungo queste pagine: rimane al lettore la possibilità di confrontare il discorso filosofico di Hervada con le mie considerazioni puntuali. Peraltro ho già sviluppato, seppur in maniera sintetica e a scopi pedagogici, le idee relative alla razionalità della norma giuridica nel mio manuale *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Roma 2016, 139-145.

⁷ Che la razionalità sia un limite al potere vale tanto per il potere pubblico come per quello privato. Neanche il singolo ha un potere illimitato nel suo ambito privato. Ciò si può osservare nella famosa favola raccolta da Shakespeare nella sua opera *Il mercante di Venezia*, dove la clausola contrattuale, peraltro liberamente stipulata, di concedere al creditore la possibilità di ottenere una libra di carne del corpo del debitore in caso di mancato pagamento si rivela in maniera eclatante come qualcosa di irrazionale e, quindi, non vincolante sotto il profilo giuridico, cioè sotto il profilo della giustizia, in modo tale che sul piano prettamente giuridico non sarebbe stato necessario ricorrere alle arguzie linguistiche escogitate da uno dei personaggi del racconto in veste di avvocato del debitore.

⁸ S.Th. I-II, q. 90, a. 4.

⁹ In questo modo veniva concepita la regola nell'ambito del diritto romano: "regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur..." Dig. 16.17.1.

legge come un *iussum*, sicché si potrebbe vedere in essa il risultato di un atto di potestà. Tuttavia niente impedisce di concepire la legge come un ordine cogente perché stabilito da chi ne ha la potestà.

La considerazione dell'effetto obbligante porta a scartare altre concezioni della legge, quale quella secondo cui essa sarebbe un mero giudizio, ipotetico o deontico. Allo stesso modo non è possibile, soprattutto se si parte da una posizione filosofica diversa dall'empirismo, una nozione della norma concepita come la sua espressione e, pertanto, come mera proposizione prescrittiva, confondendo quindi il significante con il significato. Il problema di una siffatta concezione empiristica consiste nell'impossibilità di capire quale sia il fondamento per cui una mera proposizione risulterebbe obbligante.

La giustificazione della norma è, infatti, la grande domanda iusfilosofica relativamente alla legge.¹⁰ Essa obbliga perché il suo autore ha una superiorità di dominio su i suoi destinatari oppure perché è un ordine necessario per la vita della comunità ed è stato stabilito da colui che ha la funzione sociale di indicare l'ordine da seguire? A monte della risposta a questa domanda si pone il problema dell'essenza dell'atto legislativo, cioè dell'atto umano che stabilisce una legge. In questo punto, come è ben noto, si distanziano le posizioni di due pensatori cristiani che hanno avuto un grande influsso diretto o indiretto sulla canonistica: santo Tommaso d'Aquino e Francisco Suárez. Conviene riferirsi, sia pure brevemente, alle posizioni circa la natura dell'atto legislativo, ben inteso che lo scopo di questo lavoro non riguarda il problema della genesi psicologica dell'atto legislativo, bensì piuttosto la giustificazione dell'obbligatorietà della legge.

3. INTELLETTUALISMO E VOLONTARISMO LEGISLATIVO E IL PROBLEMA DELLA GIUSTIFICAZIONE DELLA LEGGE

Nella produzione di un atto umano intervengono l'intelletto e la volontà: l'atto umano è considerato tale perché volontario, cioè libero, e, come recita il noto principio scolastico, *nihil volitum nisi praecognitum*. Tuttavia, è necessario individuare un unico principio di operazione, vale a dire, capire quale sia la potenza che impera sull'altra e dà quindi unità all'azione personale; se le due potenze agissero in modo uguale, senza che l'una guidasse l'altra, ci sarebbe uno sdoppiamento che non potrebbe concludersi in un'unica azione. È in questo punto dove le spiegazioni si dividono nelle due correnti di pensiero chiamate intellettualismo e volontarismo.

Il rappresentante più importante dell'intellettualismo (pur sempre moderato in quanto ammette l'intervento della volontà) è sicuramente san Tommaso d'Aquino, per il quale comandare, imperare non è muovere in qualunque modo, ma con una intimazio-

¹⁰ Un filosofo del XX secolo che ha incentrato la sua riflessione iusfilosofica su questo tema, peraltro con grande profondità, è sicuramente Sergio CORTA (cfr., per esempio, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981).

ne enunciativa (“devi fare questo”), cioè si instaura una relazione di carattere comunicativo, il che è proprio della ragione pratica.¹¹ Inoltre comandare significa dirigere un altro verso un fine, vale a dire ordinare la sua condotta. Per l’Aquinata, l’atto di ordinare è evidentemente un atto della ragione, poiché stabilire un ordine significa predisporre gli elementi in un determinato posto, indirizzati verso un fine, ed è l’intelletto la potenza che è capace di apprendere il fine e la sua ragione, nonché gli atti proporzionali necessari per raggiungerlo.¹² L’intellettualismo tomista è solitamente chiamato moderato in quanto esso ammette l’intervento della volontà: la volontà muove a ideare l’ordine e la legge non è una mera idea di ordine, ma un ordine “voluto” dal legislatore tra diversi ordini possibili.¹³

Suárez è invece l’autore più emblematico del volontarismo moderato, avendo peraltro esercitato un grande influsso sulla canonistica.¹⁴ Il teologo granadino, in seguito ad un’analisi molto particolareggiata della genesi dell’atto umano, giungeva alla conclusione che la legge fosse essenzialmente un atto della volontà, un’elezione di mezzi per raggiungere un fine.¹⁵ La volontà (del superiore) è regola e misura degli atti umani perché sarebbe questa potenza quella che spingerebbe verso il fine. Ciò che dà forza vincolante alla legge sarebbe la volontà del superiore: la legge sarebbe quindi un atto del superiore, il quale con la sua volontà vincolerebbe la coscienza dei suoi sudditi. La legge dovrà, sì, essere giusta, ma basterebbe la volontà del superiore perché l’obbligo legale esista.¹⁶

Come sopra avvertito, ciò che qui interessa non è la questione sulla produzione dell’atto nomogenetico, ma piuttosto il problema della giustificazione della norma, cioè della sua obbligatorietà giuridica. Tuttavia dal fatto di assumere una o un’altra spiegazione dell’essenza dell’atto legislativo si desume una o un’altra giustificazione dell’obbligatorietà della legge.

Se si parte da una concezione intellettualista della legge, la nota della razionalità appare come un elemento essenziale della legge, come una *condicio sine qua non* della sua obbligatorietà. Infatti, poiché l’intelletto scopre ciò che è contenuto nella

¹¹ “Imperare non est movere quocumque modo, sed cum quadam intimatione denunciativa ad alterum. Quod est rationis”. S.Th., I-II, q. 17, a.1, ad 1.

¹² Cfr. S.Th. I-II, q. 17, a. 2.

¹³ “In imperio duo concurrunt, quorum unum est rationis, aliud voluntatis. Qui enim imperat, inclinatur ad faciendum, quod voluntatis est: ipsius enim est movere per modum agentis; et iterum ordinatur eum cui imperat ad exequendum id quod imperatur, et hoc ad rationem pertinet, cuius est ordinare. Et, si horum duorum ordo consideretur, invenitur primum esse inclinatio voluntatis in aliquid per electionem, et postea in principio executionis ordinatur per quos fieri debeat quod electum est. Et sic imperium erit immediate actus rationis, sed voluntatis quasi primo moventis”. TOMMASO D’AQUINO, *Quodlibet*, 9, q. 5, a. 2.

¹⁴ Invero il volontarismo era presente nella canonistica prima del teologo gesuita. Per esempio, Sinibaldo de’ Fieschi, il futuro Innocenzo IV, così si esprimeva a proposito della dispensa dalla legge: “in his enim dispensationibus sufficit sola voluntas dispensatoris, etiam sine causa; quod probo, nam si sola voluntaria constitutio erat causa quare aliquid prohibeatur, et sola voluntas erat causa quare prohibitio relaxetur, quia eius est destruere ius qui illud condidit, nec tenetur princeps sua lege ligatus”. INNOCENZO IV, *Apparatus super V libros decretalium*, Lugduni 1525, ad X 3.35.6 (cap. *Cum ad monasterium*), fol. 156ra.

¹⁵ Cfr. SUAREZ, F., *De Legibus*, I, 4.

¹⁶ Cfr. *ibid.*, I, 6.

realtà, esso è determinato dalla realtà conosciuta; un atto contrario alla realtà conosciuta delle cose sarebbe un atto irrazionale. Se la legge fosse contraria alla realtà che si pretende ordinare, non sarebbe un ordine scoperto dalla ragione, non sarebbe un ordine della ragione e, quindi, non sarebbe davvero una legge, per quanto apparisse esternamente come tale. La conseguenza immediata sul piano giuridico sarebbe che tale apparenza di legge non produrrebbe l'effetto vincolante della legge.

Viceversa, la volontà, benché essenzialmente attratta dal bene, è indeterminata rispetto ai beni particolari; essa può aderire a qualsiasi bene particolare, anche se contrario al bene superiore e al bene comune. In definitiva, l'atto arbitrario e ingiusto è pur sempre volontario, sicché, se si afferma che l'atto legislativo è un atto della volontà, la legge ingiusta sarebbe comunque legge e produrrebbe il suo effetto cogente, per quanto si cerchi di moderare l'effetto deleterio del volontarismo affermando che la volontà deve essere illuminata dalla ragione e ricordando il dovere "morale" del legislatore di legiferare rettamente.¹⁷ Insomma, non vi è chi non veda nel volontarismo la base del positivismo giuridico (*ius quia iussum*). Infatti, partendo dal volontarismo legislativo, il fondamento dell'obbligatorietà della legge si può trovare solo nella potestà del legislatore; la conseguenza sarebbe che una legge irrazionale sarebbe pur sempre una legge.

Il volontarismo suareziano vedrebbe la possibilità di fondare l'obbligatorietà legale sulla potestà del legislatore in base alla considerazione che tale potestà è derivata da quella divina. Nella Chiesa, poi, il legislatore gode di una potestà "sacra". Inoltre non va dimenticato che egli è anche autorità magisteriale; a lui spetta insegnare il contenuto della legge divina e ai fedeli corrisponde ricevere tale magistero con religioso ossequio.

4. LA GIUSTIFICAZIONE DELLA LEGGE ECCLESIASTICA

Si comprende come, partendo da questo schema di pensiero, il volontarismo di Suárez, pur sempre moderato, abbia avuto un grande successo nella canonistica della Controriforma, al punto di essere stato molto presente nella redazione dei primi canoni del Codice del 1917 (come si nota peraltro nei canoni sull'interpretazione, sulle fonti suppletive, sugli effetti irritanti e inabilitanti ed altri), il che ha favorito ulteriormente la concezione volontaristica della legge, come si può facilmente percepire nella manualistica esegetica del Codice piano-benedettino.

¹⁷ Cfr. *ibid.*, I, 7. Ad ogni modo, contro la legge ingiusta Suárez ammette la "licita et debita conveniens defensio" (*ibid.*, I, 7, 16). San Tommaso, invece, riconosce che la forza di muovere proviene dalla volontà ("ratio habet vim movendi a voluntate"), ma tale volontà non deve essere solo "illuminata" in qualche modo dalla ragione, ma per avere forza moralmente vincolante deve essere "regolata" dalla ragione ("sed voluntas de his quae imperantur, ad hoc quod legis rationem habeat, oportet quod sit aliqua ratione regulata"); la conseguenza è peraltro netta: "Et hoc modo intelligitur quod voluntas principis habet vigorem legis: alioquin voluntas principis magis esset iniquitas quam lex". S.Th., I-II, q. 90, a. 1, ad 3.

Ritengo che l'impostazione consistente nel fondare l'obbligatorietà della legge nella sola potestà sacra del legislatore ecclesiastico ben meriti di essere qualificata come "positivismo sacro".¹⁸ Naturalmente la canonistica non nega l'esistenza del diritto divino (il quale peraltro è frequentemente richiamato dallo stesso legislatore ecclesiastico), ma si può trovare un positivismo di fatto allorché il diritto divino viene concepito in realtà come qualcosa priva di giuridicità effettiva o di forza cogente. Così anche si può facilmente riscontrare nella prassi e nei ragionamenti pratici – al momento, per esempio, di interpretare una legge sulla sola base del significato letterale del suo testo, oppure allorché si cerca solo la *voluntas legislatoris* oppure si applica automaticamente una norma generale ad un caso singolo – un approccio rispondente a questo "positivismo sacro". Con questa espressione provocatoria intendo sottolineare che, per quanto si invochi l'origine sacra della potestà ecclesiastica, l'affermare che la legge sia obbligatoria per il solo fatto che è emanata da chi gode di tale potestà e indipendentemente dal fatto che sia giusta o meno è comunque un'impostazione positivista. La sacralità della potestà, infatti, non può giustificare l'obbligatorietà di una norma ingiusta o comunque contraria alla realtà delle cose.

Né la funzione magisteriale del legislatore ecclesiastico può portare a pensare che egli goda dell'infalibilità nell'esercizio dell'arte di legiferare. È ben vero che la legislazione ecclesiastica nel suo insieme riflette la fede della Chiesa, ma un conto è insegnare il *depositum fidei* e un altro è dare una regola contingente, mutabile, dipendente dalle circostanze, allo scopo di ordinare un determinato settore o attività della Chiesa. Il fatto poi che il legislatore ecclesiastico parta – come non poteva essere altrimenti – dalle esplicite affermazioni dell'esistenza del diritto divino non può esimere il canonista dal porsi il problema dell'operatività del diritto divino al momento di discernere quale sia la soluzione giusta dei problemi giuridici che gli si presentano.¹⁹

Le obiezioni che si possono opporre alla giustificazione della legge costruita sulla base esclusiva della potestà del legislatore sono invero insormontabili. A parte il fatto che se l'obbligatorietà derivasse solo dall'*imperium* del legislatore, non si vedrebbe quale potrebbe essere il fondamento dell'obbligatorietà della norma pattizia, il grande problema è come mai sia possibile affermare che da un ordine ingiusto possa scaturire un dovere di giustizia di obbedirlo senza cadere in una fragrante *contradictio in terminis*.

Va rilevato che nella tradizione cristiana, la giustificazione dell'obbligatorietà della legge umana poggia non solo sulla partecipazione alla potestà divina da parte del legislatore ma anche sulla partecipazione della stessa legge umana alla legge divina.²⁰

¹⁸ Altri lo hanno chiamato "positivismo ingenuo". Cfr. OTADUY, J., *Positivismos ingenuos. A propósito del Discurso de Benedicto XVI sobre interpretación de la ley canónica* (21. I. 2012), in *Ius Canonicum* 54 (2014) 23–44.

¹⁹ Sulla concezione del diritto divino nella canonistica, cfr. SCHOUPE, J. P., *Positivism, normativismo e realismo giuridico nello Ius Ecclesiae*, in *Ius Ecclesiae* 34 (2021) 569–594.

²⁰ Cfr. AGOSTINO, *De libero arbitrio*, I, c. 5, 11 e TOMMASO D'AQUINO, S.Th., I-II, q. 95, a. 2, il quale afferma altrove, commentando la dottrina di Aristotele, che "omnia iusta positiva vel legalia ex iusto natu-

Si parte, infatti, dalla constatazione che non può esistere nessun prodotto culturale che non abbia come base la stessa natura, la quale esiste nella realtà dei fatti, anche di quelli operati dagli uomini. Ne segue che il profondo dell'essere della legge umana è legge naturale.²¹ Tale considerazione porta a superare la visione che vede il diritto divino e il diritto umano come due diritti distinti, mentre una concezione realistica osserva che esiste un diritto avente una dimensione divina e un'altra umana.

Ad ogni modo, ci si può pur sempre porre il problema della giustificazione della norma umana in ciò che ha di positivo o di concrezione della legge naturale, giacché sembrerebbe che ciò trovi fondamento nel solo potere decisionale dell'uomo. Infatti, il potere regolativo dell'uomo è naturale, Dio ha creato l'uomo con la capacità di ordinare e di decidere ciò che il Creatore stesso ha lasciato alla libertà degli uomini. Tuttavia, proprio perché il potere normativo deriva dalla natura creata, l'esercizio di tale potere deve essere armonico con la realtà. Come spiega Hervada, "ciò che appartiene all'ambito di autonomia non è la prepotenza o l'irrazionalità, ma la retta ragione. Infatti, poiché il potere umano è un riflesso o partecipazione del potere divino, soltanto la retta ragione costituisce esercizio legittimo del potere umano, giacché soltanto essa partecipa della ragione divina, la quale è retta per essenza".²²

D'altronde, neanche la potestà legislativa nella Chiesa è una potestà illimitata o una potestà di dominio personale su una comunità, bensì essa è la potestà, ovverosia la capacità, di compiere una funzione sociale, quella appunto di organizzare e regolare la vita comunitaria per condurla verso il suo bene.²³ Certamente l'ordine legale obbliga

rali oriuntur" (ID., *Commentarium Ethicae Nicomacheae*, lib. V, lect.12, n. 1023); infatti, già Aristotele aveva avvertito che del giusto civile una parte è di origine naturale, un'altra si fonda sulla legge (cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, libro V, 7). D'altronde è interessante la riflessione di Karol WOJTYLA allorché afferma che "il valore fondamentale delle norme risiede nella verità del bene, che in esse è oggettivato, e non nel generare doveri" (*Persona e atto*, Città del Vaticano 1982, 190). Sulla necessità di poggiare sulla legge divina e sul fallimento delle giustificazioni che negano tale base, cfr. PIZZORNI, R., *Il diritto naturale dalle origini a s. Tommaso d'Aquino. Saggio storico-critico*, Roma 1985², 591-603.

²¹ Cfr. in questo senso COTTA, S., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, 129-131. Lo stesso autore è arrivato ad affermare che "il diritto positivo può quindi venire denominato, con valida ragione, *diritto naturale vigente*" (*Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano 1991², 256). L'affermazione ha il pregio di far vedere come l'autore consideri necessaria la giustificazione iusnaturalistica della norma umana, sebbene occorra chiarire che il diritto naturale non è solo quello positivizzato né tantomeno che la sua vigenza è dovuta al fatto che è stato raccolto nella norma positiva.

²² HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, 589 (la traduzione è mia). Ho trattato del tema in *Il rapporto tra diritto e norma...*, 17-40.

²³ Questo aspetto è stato ben messo in rilievo perfino a proposito del potere del Papa di regolamentare la liturgia; egli non può essere inteso come un "monarca assoluto, ma, al contrario, come il garante dell'obbedienza rispetto alla parola tramandata: la sua potestà è legata alla tradizione della fede e questo vale anche nel campo della liturgia" (RATZINGER, J., *Introduzione allo spirito della liturgia*, Milano 2001, 162). Il Papa BENEDETTO XVI nell'omelia del 7 maggio 2005 (nell'atto di insediamento sulla cattedra romana, nella Basilica di San Giovanni in Laterano) spiegava che "Il potere conferito da Cristo a Pietro e ai suoi successori è, in senso assoluto, un mandato per servire. La potestà di insegnare, nella Chiesa, comporta un impegno a servizio dell'obbedienza alla fede. Il Papa non è un sovrano assoluto, il cui pensare e volere sono legge. Al contrario: il ministero del Papa è garanzia dell'obbedienza verso Cristo e verso la Sua Parola. Egli non deve proclamare le proprie idee, bensì vincolare costantemente se stesso e la Chiesa all'obbedienza verso la Parola di Dio". <http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/it.html> (ultima consulta 19.01.2021).

in quanto è stato emanato da “qui curam communitatis habet”, ma esso è appunto una “rationis ordinatio ad bonum commune”. Chi è a capo della comunità ha la potestà o capacità di stabilire l’ordine da seguire obbligatoriamente, di scegliere uno degli ordini possibili, ma pur sempre un ordine verso il bene comune. Ritorna a questo punto la nota della razionalità della legge quale elemento non più o meno qualificante della norma, ma essenziale della regola vincolante.

Per san Tommaso è essenziale che la legge sia un’ordinazione. Suárez mette l’accento sull’obbligatorietà. Tuttavia la legge è obbligatoria, sì, perché promana da chi ha la potestà di stabilirla, ma tale potestà, come è già stato rilevato, consiste nella capacità di compiere una funzione necessaria per la società, in modo che, proprio perché necessaria, il suo operato è vincolante, in quanto costituisce un diritto della comunità, il quale, altro non è che l’ordine stabilito. Questo diritto della comunità, come anche quello dei singoli dichiarati o determinati dalla norma costituiscono la giustificazione “giuridica” della legge. Si desume quindi che, contrariamente a quanto possano sostenere le tesi volontaristiche, un testo scritto in forma di legge che non stabilisca un’*ordinatio rationis*, per quanto sia stato voluto dal legislatore, non è in realtà una legge e pertanto non è obbligante: *il disordine non ordina*.²⁴

5. LA RAZIONALITÀ OVVEROSIA IL REALISMO DELLA LEGGE E LE SUE CONSEGUENZE GIURIDICHE

Esiste una consolidata tradizione canonistica di richiedere che la legge abbia la caratteristica della *rationabilitas*,²⁵ al punto che nei primi passi della revisione del Codice del 1917 si era ipotizzato di premettere la definizione tommasiana della legge nei canoni sulla legge.²⁶ Il requisito della *rationabilitas* permane comunque nel trattamento codiciale sulla consuetudine. Risulta molto interessante constatare che a proposito di questo richiamo ci fu chi domandava “quid sibi vult verbum «rationabilis»?”²⁷ Infatti risulta importante determinare bene che cosa sia e che cosa non sia la razionalità della legge.

È già stato messo in rilievo come l’intelletto colga l’idea dalla realtà e da essa sia determinato. Va subito quindi allontanata la concezione della razionalità della legge come mero raziocinio di una ragione autonoma, come mera concatenazione logica di idee. La razionalità di cui si parla in questa sede non è una razionalità meramente for-

²⁴ Nel latino antico il verbo *ordo*, *-are* aveva solo il significato di mettere in ordine le cose; mentre nell’epoca postclassica il vocabolo *ordo* acquista l’idea di precetto e quindi “ordinare” passa a significare anche comandare, cfr. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, 337, nt. 56.

²⁵ Cfr. MINELLI, C., *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Torino 2015, specie 1–21.

²⁶ Cfr. *ibid.*, 123.

²⁷ Così una *animadversio* della Conferenza episcopale olandese allo *Schema canonum libri I de normis generalibus* del 1977, tratto da MINELLI, C., *Rationabilitas e codificazione canonica...*, 137.

male, ma è quella di un'ordinatio, vale a dire l'operazione della mente umana di predisporre la posizione di alcuni elementi in vista di un fine, dopo aver colto la natura di tali elementi. La razionalità della norma significa in definitiva dipendenza dalla realtà che si pretende ordinare. In altri termini, parlare di razionalità della norma non è altro che parlare del suo realismo, del suo confronto con la realtà ordinata.

Una legge sarebbe irrazionale se fosse contraria alla realtà disciplinata, in modo tale che la realtà non rimarrebbe ordinata ma disordinata. Una tale opposizione con la realtà si verificherebbe, secondo la descrizione di Hervada, qualora la legge fosse contraria alla natura dell'uomo, al bene comune (nel senso che se si seguisse la legge ci si allontanerebbe dal bene comune) oppure fosse così imperita da risultare impossibile da compiere (*ad impossibilia nemo tenetur*) o, se si compisse, deriverebbero effetti nocivi per il bene comune.²⁸ Si potrebbe aggiungere che una norma sarebbe irrazionale se fosse contraria alla realtà "materiale" di cui tratta. Si pensi, ad esempio, ad una legge liturgica contraria all'essenza di un sacramento oppure ad una legge sul sostentamento del clero contraria alla realtà economica o alla condizione clericale. In definitiva la razionalità non va cercata tanto nella logicità dei ragionamenti legali quanto nel confronto con tutta la realtà ordinata. Perciò parlare della razionalità della legge significa riferirsi al suo necessario realismo, come definire irrazionale una legge vuol dire che la legge non introduce un ordine, ma un disordine.

Fuori da queste ipotesi la legge non sarà irrazionale per quanto difettosa o discutibile. Infatti, poiché la legge stabilisce un ordine per raggiungere un fine, l'atto di legiferare è un prodotto della funzione della ragione pratica, prudente. È chiaro che su una stessa questione ci possono essere molteplici norme razionali, ed è proprio qui laddove interviene la potestà del legislatore di stabilire l'ordine preciso da seguire. Essendo l'ordine legale stabilito dal legislatore un ordine tra altri possibili, nulla impedisce che esso possa essere discutibile e perfino difettoso o insufficiente, ma non perciò irrazionale, giacché non introdurrebbe nessun disordine, e quindi non perderebbe il carattere obbligante.

Infatti, una legge può essere difettosa perché poco chiara; spetterà all'interprete cercare di fare chiarezza, ma non per questo la norma sarà nulla.²⁹ La legge potrebbe essere considerata poco opportuna sotto il profilo del governo della comunità, ma neanche per questo motivo si potrebbe considerare irrazionale, a meno che l'inopportunità non degeneri in un vero disordine. Infine l'ordine previsto potrebbe essere insufficiente per raggiungere il bene comune prefissato, ma almeno quell'ordine andrebbe

²⁸ Cfr. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, 363–372.

²⁹ La norma del can. 14 secondo cui le leggi "in dubio iuris non urgent" è, a mio parere, poco chiara (e non perciò irrazionale); mi pare che il citato canone si debba interpretare secondo la tradizionale formula della *regula iuris* che afferma "in obscuris minimum est sequendum" (VI^o Reg. 30). Sull'interpretazione di questo canone, cfr. OTADUY, J., *sub can. 14*, in *ComEx* I, 338–344; BAURA, E., *Parte generale del diritto canonico...*, 375–379; MWANDHA, K.O., *Doubt of Law. Juridical and moral consequences*, Roma 2016, specie 176–216.

osservato, poiché avvicina al fine, per quanto da solo non lo raggiunga; non è lo stesso, infatti, un ordine insufficiente che un disordine.

Solo la legge che introducesse un disordine anziché un ordine avrebbe la nota di irrazionalità. In ogni caso tale caratteristica renderebbe nulla la legge, la quale non produrrebbe di per sé nessun obbligo “giuridico” (di giustizia) di ottemperanza, per quanto apparisse formalmente come atto legislativo e anche se avesse la capacità di far scattare meccanismi coercitivi, i quali non sarebbero *iura, sed vis et iniuria*. Siffatto assunto, pur limitato all’irrazionalità della legge in senso stretto, e pur poggiando sulla dottrina tomista circa la legge (“*magis iniquitas quam lex*”), potrebbe sembrare troppo radicale, contrario al bene pubblico e, nella Chiesa, opposto all’osservanza dovuta alla Gerarchia istituita da Gesù Cristo. Peraltro tale tesi presta il fianco alla facile critica consistente nel dire che, se così fosse, non ci sarebbe la dovuta sicurezza giuridica in quanto chiunque potrebbe appellarsi all’irrazionalità della legge per giustificare una sua inadempienza.

Certamente la tesi sulla razionalità della legge muove da presupposti che si collocano agli antipodi di quelli che danno la base al positivismo giuridico. Per quanto riguarda la questione della sicurezza giuridica non sarebbe superfluo far notare, per quanto sia ovvio, che la sicurezza deve essere, appunto, “giuridica”: a nulla servirebbe la sicurezza di essere trattati ingiustamente. Inoltre, non va dimenticato che offre ben più oggettività e sicurezza la realtà che un testo, il quale è suscettibile di molte interpretazioni e facile da manipolare, come dimostra la storia e insegna la letteratura universale.³⁰

A questo proposito va ribadito ancora una volta che la razionalità di cui si parla non ha niente a che vedere con un razionalismo soggettivistico, bensì con il realismo che porta al confronto oggettivo con la realtà regolata. Del resto, come è logico, non si può non partire dalla presunzione di razionalità della norma emanata dall’autorità competente con le formalità prestabilite, in modo tale che spetta l’onere della prova a chi negasse la razionalità della norma, mediante i ragionamenti pertinenti volti a confrontare la regola con la realtà.

Peraltro, quanto affermato nulla toglie alla validità degli strumenti adoperati dagli ordinamenti giuridici moderni volti a garantire la razionalità delle leggi: gerarchia normativa, controllo di costituzionalità, requisiti formali per la promulgazione della legge, ed altri di questo tipo. Anzi, a dire il vero, si sente la mancanza di tali requisiti nella produzione normativa ecclesiastica. Tuttavia non va dimenticato che questi mezzi non sono altro che strumenti, la cui efficacia dipenderà dal realismo delle norme superiori e dall’approccio realistico degli interpreti.

Si potrebbe pur sempre obiettare che la disobbedienza introdurrebbe un disordine ancora maggiore nella vita sociale. Infatti, talvolta il singolo potrebbe essere tenuto a seguire in un caso determinato una certa legge, pur irrazionale, se l’inottemperanza

³⁰ Basterebbe pensare alla celebre figura manzoniana del dottor Azzecagarbugli oppure alla favola già rammentata, raccontata nel *Mercante di Venezia*.

producesse mali maggiori, ma, al di là di tale caso eccezionale, rimane il principio generale secondo cui "il disordine non ordina".

Sarebbe possibile obiettare ancora che nella Chiesa vige un dovere religioso di obbedienza all'autorità ecclesiastica. A tale osservazione bisognerebbe far notare subito che la religiosità del dovere rafforza il dovere morale, ma non lo snatura. Il dovere morale di obbedienza (volto a compiere la Volontà di Dio) non è sempre un diritto di un altro; il diritto che si può vantare per far compiere un comando del legislatore è l'"ordine" stabilito, necessario per la comunità, e se esso non esistesse, non si potrebbe parlare di un dovere giuridico di obbedienza alla legge. Che poi esista un dovere morale di obbedienza ad una legge irrazionale è tutt'altro che scontato; anzi, di per sé non si vede nessun fondamento per sostenere una tale affermazione, sebbene possa esistere un dovere *per accidens*: per evitare alcuni mali (scandali, siano pure pusillanimi, o altri simili), per esercitare altre virtù (l'umiltà, la carità), etc.

6. ALCUNE CONSEGUENZE PRATICHE DELLA CONCEZIONE REALISTICA DELLA LEGGE

La concezione della legge come un ordine dipendente dalla realtà regolata offre la chiave di lettura di tante questioni tipicamente canonistiche, quali l'*epicheia*, la consuetudine, specie quella *contra legem*, la interpretazione della legge ed alcuni istituti canonici che vanno al di là della mera applicazione della legge.

Rispetto all'*epicheia*, intesa come l'eccezione alla legge, ritengo che vada abbandonata l'idea mossa dal volontarismo legislativo, secondo cui si giustificherebbe in base ad una presunta volontà del legislatore di non obbligare *in casu*. Mi sembra assai più realistica la considerazione, risalente ad Aristotele, che tiene conto dell'astrazione della regola umana, in modo tale che essa non può abbracciare la concretezza delle circostanze del caso singolo, sicché la regola generale e astratta, pur conservando il suo valore per la generalità dei casi, può non essere aderente alla realtà concreta del caso singolo, e, in tal caso, non sarebbe vincolante.³¹ Del resto la concezione dell'equità come la stessa giustizia del caso singolo informata dai principi più alti, capaci di superare quelli della legge positiva,³² trova una spiegazione completa e coerente laddove si parta dalla visione realistica della legge.

La razionalità della norma è stata invocata dal codificatore ecclesiastico a proposito della consuetudine canonica. Che la consuetudine debba essere razionale non è che una conseguenza naturale del suo essere una norma giuridica: è l'ordine sociale conducente al bene comune stabilito dall'uso della stessa comunità. Anche in questo punto la considerazione della legge come *ordinatio rationis* illumina la questione della forza obbligante della consuetudine. Essa non può essere fondata *soltanto* sull'accet-

³¹ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Libro V, n. 10.

³² Cfr. S.Th. II-II, q. 120.

tazione del legislatore; la consuetudine è vincolante perché è approvata dal legislatore, ma in quanto essa costituisce un ordine utile alla società. D'altronde, che tale ordine rispecchi la realtà sociale viene garantito dalla stessa natura della consuetudine.

La razionalità della legge, infatti, esige che l'ordine stabilito sia concorde con la realtà storica e quindi con la situazione "reale" della comunità, con le sue possibilità, e non solo con la natura (astrattamente considerata) degli elementi disciplinati. Tale realismo spiega il rilievo della *receptio legis* (che nulla ha a che vedere con un' *accettazione* democratica dell'iniziativa legislativa da parte della comunità), l'*abrogatio legis ab intrinseco*, di cui la canonistica è solita trattare, nonché la nascita della consuetudine *contra legem*. Naturalmente tutto ciò non significa che il legislatore non possa (e talvolta non debba) stabilire un ordine per cambiare una determinata usanza sociale; il realismo storico di cui si parla fa riferimento alla possibilità che gli elementi ordinati possano effettivamente essere disposti verso il fine da raggiungere.

Infine, un campo in cui la concezione della legge è determinante per orientare in un certo senso la prassi giuridica è quello relativo all'interpretazione della legge. Essendo l'interpretazione quella operazione intellettuale volta a scoprire il vero senso del messaggio legislativo, l'oggetto ricercato sarà, per il volontarismo, la volontà del legislatore;³³ per il positivismo, il significato grammaticale o logico del testo; per il realismo, l'ordine stabilito dal legislatore. Ritengo che abbia una grande importanza il discorso di Benedetto XVI alla Rota romana, del 21 gennaio 2012,³⁴ in cui si addita come criterio ermeneutico ultimo la stessa realtà disciplinata, in quanto suppone un cambio di paradigma rispetto soprattutto alla canonistica postcodiciale. Infatti, la formula del can. 17, che presenta come regola ermeneutica principale il significato testuale mentre gli altri criteri (i luoghi paralleli, le circostanze, la finalità e la mente del legislatore) sarebbero sussidiari per i casi in cui il testo non fosse chiaro, ha contribuito, a mio modo di vedere, ad un'impostazione imperante nella manualistica postcodiciale, secondo cui l'interpretazione della legge ecclesiastica dipenderebbe esclusivamente dal testo.³⁵

Essendo, infatti, l'obiettivo dell'operazione ermeneutica quello di scoprire l'ordine positivamente stabilito dal legislatore, tale ordine sarà raggiungibile attraverso l'esame del testo legale, ma al contempo non si potrà capire l'ordine se non si conosce la realtà stessa disciplinata, la quale sarà quindi il criterio determinante della retta interpretazione. La casistica sarebbe sconfinata; a titolo di esempio basterebbe pensare quanto sia determinante per la retta interpretazione del testo di una legge sul matrimonio ca-

³³ Ciò si nota nella stessa idea che sostiene la validità e la necessità dell'"interpretazione" autentica fatta dallo stesso legislatore, in cui si dà più importanza alla potestà e volontà del legislatore che alla *ratio legis*. Nell'ambito del diritto canonico si è acuitizzato il fenomeno dell'interpretazione autentica a partire dal Concilio di Trento (cfr. FRANSEN, G., *L'application des décrets du Concile de Trente. Les débuts d'un nominalisme canonique*, in *L'Année Canonique* 27 [1983] 5-16) ed è stato portato, direi quasi fino al parossismo, con la codificazione.

³⁴ AAS 104 (2012) 103-107.

³⁵ Rimando al mio articolo *La realtà disciplinata quale criterio interpretativo giuridico della legge. Il discorso di Benedetto XVI alla Rota romana del 21 gennaio 2012*, in *Ius Ecclesiae* 24 (2012) 705-717.

nonico la natura essenziale del vincolo matrimoniale, come anche l'essenza di un sacramento per l'ermeneutica di una regola liturgica. La considerazione della realtà è, insomma, ciò che dà oggettività all'esame letterale della legge, al punto che, secondo Benedetto XVI, è possibile mutuare il pensiero di Sant'Agostino relativo all'ermeneutica biblica a quella giuridica, affermando che "il trascendimento della lettera ha reso credibile la lettera stessa".

Dagli argomenti segnalati, dipendenti dalla concezione, volontaristica o realista, della legge si desume agevolmente quanto la considerazione della legge come *ordinatio rationis* aiuti ad una visione della prassi giuridica libera dagli stretti e oscuri margini di un testo e, in definitiva, dalla sottomissione ad una potestà arbitraria, e, di conseguenza, come una tale impostazione porti ad un approccio giuridico volto a garantire l'ordine sociale giusto e i diritti dei membri della comunità. Infatti, l'ordine realistico stabilito da chi ne è competente costituisce un bene giuridico della comunità e dei suoi membri e perciò è giuridicamente obbligatorio.