

IL VALORE NORMATIVO DEL PRECEDENTE AMMINISTRATIVO E GIUDIZIALE

In una riflessione su un sistema legale sorge subito la domanda di quanto la legge scritta sia il fattore determinante della prassi giuridica e quanto, invece, l'attività amministrativa e giurisprudenziale, assieme alla consuetudine, contribuiscano a integrare il quadro normativo. Prima ancora, però, di esaminare il quantum dell'influsso della prassi amministrativa e della dottrina giurisprudenziale sull'ordinamento, occorre chiedersi quale sia la portata normativa, cioè l'efficacia per il futuro, di una singola decisione giudiziale o di governo.

Per affrontare il tema di quanto siano determinanti nel diritto canonico le decisioni amministrative e giudiziali, studierò anzitutto il valore giuridico delle singole disposizioni prese in forza della potestà pubblica. In un secondo momento proporrò alcune riflessioni sul riferimento fatto dallo stesso Codice alla prassi e alla giurisprudenza e infine cercherò di evidenziare i punti più salienti della prassi amministrativa e della giurisprudenza che, a mio avviso, determinano oggi il diritto positivo della Chiesa.

1. L'EFFICACIA GIURIDICA DELL'ANTECEDENTE

1.1. *Cenni storici*

Una decisione amministrativa o giudiziale è sicuramente un dato di fatto da tenere in qualche modo presente. La questione è, se oltre al dato fattuale, il provvedimento sia anche un elemento giuridico determinante. È chiaro che quando il fatto consiste in una decisione giuridicamente vincolante, esso racchiude una *quaestio iuris* e, quindi, si pone il problema di quanto il provvedimento preso sia determinante nel futuro¹.

A parte i casi in cui il precedente diventa legge (basterebbe pensa-

¹ I medievali si ponevano la *quaestio facti* e la *quaestio ex facto emergens*; il giurista, nell'esaminare il fatto dalla sua prospettiva, trovava nella *quaestio facti* la *quaestio iuris*. Cfr. M. BELLOMO, "Factum" e "ius". Itinerari di ricerca tra le certezze e i dubbi del pensiero giuridico medioevale, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 6 (1996) 21-46: 23-37.

re alle decretali inserite nelle raccolte ufficiali), oppure è la fonte di una consuetudine, sembrerebbe che la canonistica classica, seppure con tentennamenti, non abbia riconosciuto valore cogente al precedente giudiziale o amministrativo, in gran parte dovuto alla ricezione del principio sancito nella costituzione imperiale di Giustiniano, secondo cui «non exemplis, sed legibus iudicandum est»².

Va avvertito comunque che nel diritto romano il precedente era tutt'altro che irrilevante. Sebbene si possa ritenere che, in quanto atto di potestà, il precedente non avesse di per sé un'efficacia direttamente obbligatoria, non va dimenticato in ogni caso il valore argomentativo che nel diritto romano classico avevano i *responsa prudentium*, in definitiva le *rationes* soggiacenti a qualsiasi intervento. Inoltre, andrebbe considerato che la citata costituzione imperiale si dovrebbe spiegare nel senso che prevale la legge qualora il precedente fosse *contra legem*, senza che ciò significhi che le decisioni dei giudici – gli *exempla* – fossero prive di alcun valore³. Del resto, la costituzione imperiale in parola è assai tardiva, essendo dell'imperatore Giustiniano; ci sono altre fonti romanistiche in cui si riconosce ai precedenti una certa efficacia giuridica⁴.

Lo stesso Giustiniano comandava che i giudici sottoposti al suo impero, ritenessero come legge applicabile ai casi simili la sentenza imperiale⁵. Oltre a questa disposizione basata sull'efficacia della potestà imperiale, è importante considerare il testo raccolto nel Digesto in cui si afferma: «in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere»⁶. Da questo passo proviene l'espressione, tanto ricorrente in questo tema, *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*, usata per appellarsi, appunto, all'autorità delle cose giudicate sempre similmente⁷.

Nell'ambito canonico, occorre soffermarsi sulla celebre decretale di Innocenzo III in cui si legge: «In causis, quae summi Pontificis iudicio de-

² Cfr. G. COMOTTI, *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, in *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, in U. VINCENTI, (a cura di), Padova 1998, 81-104: 84-86. La costituzione imperiale citata si trova in Cod. 7.45.13.

³ Cfr. U. VINCENTI, *I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche*, in *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, 1-27: 23.

⁴ Ad esempio, in Cod. 1.14.11 si trova il seguente testo: «Cum de novo iure, quod inveterato usu non adhuc stabilitum est, dubitatio emergat, necessaria est tam suggestio iudicantis quam sententiae principalis auctoritas». Inoltre, è celebre il passo di Paulus, in cui il giurista romano afferma che la regola, la narrazione di ciò che si deve fare deve provenire dagli *iura*, cioè dai diritti identificati nei casi concreti: «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...» (PAULUS, *Dig.* 16.17.2.).

⁵ «Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus» (Cod. 1.14.12). Il testo continua insistendo sulla potestà cogente della maestà imperiale.

⁶ *Dig.* 1.3.38.

⁷ Sulla valenza di questo principio nella tradizione canonica, cfr. C. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris 1938, 221-222.

ciduntur, et ordo iuris et vigor aequitatis est subtiliter observandus, quum in similibus casibus ceteri teneantur similiter iudicare, nisi forte, quum aliquid causa necessitatis et utilitatis inspecta dispensative duxerit statuendum»⁸. La disposizione papale riecheggia la citata costituzione di Giustiniano *Si imperialis*⁹. Come la costituzione giustiniana fa leva sulla potestà imperiale, la decretale in parola si basa anche indubbiamente sull'autorità pontificia, ma la disposizione canonica non prevede che il precedente sia da applicarsi automaticamente, giacché, oltre a dover vagliare la similitudine del caso concreto da risolvere con la fattispecie considerata nella sentenza papale, l'interprete dovrà considerare anche la possibilità dell'eccezione qualora concorresse una giusta causa¹⁰.

Nel diritto anglosassone il valore del precedente ha sempre avuto un peso assai maggiore di quello che possa avere nel diritto continentale, il quale è basato principalmente sulla legge scritta. Tuttavia, sembra che la teoria del precedente vincolante sia entrata in Inghilterra solo nel diciannovesimo secolo, per le stesse ragioni di certezza giuridica del positivismo giuridico di stampo legalista. Prima si riteneva che nessun precedente potesse giungere ad avere la forza della giustizia e dell'equità, in modo tale che quando la *House of Lords* dichiarò nel 1966 di non essere rigidamente vincolata ai propri precedenti (*Practice Statement*), in realtà il sistema giuridico non cambiò sostanzialmente¹¹. Il valore del precedente, dunque, non si muove tanto nell'ambito dell'obbligatorietà di una norma, quanto in quello della persuasione¹². È stato ritenuto, infatti, che lo *stare decisis* è decisivo solo se il giudice si sente culturalmente e moralmente, prima che giuridicamente, obbligato a rispettarlo¹³.

Se il fatto del precedente non è di per sé obbligatorio, ma solo persuasivo, ciò sarà perché l'efficacia giuridica risiede nella ragione sottostante alla decisione che costituisce il precedente. Relativamente al diritto statunitense, si è affermato, infatti, che «non è la decisione del caso particolare che lo rende precedente ma la ragione giuridica della decisione, vale a dire il principio giuridico sottostante che, applicato ai fatti ha determinato quella particolare decisione»¹⁴.

⁸ X 2.27.19. Tenendo conto della portata delle decisioni papali la Glossa ordinaria a questa decretale avvertiva: «et ideo Papa iuris ordinem, et aequitatis rigorem in causis diligenter observare debet».

⁹ Cfr. G. COMOTTI, *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, 87.

¹⁰ Sull'interpretazione di questa decretale lungo la storia della canonistica, cfr. C. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, 216-220.

¹¹ Cfr. P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, Torino 1997, 263-264.

¹² Cfr. A. ALBISETTI, «*Stare decisis*» e responsabilità del giudice canonico, in *La norma en el Derecho Canónico. Actas del III Congreso internacional de Derecho Canónico. Pamplona, 10-15 de octubre de 1976*, vol. 1, Pamplona, 1979, 1009-1015: 1012.

¹³ Cfr. C. BEGUS, *L'armonia della giurisprudenza canonica*, Roma 2003, 26.

¹⁴ U. MATTEI, «*Stare decisis*». *Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano 1988, 203.

1.2. Fatto e rilevanza giuridica

Al di là di quali siano state le risposte proposte lungo la storia nelle diverse esperienze giuridiche, ma cercando di far tesoro di esse, occorre chiedersi quale sia la portata del valore giuridico del precedente e quali siano le ragioni della sua eventuale obbligatorietà. In linee generali si è soliti attribuire un grande valore al precedente giudiziale o amministrativo in base ai principi di uguaglianza, certezza del diritto, prevedibilità e unità dell'ordinamento, in modo tale che si ritiene comunemente che le autorità abbiano il dovere di non allontanarsi dai precedenti senza gravi ragioni¹⁵.

Sul piano giuridico la ragione più profonda e definitiva della forza giuridica del precedente è sicuramente la necessità di rispettare il principio di uguaglianza dinanzi all'amministrazione del bene pubblico, per una esigenza della giustizia distributiva. La necessità di prestare un trattamento uguale a tutti i componenti della comunità non significa naturalmente che non ci possa essere un cambiamento di orientamento della prassi o della giurisprudenza qualora mutassero le circostanze o si scoprissero ragioni contrarie prevalenti.

L'uguaglianza non sarà sempre perfetta, essendo invece più frequente la necessità di applicare l'analogia, come voluto dal brocardo *ubi eadem ratio est ibi eadem iuris disposito esse debet*. Non per nulla la citata decretale di Innocenzo III asseriva il principio «in similibus casibus ceteri tene[a]ntur similiter iudicare». Il richiamo all'analogia, però, comporta la necessità di considerare il precedente, anziché come un mero fatto, come una decisione che racchiude una *ratio* perché in qualche modo risolve una *quaestio iuris*. La *ratio* è dunque l'elemento che giustifica l'atto decisionale e che determina l'applicazione successiva analoga ai casi simili.

Nella costituzione di Giustiniano *Si imperialis* e nella citata decretale di Innocenzo III sembrerebbe che la ragione dell'applicabilità successiva di un atto di per sé singolare fosse la superiorità della potestà dell'Imperatore in un caso, e di quella del Romano Pontefice nell'altro. Ciò ha contribuito a far sì che la canonistica si sia incentrata soprattutto sulla potestà come elemento fondante dell'obbligatorietà del precedente, al punto che la discussione sulla portata della decisione gira sovente attorno all'esistenza o meno della volontà del superiore di estendere la sua decisione, di per sé singolare, ad altri casi simili¹⁶. Si afferma

¹⁵ Cfr. in questo senso M. BIN, *Il precedente giudiziario*, Padova 1995, 108-112.

¹⁶ Secondo C. LEFEBVRE (*Les pouvoirs du juge en droit canonique*, 220 e 235) la dottrina di Francisco Suárez è stata determinante su questo punto, fra l'altro perché il gesuita granadino richiedeva l'espressione della volontà del legislatore di estendere la sentenza ai casi simili affinché tale estensione potesse avvenire. Infatti, per Suárez, le sentenze, se non sono state date dal supremo Principe, non avrebbero valore di consuetudine, cioè non obbligherebbero nel futuro (cfr. F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Coimbricæ [1612=Madrid 1968], VII, 11.14), sebbene riconosca un qualche valore allo stile non approvato legalmente, in quanto esso deve essere imitato «non ex legis obligatione, sed secundum prudentiam, et convenientem procedendi modum, nisi

perciò che i precedenti costituiscono un *quid facti*, che acquisterebbe valenza giuridica solo se si sovrapponesse un'altra causa di obbligazione, per imposizione legale o per consuetudine¹⁷. Una tale negazione di qualsiasi valore giuridico al precedente in quanto tale cozza con il sentire comune, che vorrebbe almeno un trattamento uguale da parte delle autorità.

Ritengo, dunque, che convenga superare una visione volontaristica dell'esercizio della potestà e una concezione del dovere giuridico come proveniente esclusivamente o quasi dalla potestà. Il precedente è, sì, un atto di potestà di per sé vincolante per il solo singolo destinatario. Esso è vincolante perché proveniente da chi gode di potestà, ma tale potestà, lungi dall'essere un dominio in beneficio proprio (in cui la libera volontà sarebbe l'elemento determinante), consiste nella capacità di svolgere la funzione di amministrare il bene pubblico, il che richiede necessariamente che tale potestà venga esercitata razionalmente. La razionalità è pertanto un fattore costitutivo del precedente e del suo valore per il futuro. Il punto, dunque, non è tanto quello della cogenza del precedente perché emanato dalla potestà, ma l'evidenza della *ratio*, la forza dell'analogia, il principio di uguaglianza dinanzi alla distribuzione del bene comune.

In definitiva, il fondamento dell'obbligatorietà del precedente non può radicarsi nella *voluntas principis*, ma nel fatto che l'atto positivo di governo o di giudizio cogente è ragionevole, e la sua ragione vale per i casi simili, con i limiti propri dell'analogia¹⁸. La sola *ratio*, nella misura in cui riflette un'esigenza di diritto divino naturale o positivo vale per sé stessa; in altre occasioni la *ratio*, mirante a raggiungere un fine specifico contingente, vale in quanto rimane vigente tale fine, in forza del principio di uguaglianza. Far riferimento alla *ratio decisionis* quale fondamento dell'obbligatorietà implica riconoscere l'esistenza della giuridicità al di là della potestà, concretamente nella realtà delle cose (e dell'essere delle persone) che sono state oggetto della decisione. In altre parole, ritengo che la negazione di qualsiasi valore giuridico al precedente in quanto tale, perché considerata la sua efficacia racchiusa nel caso singolo per decisione dell'autorità, come anche il riconoscimento del valore normativo del precedente

ratio in contrarium vehementer urgeat, vel alia gravissima necessitas cogat» (*ivi*, VII, 11.15).

¹⁷ Cfr., per esempio, A. VAN HOVE, *De consuetudine. De temporis supputatione*, Mechliniae-Romae 1933, 8 e G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, 627-628 (per il quale la giurisprudenza potrebbe avere valore normativo solo se diventasse consuetudine).

¹⁸ Lo stesso principio di giustizia richiede che l'applicazione analogica non sia automatica, poiché si deve dare il dovuto rilievo alle dissimilitudini delle realtà analoghe (*nihil simile est idem*). Nei casi in cui l'analogia è stabilita dallo stesso legislatore, non sono infrequenti le clausole volte a garantire tali differenze ("salvo che la natura delle cose o una espressa disposizione stabilisca il contrario"). Inoltre, il giurista dovrà cogliere attentamente la ragione dell'analogia, in modo tale che ciò che è eccezionale non potrà essere esteso ad altri casi, come ricordano le *regulae iuris* raccolte nel Sesto: «quae a iure communi exorbitant nequaquam ad consequentiam sunt tradenda» (Reg. 28); «quod alicui gratiose conceditur trahi non debet ab aliis in exemplum» (Reg. 74). Per una riflessione sulla valenza dell'analogia nel diritto in generale, e nel diritto canonico in particolare, cfr. C.J. ERRÁZURIZ M, *Circa l'equiparazione quale uso dell'analogia in diritto canonico*, in IE 4 (1992) 215-224.

solo in quanto emanato da chi è superiore a tutti, siano argomentazioni che muovono da un'impostazione formalistica e, in fin dei conti, di stampo positivistico, per quanto sostenuta da canonisti di ortodossia indiscutibile, mentre una visione realistica non può non scorgere il valore normativo intrinseco, sia pure limitato, della *ratio decisionis* in casi analoghi, sia per la forza della ragione stessa, sia per un motivo di giusto trattamento di uguaglianza.

Quanto finora considerato porta a distinguere il valore del precedente amministrativo da quello giurisprudenziale. Un atto di governo non ha come finalità diretta la dichiarazione o definizione dei diritti, ma cerca il bene comune, direttamente o attraverso il bene del singolo. Per provvedere al bene comune, però, l'atto di governo dovrà rispettare i diritti del destinatario, di terzi e di tutta la comunità. Al momento di costituire nuovi diritti – mediante la concessione di una licenza, della provvista di un ufficio, del rilascio di una dispensa, dell'erezione di un nuovo ente, ecc. –, l'autorità dovrà, sì, tenere presente altre esigenze di giustizia preesistenti, dovrà valutare la bontà del risultato immediato che pretende di ottenere, ma soprattutto dovrà soppesare le circostanze che consigliano o sconsigliano una certa decisione, nonché decidere quali mezzi adoperare per raggiungere il fine preteso. Il giudizio sulle circostanze e sull'adeguatezza dei mezzi rientra nell'ambito della discrezionalità delle autorità amministrative. La *ratio* della decisione di governo rispecchierà alcune considerazioni giuridiche, ma ci saranno anche presenti dei motivi di opportunità, dipendenti talmente dalle circostanze del caso singolo che la loro oggettiva valutazione diventerà assai difficile e la loro applicabilità a casi analoghi non potrà essere fatta se non dopo un'accurata valutazione, fermo restando, comunque, che la discrezionalità non azzerà la necessità della razionalità dei provvedimenti, in modo tale che un orientamento consolidato in prassi fungerà da criterio delimitativo al momento della decisione discrezionale¹⁹.

Viceversa, il compito del giudice è prevalentemente dichiarativo dei diritti sottoposti a controversia. La motivazione della decisione giudiziale, oltre alla constatazione dei fatti comprende i ragionamenti giuridici che conducono alla soluzione considerata giusta. Il giudizio comprende la ricerca delle esigenze di giustizia presenti nella fattispecie esaminata, e indica spesso la corretta interpretazione da dare ad una determinata norma. Il giudice non gode tanto della discrezionalità (intesa come la libertà di scelta per raggiungere un obiettivo), quanto di prudenza nel giudicare il caso concreto. E in questo giudizio egli deve scoprire una *ratio iuris* che varrà per i casi che rispondono alla stessa *ratio*.

La differenza tra il valore del precedente amministrativo e quello giudiziale emerge soprattutto al momento del cambiamento di prassi amministrativa o di

¹⁹ Cfr. J.P. APARICIO SÁNCHEZ, «*Stilus et praxis Curiae*». *Presupuestos para una visión actual del concepto*, in *Cuadernos doctorales. Excerpta e dissertationibus in iure canonico*, 19 (2002) 81-105: 100-103.

orientamento giurisprudenziale. Mentre una determinata prassi amministrativa può cambiare laddove si consideri che sono mutate le circostanze oppure si decida di dare prevalenza ad altri beni (sempre nel rispetto del principio di uguaglianza, come sarebbe un cambiamento di tipo programmatico), per cambiare l'*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* occorre, invece, offrire ragioni che facciano vedere un migliore diritto.

A partire da queste considerazioni si è in grado di affrontare il trattamento riservato dal Codice alla prassi amministrativa e alla giurisprudenza.

2. LA PRASSI E LA GIURISPRUDENZA NELLA CODIFICAZIONE CANONICA

2.1. *Il riferimento codiciale alla prassi e alla giurisprudenza*

La codificazione costituisce una svolta epocale nel sistema delle fonti normative. Nonostante i tentennamenti sulle possibilità di codificare il diritto canonico e i propositi di elaborare un codice limitato a raccogliere la legislazione vigente, il risultato finale è stato un codice avente tutte le aspirazioni caratteristiche del movimento codificatore moderno, tra cui quella di racchiudere tutte le soluzioni giuridiche nella legge codiciale²⁰. Ciò si nota nei primi canoni del Codice, dove si stabilisce *a priori* la validità e nullità degli atti, l'efficacia delle leggi e persino come esse debbano essere interpretate. Non solo, ma, volendo far dipendere tutto dalla previa regolamentazione normativa, il Codice prevede pure come colmare un'eventuale lacuna legislativa. In questo contesto, il can. 20 del Codice piano-benedettino prevedeva che se su una determinata materia mancasse una legge («*si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis*»), si doveva attingere la norma («*norma sumenda est*»), tra altri fonti, «*a stylo et praxi Curiae Romanae*». Sembrerebbe, dunque, che la legge codiciale abbia rafforzato il valore dei precedenti, senonché lo stesso fenomeno codificatore tende di fatto a soffocare qualunque fonte fuori dallo stesso Codice²¹.

I commentatori del Codice affrontarono come questione preliminare da risolvere il significato preciso di stile e prassi. Si è affermato che nel diritto

²⁰ Ho sviluppato questa idea in *Lo spirito codificatore e la codificazione latina*, in IE, 29 (2017), 15-38 (pubblicato anche in *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, in E. BAURA - N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS - Th. SOL (a cura di), Milano 2017, 35-69).

²¹ È stato osservato che dopo Trento l'importanza della prassi della Curia Romana aumentò, soprattutto perché la Congregazione del Concilio aveva la facoltà di interpretare i decreti tridentini; per avere un'idea del fenomeno, basterebbe consultare il *Thesaurus resolutionum Sacrae Congregationis Concilii*, che raccoglie l'attività tra 1700-1910 in 168 volumi. Cfr. Javier OTADUY, s.v. *Praxis*, in DGDC, VI, 347-352: 348. Dopo la codificazione, invece, la rilevanza della prassi sembrerebbe scemare, fra l'altro perché l'attività di governo diventa in gran parte meramente applicativa del dettato codiciale.

comune il sintagma *stylus curiae* si riferisse a dettagli dell'organizzazione e della procedura giudiziaria non previamente regolati, ma rispondenti al modo di agire del tribunale stesso²². Il concetto di *stylus curiae* nel diritto codificato sembra essere diverso. Uno degli autori più emblematici della dottrina post-codificiale, Van Hove, definiva lo stile della Curia distinguendo lo stile formale, che consisterebbe nelle solennità adoperate solitamente negli scritti di governo, dallo stile materiale, consistente nelle stesse decisioni che si è soliti prendere²³.

Le esitazioni riguardarono piuttosto il significato della parola *prassi*. Per l'autore citato, in senso stretto la prassi sarebbe lo stile materiale, mentre in senso lato equivarrebbe al termine stile²⁴. È stato notato inoltre che la stessa Curia Romana finì per rendere sinonimi *stylus* e *prassi*²⁵. E all'interno del concetto di prassi o di stile materiale si includeva anche la giurisprudenza dei tribunali.

Il Codice del 1983, nel suo canone 19 dedicato alle lacune di leggi, molto simile al precedente can. 20, addita come fonte suppletiva non più lo stile e prassi, bensì la giurisprudenza e la prassi della Curia Romana. Che la giurisprudenza abbia il significato univoco usuale nella cultura giuridica, ovvero, la dottrina sottostante alle decisioni giudiziali, sembra fuori dubbio. Tenendo conto della storia di questi termini, della distinzione di funzioni introdotta dal nuovo Codice e dell'abbinamento realizzato dall'attuale can. 19 tra prassi e giurisprudenza, ritengo che, mentre la giurisprudenza fa riferimento alla sola attività giudiziale, la prassi si riferirebbe all'attività amministrativa, in modo tale che per prassi si possa intendere tanto lo stile materiale quanto quello formale²⁶.

2.2. Il rapporto della prassi e della giurisprudenza con la norma consuetudinaria

Una volta chiariti i significati dei termini occorre ora cercare di determinare la portata giuridica di queste fonti²⁷. Anzitutto va chiarito che si parte dall'idea che un singolo intervento dell'autorità non fa stile né giurisprudenza²⁸. Un atto

²² Cfr. G. DOLEZALEK, *I precedenti giudiziari nello ius commune*, in *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, a cura di U. Vincenti, Padova 1998, 55-80: 73. Sull'evoluzione storica del significato di *stylus*, cfr. G. COMOTTI, *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, 92-94.

²³ «*Stylus* proprie indicat instrumentum scribendi. Inde vocabulum translatum est ad significandum usum in scribendo vel etiam in loquendo, in specie modum servari consuetum in actibus iudicialibus aut etiam extraiudicialibus, ut puta in expediendis rescriptis (...) [*Stylus Curiae*] est autem duplex: *formalis* versatur circa sollemnitates adhiberi solitas in actibus scribendis, *materialis* versatur circa ipsas decisiones quae solent interciderè» (A. VAN HOVE, *De consuetudine. De temporis supputatione*, 8-9).

²⁴ A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae-Romae 1930, 332 (n. 324).

²⁵ Cfr. J.P. APARICIO SÁNCHEZ, "*Stilus et praxis Curiae*", 85.

²⁶ Cfr. in questo senso J. OTADUY, sub *can 19*, in *ComEx*, I, 394.

²⁷ Per il valore della giurisprudenza e la prassi nella storia del diritto canonico, cfr. C. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, 223-246.

²⁸ Cfr. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, 629.

singolare, amministrativo o giudiziale, si rivolge a un destinatario determinato o a una situazione concreta, sicché la sua valenza non si può estendere, almeno automaticamente, alla generalità dei casi, perché sarebbe come farli diventare atti legislativi. Per quanto riguarda l'atto amministrativo singolare, il can. 36 §2 dispone che esso non deve essere esteso ad altri casi al di fuori di quelli espressi. In quanto al valore interpretativo degli atti singolari, il can. 16 §3 del Codice vigente, in maniera molto simile al vecchio 17 §3, suo precedente, dichiara che «interpretatio autem per modum sententiae iudicialis aut actus administrativi in re peculiari, vim legis non habet et ligat tantum personas atque afficit res pro quibus data est»; questa norma vale anche per le risposte singolari rese pubbliche²⁹. Ad ogni modo, come si è visto precedentemente, sarebbe dedurre troppo dalle citate disposizioni codicili se si negasse qualsiasi valore giuridico al precedente consistente in un unico atto singolare.

Per poter parlare di prassi o di giurisprudenza, dunque, occorre almeno qualche ripetizione. Queste fonti saranno più o meno consolidate e quindi avranno un maggiore o minore valore. Va osservato che il consolidamento non avviene solo attraverso la mera ripetizione materiale, ma soprattutto dal momento che un atto singolare (amministrativo o giudiziale) assume espressamente la *ratio decisionis* di un atto precedente³⁰.

La necessità della ripetizione degli atti per poter parlare di prassi o di giurisprudenza fa sì che questi due fenomeni si avvicinino molto alla consuetudine. La dottrina ha però mantenuto netta la distinzione tra consuetudine e prassi, tra l'altro perché quest'ultima non proviene dal consenso della comunità né si forma esclusivamente mediante la ripetizione degli atti³¹. Ad ogni modo, la prassi e la giurisprudenza possono costituire una prova della consuetudine e possono essere la causa della norma consuetudinaria³².

La distinzione tra consuetudine e prassi e giurisprudenza porta a negare a queste ultime il valore normativo proprio della consuetudine. La dottrina è solita affermare che lo stile materiale sarebbe di per sé un mero fatto, mentre acquisterebbe un valore normativo qualora diventasse consuetudine. Si fa notare anche che, affinché lo stile diventi consuetudine, occorrerà il tacito consenso

²⁹ Per esempio, quelle pubblicate dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi o dalla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti.

³⁰ «[...] si può parlare di *praxis curiae* laddove ci trovassimo, più che con un consueto modo nell'agire, con un modo consolidato di risolvere una determinata questione nella Curia romana, a prescindere dalla via attraverso cui si fosse arrivati a tale consolidamento» (J.I. ARRIETA, *Codice e prassi giuridica*, in *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, 249-277: 258).

³¹ Cfr. H.J. CICOGNANI - D. STAFFA, *Commentarium ad librum primum Codicis Iuris Canonici*, vol. I, Romae 1939, 335.

³² Cfr. G. COMOTTI, *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, 90-91. Sul valore dimostrativo delle decisioni della Curia, cfr. H. EWERS, *De quibusdam quaestiones ad rectam iurisprudentiae canonicae constitutionem et aestimationem spectantibus*, in *Periodica* 68 (1979), 638-648: 643.

del Romano Pontefice durante il tempo richiesto per la consuetudine³³, fermo restando che, perché sia davvero consuetudine, sarà anche necessario il *consensus communis*³⁴.

2.3. L'efficacia normativa della prassi e della giurisprudenza

La questione importante però non è tanto quella di cogliere la distinzione tra consuetudine e prassi e giurisprudenza quanto quella di determinare la differenza del loro valore normativo, vale a dire il punto decisivo consiste nel capire quale sia l'efficacia sul piano normativo di quelle che il Codice addita come fonti suppletive. A questo riguardo va osservato che la dottrina è solita distinguere la *praxis facti* dalla *praxis iuris*, distinzione che sembra provenire da Suárez³⁵. Su questa scia si è affermato che la prassi (comprendente in questo contesto lo stile formale e materiale nonché la giurisprudenza) avrebbe *vis legis* se diventa consuetudine oppure se si tratta di formalità previste espressamente dalla legge o da un precetto del Romano Pontefice³⁶, ma andrebbe osservato che in questi ultimi casi la forza di legge proverrebbe dagli atti legislativi anziché dallo stile stesso.

La negazione del valore normativo pari a quello della consuetudine non può significare una negazione assoluta dell'efficacia della prassi e della giurisprudenza dal momento che lo stesso Codice le riconosce quantomeno la condizione di fonte suppletiva. Il Codice del 1917 stabiliva, infatti, che in caso di lacuna di legge «norma sumenda est» da una serie di fonti tra cui lo stile e la prassi della Curia Romana. I commentatori discutevano sulla natura dell'operazione consistente nel desumere questa norma. L'idea dominante era quella di pensare che si tratterebbe di una vera creazione normativa a partire dalle fonti indicate, tuttavia la norma così creata sarebbe applicabile al solo caso concreto³⁷. In questo modo, la prassi e lo stile sarebbero soltanto criteri di ispirazione, fra

³³ Cfr. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, 626-627.

³⁴ Cfr. G. COMOTTI, *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, 100-101.

³⁵ Cfr. Javier OTADUY, s.v. *Praxis*, 349. Per il teologo granadino ci sarebbero due tipi di stile: quello con forza di legge (approvato da una legge o da una consuetudine sufficiente) e quello che deve essere imitato «non ex legis obligatione, sed secundum prudentiam, et convenientem procedendi modum, nisi ratio in contrarium vehementer urgeat, vel alia gravissima necessitas cogat» (F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, VII, 11.15).

³⁶ Cfr. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, 626-627.

³⁷ Michiels chiarisce che la norma così creata dall'autorità ecclesiastica, benché non sia valida per tutti, sarebbe pur sempre una norma di diritto obiettivo, giacché così è stato concesso dal legislatore supremo. Trattandosi di una norma di diritto obiettivo, l'autorità che l'ha (materialmente) creata potrebbe applicarla in futuro, ben inteso però che non è tenuta a farlo in quanto non sarebbe una vera legge. Cfr. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, 589. Relativamente alla giurisprudenza, si è affermato anche che il giudice deve creare la norma nel caso di lacuna di legge (cfr., per esempio, F. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza nell'ordinamento canonico*, in *La norma en el Derecho Canónico*, 989-1007: 996-997).

gli altri segnalati dal Codice, utili alla formazione di una nuova norma.

Non conviene silenziare il fatto che la trattazione del tema delle lacune di legge a partire dalla codificazione ha preso le mosse da un'impostazione normativista, secondo cui la giuridicità proverrebbe dalla sola norma, in modo tale che se essa mancasse (nel caso, appunto, della lacuna legale), occorrerebbe crearne una per poter "applicarla" al caso concreto³⁸. Una visione realista del diritto porta invece a considerare che, se c'è una causa veramente giuridica da dirimere, è per la semplice ragione che esiste un diritto di qualcuno, nonostante la lacuna legislativa. Al giurista spetta scoprire quale sia tale diritto, anziché creare una norma per poi poterla applicare. Per questa ragione ritengo molto positivo il cambiamento di redazione operato dal Codice vigente, il quale, al posto dell'espressione «norma sumenda est» ha scritto «causa dirimenda est».

In ogni caso, la prassi e la giurisprudenza non sono viste come norme di diretta applicazione, ma piuttosto come fonti ispiratrici di una soluzione giuridica qualora mancasse una legge (o una consuetudine) su una determinata materia. In quanto criteri utili a prospettare una soluzione giusta, è chiaro che, come si riconosce comunemente nell'ambito giuridico, queste fonti suppletive costituiscono al contempo validi punti di riferimento per la giusta interpretazione della legge, vale a dire che la loro valenza non si limita ai casi in cui manca una norma positiva. D'altronde è stato fatto notare che il Codice contiene alcuni richiami alla prassi amministrativa quali parametri decisivi per la soluzione legale, in modo tale che, a seconda di quale sia la prassi, si potrà a norma del Codice concedere o meno una dispensa o si potrà considerare valido o nullo un rescritto; in queste materie la prassi diventerebbe, quindi, fonte primaria³⁹.

2.4. *L'unità delle «rationes decidendi»*

A proposito del richiamo codiciale alla giurisprudenza e alla prassi, un punto importante da chiarire è il valore che possano avere queste fonti qualora provenissero da istanze inferiori alla Curia Romana. Certamente la prassi di una curia diocesana o la giurisprudenza di un tribunale periferico non possono pretendere di avere un valore universale, ma la questione è se nel loro ambito particolare abbiano la stessa efficacia che il Codice riconosce alla prassi e alla giurisprudenza della Curia Romana per la Chiesa universale. Il valore intrinseco del precedente e della *ratio* contenuta nei singoli provvedimenti ha portato

³⁸ Michiels prende le mosse dal presupposto che «determinatio auctoritativa juris subjectivi enim necessario praesupponit ut fundamentum jus objectivum normativum» (G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, 589), frase questa che denota, sia pure in modo probabilmente inconscio, che si identifica la giuridicità con la normatività, anzi con la norma positiva.

³⁹ Cfr. J.I. ARRIETA, *Il valore giuridico della prassi nella Curia Romana*, in IE 9 (1996) 97-117: 115, che si riferisce ai cann. 14, 63 §1, 87 §2 e 180 §1, i quali fanno dipendere dalla prassi la conseguenza giuridica prevista dalla legge.

i canonisti a riconoscere alla prassi e alla giurisprudenza particolari una certa efficacia, pur essendo escluse dal riferimento codiciale.

Sul valore della prassi amministrativa in ambito particolare, mi sembra che, stante la legislazione universale così ampia, per la maggior parte codificata, essa sia piuttosto irrilevante sul piano pratico, e, comunque sia, il tema ha suscitato poco interesse nella dottrina⁴⁰. Invece, la valutazione dell'efficacia giuridica della giurisprudenza periferica ha meritato una maggiore considerazione dottrinale e un certo dibattito in dottrina⁴¹.

In estrema sintesi, penso che si possa affermare che sia comunemente accettato il valore intrinseco della giurisprudenza, anche di quella particolare, in forza delle *rationes* che possano essere state messe in evidenza e del rispetto al principio di uguaglianza⁴². In virtù di quest'ultimo principio, a mio parere non ci sarebbe nessun ostacolo per invocare davanti ad un tribunale inferiore una tesi sostenuta dallo stesso tribunale, mentre in un altro tribunale non avrebbe altro valore, a mio avviso, che quello intrinseco all'assunto mantenuto, cioè quello di un'opinione dottrinale più o meno fondata, fermo restando che in materia matrimoniale, quella, cioè, che occupa la maggior parte dell'attività dei tribunali ecclesiastici, lo spazio lasciato alla giurisprudenza inferiore risulta assai ristretto.

È stato in seguito alla disposizione introdotta dalla cost. ap. *Pastor Bonus* (art. 126), che affida alla Rota Romana il ruolo di dare unità alla giurisprudenza, laddove è sorto un dibattito dottrinale volto a chiarire le possibilità reali della giurisprudenza inferiore. Anzitutto sarebbe da ricordare che l'unità giurisprudenziale è di per sé un bene da custodire, in quanto offre la certezza giuridica dell'uguaglianza nella Chiesa universale⁴³. Alcuni autori,

⁴⁰ Un'eccezione è quella di Van Hove, il quale riteneva che la prassi diocesana, in modo analogo e parallelo alla prassi della Curia Romana, potrebbe servire come fonte suppletiva per la supplenza della legge particolare (cfr. A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, 337). L'ipotesi mi sembra piuttosto accademica. Semmai, nel sistema attuale la lacuna di legge particolare si potrebbe realisticamente creare qualora il legislatore universale rimandasse al diritto particolare e questo fosse inesistente; in tal caso esisterebbe uno spazio per il ruolo integrativo della prassi.

Riconosce pure un certo valore alla prassi diocesana, specie per la sua forza derivata dall'inerzia J. MIRAS, *Renovación de la praxis administrativa en las curias diocesanas*, in *La prueba en los procesos de nulidad matrimonial, cuestiones de actualidad en derecho canónico y derecho eclesiástico. Actas XXII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Madrid, 3-5.IV.2002, a cura di L. Ruano, L. e A. Pérez-Ramos, Salamanca 2003, 89-117.

⁴¹ Sul punto rinvio a E. BAURA, *Riflessioni sul valore canonico della giurisprudenza*, in «*Iustitia et iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, a cura di J. Kowal e J. Llobell, vol. III, Città del Vaticano 2010, 1387-1406, e la bibliografia ivi citata.

⁴² Cfr. R. NAZ, v. *Jurisprudence*, in DDC, vol. VI, coll. 290-292: 292. C'è chi ha fatto giustamente vedere che esiste anche un valore "orizzontale" della giurisprudenza, cioè all'interno dello stesso tribunale, in quanto esso deve essere coerente con le proprie decisioni, oltre all'eventuale valore "verticale", vale a dire rispetto ad altri tribunali (cfr. Z. VARALTA, *De iurisprudentiae conceptu*, in *Periodica* 62 [1973] 39-57: 50).

⁴³ Cfr. J. LLOBELL, *Perfettibilità e sicurezza della norma canonica. Cenni sul valore normativo della*

però, preferiscono parlare di “armonia” della giurisprudenza, piuttosto che di unità, onde garantire l’indipendenza del giudice (il quale deve svolgere il suo ruolo secondo coscienza)⁴⁴ e rispettare la diversità di sensibilità e di culture⁴⁵. Rispetto a questa ultima esigenza, andrebbe realisticamente ricordato che l’oggetto principale dei giudizi nella Chiesa riguarda la validità del vincolo matrimoniale, materia nella quale la diversa sensibilità culturale è poco rilevante.

In ogni caso, l’unità giurisprudenziale dovrebbe avvenire attraverso la stessa prassi giudiziaria: il sistema di impugnazioni dovrebbe produrre di per sé stesso l’unità della giurisprudenza⁴⁶, giacché i tribunali inferiori tenderanno ad adeguarsi alla giurisprudenza rotale, così come essi potranno influire a loro volta sulla Rota mediante gli opportuni ragionamenti contenuti in una sentenza rivista posteriormente in Rota⁴⁷. Tuttavia, l’attuale sistema giudiziario della Chiesa non giova all’unità della giurisprudenza: a parte il fatto che all’interno della Rota stessa può mancare unità nella dottrina giurisprudenziale, vista l’organizzazione per turni, non essendo la Rota né il tribunale supremo né il tribunale che conoscerà tutte le cause (specie a partire dal motu proprio *Mitis Iudex*), la sua giurisprudenza può essere di fatto ignorata dai tribunali inferiori⁴⁸. A ciò si deve aggiungere la difficoltà della mancata pubblicazione *completa* della giurisprudenza rotale.

giurisprudenza della Rota Romana nelle cause matrimoniali, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae: acta Symposii Internationalis Iuris Canonici: occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati*, Città del Vaticano 1994, 1231-1258:1238-1242.

⁴⁴ Cfr. C. BEGUS, *L’armonia della giurisprudenza canonica*, 40-42.

⁴⁵ Cfr. ID., *Il ruolo della giurisprudenza nell’art. 126 della Costituzione Apostolica Pastor Bonus e nelle Allocuzioni di Giovanni Paolo II al Tribunale della Rota Romana*, in *Apollinaris* 86 (2003) 515-527: 521-523.

C’è chi ha criticato l’idea di unità facendo notare che anche i tribunali inferiori parteciperebbero della nota di apostolicità (cfr. M. ARROBA CONDE, *Nuevas normas del Tribunal apostólico de la Rota Romana*, in F.R. Aznar Gil [ed.], *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, XII, Salamanca 1996, 335-369). L’assunto è stato criticato da G. MATTEI, *Portata ed effetti della connotazione della Rota Romana quale Tribunale Apostolico*, in *Quaderni dello studio rotale*, 18 (2008), pp. 167-190: 171 e da A. STANKIEWICZ, *Il Tribunale Apostolico della Rota Romana*, in *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 103-113: 111-113. Per una critica alla tesi sull’“armonia”, cfr. V. DE PAOLIS, *La giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana e i tribunali locali*, in *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 131-165 (specie 137-152).

⁴⁶ Cfr. in questo senso G.P. MONTINI, *La giurisprudenza dei Tribunali Apostolici e dei Tribunali delle Chiese particolari*, in *Il Diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano 1996, 111-134: 119, che cita a sostegno di questo assunto K. MÖRSORF, *Die Autorität der rotalen Rechtsprechung*, in *AfkKR* 131 (1962) 415-432.

⁴⁷ Il can. 1501 del CCEO, anziché parlare della giurisprudenza della Curia Romana, si riferisce alla giurisprudenza ecclesiastica; questa dizione appare più completa e, a mio avviso, potrebbe essere armonizzata con l’art. 126 della PB relativo al ruolo della giurisprudenza rotale.

⁴⁸ Cfr. le considerazioni proposte da R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *El Tribunal de la Rota y la unidad de la jurisprudencia*, in *IC* 30 (1990) 423-448.

2.5. La forza giuridica della prassi e della giurisprudenza

Giunti a questo punto, conviene cercare di tirare le fila da quanto detto finora circa il ruolo della prassi e della giurisprudenza a tenore del Codice. Da una parte, sembrerebbe che il singolo provvedimento amministrativo o giudiziale debba essere considerato, a norma dei cann. 16 §3 e 36 §2, privo di valore al di là della sfera del singolo destinatario e, dall'altra, va osservato che una ripetizione di atti crea la prassi e la giurisprudenza, le quali sono da considerarsi, fra le altre, fonti suppletive. Occorre subito precisare, però, che, sebbene il precedente, giudiziale o amministrativo, non sia, certo, una norma generale che costituisca un titolo di un diritto da poter difendere *eo ipso*, ciò non significa che esso sia privo di valore giuridico fino al punto di poter essere ignorato. Se il precedente rileva una *ratio* inoppugnabile allora avrà il valore intrinseco della *ratio* in questione, che dovrà essere rispettata, non perché ci sia stato un precedente, ma perché esiste una ragione di giustizia da mantenere, peraltro messa in rilievo da un atto dell'autorità. Negli altri casi, il giudice o l'autorità amministrativa potrà discostarsi dal precedente ma dovrà giustificare tale decisione, se non altro per non ledere il principio di uguaglianza.

La ripetizione dei provvedimenti non è mero fenomeno reiterativo, ma implica un uso costante di certi criteri, rafforza indubbiamente sia l'evidenza di una *ratio* che la necessità di rispettare l'uguaglianza di trattamento, in modo tale che più costante è la prassi o la giurisprudenza e più forte deve essere la ragione che giustifichi il cambiamento di orientamento. In questo modo, la prassi e la giurisprudenza, pur non avendo il rango formale di legge, diventano normative, sebbene il grado di cogenza dipenda dal consolidamento e dalla forza delle ragioni sottostanti. Diversamente dalla legge, la prassi e la giurisprudenza possono essere cambiate dagli stessi provvedimenti singoli, purché siano debitamente ragionati. Ciò fa vedere come un sistema di tipo giurisprudenziale sia assai più flessibile di uno di stampo codicistico⁴⁹. Infine, va osservato che, stanti i fondamenti dell'obbligatorietà di queste fonti, esse sono valide non solo in occasione di una lacuna legale, ma anche al momento interpretativo ed applicativo della legge.

Resta ora, quindi, cercare di capire come e quanto la prassi amministrativa e la giurisprudenza incidano nell'attuale ordinamento giuridico della Chiesa.

3. RUOLO ATTUALE DELLA PRASSI E DELLA GIURISPRUDENZA

Invero, al momento di trattare sul ruolo effettivo della prassi e della giurisprudenza nel diritto codificato, la prima cosa da rilevare sarebbe la difficoltà per conoscere queste due fonti.

⁴⁹ Si è osservato come il diritto della Chiesa anglicana, ispirato nel sistema civile anglosassone, dia maggiore importanza al precedente di quanto lo faccia il diritto della Chiesa cattolica, basato, invece, sull'idea della codificazione. Cfr. N. DoE, *Canonical Doctrines of Judicial Precedent: A Comparative Study*, Jur 54 (1994) 205-215.

Che la giurisprudenza debba essere pubblica, è un'asserzione assodata nella cultura giuridica generale. Infatti, la sicurezza giuridica e l'uguaglianza nella difesa giudiziale dei diritti richiedono di poter conoscere i precedenti giudiziari. Non si soddisfano queste esigenze mediante la pubblicazione della giurisprudenza solo parziale. Come è noto, la prassi della Rota Romana è quella di pubblicare solo una selezione delle sentenze prodotte ogni anno. Mi sembra che tale prassi riecheggi una confusione tra la dottrina giurisprudenziale e quella dottrinale.

Infatti, il valore della dottrina scientifica dipende soprattutto dalla forza argomentativa e dalla fondatezza dei dati apportati, nonché dall'autorevolezza dei singoli autori, sicché apparirebbe logico realizzare una selezione scientifica in base a questi criteri. La forza della dottrina giurisprudenziale, invece, oltre che dalle argomentazioni, proviene principalmente dal fatto che si tratta della dottrina che è stata resa vincolante in un caso singolo, in modo tale che interessano tutti i provvedimenti presi, onde poter identificare l'*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* e difendere il diritto di essere giudicato *similiter ex similibus*.

L'appropriazione peraltro della sentenza da parte del ponente, al punto di essere lui a decidere se e come pubblicare la sentenza, palesa la confusione tra dottrina scientifica e dottrina giurisprudenziale. Del resto, non è superfluo puntualizzare che le lunghe dissertazioni che accompagnano solitamente le sentenze rotali (che sono perciò selezionate per la pubblicazione), non hanno maggior valore di quello che possa avere qualsiasi opera scientifica, giacché il valore specifico della dottrina giurisprudenziale non deriva dal bagaglio dottrinale che possa possedere il giudice o dalle sue opinioni personali circa argomenti giuridici, ma dalla *ratio decisionis* del caso. Appare, quindi, auspicabile una redazione più concisa delle decisioni giudiziarie, il che faciliterebbe la loro pubblicazione completa⁵⁰.

Per quanto riguarda la giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, va osservato che l'art. 11 §4 della *Lex propria* di questo tribunale, del 2008, ha fatto un timido passo in avanti stabilendo che il Cancelliere «curat ut omnes decisiones colligantur, quorum aliquae, quotannis a Praefecto in Congressu selectae, ope Supremi Tribunalis publici iuris fiunt»⁵¹. Per il momento la pubblicazione della giurisprudenza della Segnatura Apostolica si è limitata a poche decisioni scelte apparse in alcune riviste scientifiche. Anche qui, e forse con maggior urgenza ancora che nel caso della giurisprudenza rotale per via della materia trattata, appare assai desiderabile la normalizzazione della pubbli-

⁵⁰ Per facilitare la diffusione della dottrina giurisprudenziale e per superare le difficoltà linguistiche alcuni autori hanno prospettato la possibilità di pubblicare dei massimari nelle principali lingue (cfr. J. LLOBELL, *Perfettibilità e sicurezza della norma canonica. Cenni sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana nelle cause matrimoniali*, 1254 e G.P. MONTINI, *L'unità della giurisprudenza: Segnatura Apostolica e Rota Romana*, in *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, QdM, 6, Milano 1998, 235).

⁵¹ BENEDETTO XVI, m.p. *Antiqua ordinatione*, 21 giugno 2008, in AAS 100 (2008) 513-538.

cazione in modo completo e autentico. Infatti, la giurisprudenza amministrativa ha tra l'altro il ruolo di dirigere la prassi affinché questa si svolga all'interno della legalità e del rispetto dei diritti dei fedeli⁵². Va del resto osservato che i richiami alla costante giurisprudenza del Tribunale che talvolta si riscontrano nelle decisioni del medesimo servono a ben poco: da un parte, perché i fedeli interessati non sono in grado di accertare tale costanza e, dall'altra, perché non serve tanto la tesi astratta proclamata quanto la constatazione di come essa abbia servito da *ratio decisionis* in casi singoli.

L'incompletezza della pubblicazione della giurisprudenza curiale nonché la parzialità degli argomenti trattati nelle decisioni giurisdizionali hanno reso il sistema codiciale canonico particolarmente rigido. Infatti, negli ordinamenti civili le concise disposizioni codiciali, sottoposte peraltro a non poche modifiche, vengono sviluppate dalla dottrina giurisprudenziale, la quale attinge alla dottrina scientifica e al tempo stesso esercita su di essa un notevole influsso. Peraltro in un sistema normativo attento ai necessari perfezionamenti, la giurisprudenza è una preziosa fonte di ispirazione, proveniente appunto dall'esperienza nell'amministrazione della giustizia. Purtroppo tutto ciò non accade nel diritto canonico, ove la riflessione dottrinale parte spesso dal solo dato codiciale. La mancanza di giurisprudenza si sente in modo speciale al momento di voler precisare tanti concetti giuridici indeterminati presenti inevitabilmente nella legislazione, il che risulta specialmente importante in materia penale⁵³.

Per quanto riguarda la prassi, bisogna constatare anzitutto che anche essa non è facile da conoscere⁵⁴. Invero, contrariamente a quanto succede nel caso dell'amministrazione della giustizia, non esiste di per sé una necessità di pubblicare tutti gli atti amministrativi singoli, anzi alcuni di essi devono

⁵² Sull'influsso della giurisprudenza amministrativa nella prassi, con riferimento a esempi concreti, cfr. J. CANOSA, *La funzione della giurisprudenza della Segnatura Apostolica nello sviluppo del diritto amministrativo canonico*, IE 17 (2005) 385-415 e ID., *Giurisprudenza della Segnatura Apostolica e prassi amministrativa*, in *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, in E. BAURA - J. CANOSA (a cura di) Milano 2006, 99-131.

⁵³ Sui concetti giuridici indeterminati cfr. J. MIRAS - J. CANOSA - E. BAURA, *Compendio di diritto amministrativo canonico*, Roma 2009², 76-77.

⁵⁴ Esistono delle raccolte di decisioni amministrative di epoche passate. Di grande pregio è la raccolta della produzione amministrativa posteriore al Concilio di Trento: S. PALLOTTINI, *Collectio omnium conclusionum et resolutionum quae in causis propositis apud Sacram congregationem cardinalium S. Concilii Tridentini interpretum prodierunt ab eius institutione, anno MDLXIV ad annum MDCCCLX, distinctis titulis alphabetico ordine per materias digesta*, 17 voll., Romae 1867-1893. Possono trovarsi dei provvedimenti amministrativi dopo la codificazione nella raccolta *Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae*, Roma 1966- (i primi 6 voll., che raccolgono leggi e atti fino al 1985, sono stati editi da X. OCHOA, mentre i tre ultimi, che contengono provvedimenti presi fino al 1999, sono stati curati da D. GUTIÉRREZ ANDRÉS). Nella nota collana, edita dalla editrice EDB, *Enchiridion Vaticanum*, Bologna 1976-, si possono trovare alcuni atti singoli, come anche nelle riviste di alcuni Dicasteri della Curia Romana, in particolare nella rivista *Nuntia*, della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti; ad ogni modo, come affermato nel testo, non è agevole conoscere la prassi amministrativa attuale della Curia romana.

rimanere in un ambito di riservatezza. Tuttavia il diritto ad essere governati giustamente comprende la possibilità di conoscere come si stia svolgendo la funzione amministrativa e quali siano le *rationes* che muovono a seguire determinati orientamenti⁵⁵.

Mi pare che questo diritto sia specialmente rilevante in materia penale. Le circostanze attuali e la nota tendenza a privilegiare la via amministrativa nell'imposizione delle pene nonostante la naturale eccezionalità del procedimento, portano a desiderare di conoscere la prassi amministrativa in questo terreno, giacché essa concretizzerà i concetti giuridici indeterminati, interpreterà la legge in un certo senso e probabilmente riempirà di fatto alcune lacune legali. Precisamente perché la via amministrativa offre meno garanzie rispetto alla normale procedura giudiziale (soprattutto perché nel procedimento amministrativo risulta assai compromessa la terzietà del giudice), è specialmente importante la pubblicità della prassi in questo campo, giacché la notorietà renderebbe più difficile l'abuso di potere e offrirebbe tra l'altro l'occasione alla dottrina di poter suggerire gli eventuali miglioramenti da compiere⁵⁶.

Talvolta la prassi della Curia Romana può essere normata da un regolamento. Andrebbe osservato che la mancata pubblicazione di tali regolamenti non giova, certo, ai diritti degli amministrati⁵⁷. Un caso emblematico di questa anomalia è, a mio parere, quello relativo al "ricorso" di conformità della legislazione particolare con quella universale, di cui all'art. 158 della *Pastor Bonus*; non essendo pubblico il regolamento del Consiglio per i Testi Legislativi, i fedeli non sanno chi sono i legittimati a presentare tale ricorso, in quali termini, con quale procedura e perfino neanche chi saranno i giudici di tale ricorso.

Ad ogni modo, dalla vita stessa della Chiesa si possono dedurre alcuni modi costanti di agire da parte della Curia Romana, alcuni dei quali sono *praeter legem*, se non addirittura *contra legem*. Ad esempio, nonostante la facoltà di dispensare dalle leggi universali di cui gode il vescovo diocesano a partire dal mp *De episcoporum muneribus*⁵⁸, del 1966, ribadita dal can. 87 §1 del Codice del 1983, la prassi del rilascio della dispensa dal requisito legale (di natura non processuale) del titolo accademico corrispondente per agire nei tribunali ecclesiastici da parte della sola Segnatura Apostolica è divenuta una consuetudine

⁵⁵ Peraltro, i riferimenti legali alla prassi diventano fonti di incertezza se essa non è conoscibile. Si pensi, ad esempio, alla disposizione del can. 63 §1 che fa dipendere la nullità del rescritto viziato da surrezione allo stile e prassi sui dati da esprimere per la validità, quando non si conosce quali siano i dati solitamente richiesti.

⁵⁶ Per esempio, dinanzi alla prassi della Congregazione per la Dottrina della Fede in materia di abrogazione della prescrizione dei *delicta graviora* c'è chi si è posto perfino il problema se tale prassi non costituisca la creazione di una nuova norma (cfr. J.J. COUGHLIN, s.v. *Stylus curiae*, in DGDC, VII, 414-415: 415); una riflessione dottrinale in materia potrebbe far vedere la necessità giuridica, di giustizia, di rispettare i diritti acquisiti mediante la prescrizione legalmente fissata.

⁵⁷ Cfr. J.I. ARRIETA, *Il valore giuridico della prassi nella Curia Romana*, 112-113.

⁵⁸ SAN PAOLO VI, m.p. *De episcoporum muneribus*, del 15 giugno 1966 (AAS 58 [1966] 467-472).

che ha creato una riserva alla Santa Sede, che poi è stata legalmente confermata, sia pure in termini generici, dall'art. 35, 2° della *lex propria* della Segnatura.

Un'altra prassi, che va al di là della legge e che sembra accettata da tutti, è quella relativa al valore attribuito alla firma di un Cardinale. Come è noto, i Cardinali non hanno più la facoltà, di cui al can. 239 §1* CIC 17, «*fidem faciendi in foro externo, de oraculo pontificio testantes*»⁵⁹, eppure dopo la vigenza del Codice del 1983 sono stati numerosi i rescritti *ex audientia Sanctissimi* firmati dai Cardinali, vale a dire risposte a viva voce del Romano Pontefice testificate da un Cardinale, con le quali tra l'altro sono stati sanati atti legislativi oppure si è data l'approvazione specifica e, quindi, la concessione del rango formale di legge ad una norma emanata da un dicastero della Curia Romana⁶⁰. In altre parole, è stata universalmente ammessa la firma di un Cardinale come facente fede pubblica dell'oracolo del Papa.

Sarebbe discutibile se i due esempi proposti potessero essere considerati consuetudine, in quanto i protagonisti sono solo delle autorità. In ogni caso, giova notare come nei due casi la prassi consista nella continuazione di un modo di agire basato su una legislazione abrogata. Si osserva dunque come l'inerzia di una norma possa influire anche su chi dovrebbe conoscere ed applicare la legge nuova⁶¹. Ad ogni modo sarà più usuale che la prassi, anche innovativa, tenda a rafforzare una disposizione vigente (per esempio, rendendo obbligatorio ciò che per legge era solo un'esortazione). La prassi può anche essere fonte di una norma; per esempio, la disposizione dell'art. 126 bis del Regolamento Generale

⁵⁹ Non appare nel Codice né nell'*Elenchus privilegiorum et facultatum S.R.E. Cardinalium in re liturgica et canonica*, del 18 marzo 1999, pubblicata dalla SEGRETERIA DI STATO (Comm 31 [1999] 11-13). Sia detto per inciso, la prassi di chiamare "privilegi" facoltà riconosciute in modo generale e astratto ad una categoria di persone (in questo caso i Cardinali) pone il problema di quanto si stia rispettando il concetto di privilegio coniato dal Codice vigente.

⁶⁰ Sarebbe da osservare, sia pure per inciso, che la prassi dovrebbe limitarsi alla testificazione di atti in cui il Cardinale firmante non sia beneficiario dell'atto, per rispetto alla natura degli atti facenti fede pubblica. Un'eccezione, che è andata al di là della stessa prassi, è stato il rescritto *ex audientia Sanctissimi*, del 27 febbraio 2018 (con il quale la Segreteria per la comunicazione passò a chiamarsi Dicastero per la Comunicazione), firmato da chi all'epoca era un arcivescovo non appartenente al Collegio dei Cardinali (<https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2018/06/23/0476/01039.html>).

⁶¹ In materia di prassi non amministrativa ma legislativa si è potuto vedere come il *nomen iuris* "istruzione" sia stato usato spesso dopo il Codice del 1983 in senso antico, non corrispondente al vigente can. 34. Del resto, è da augurarsi un miglioramento della "prassi formale legislativa", che rispetti il can. 8 (forse la sua inadempienza mette in evidenza la convenienza di cambiare detto canone, purché vengano rispettate le esigenze essenziali della promulgazione) e che dia una maggiore chiarezza al contenuto normativo (si pensi, ad esempio, al problema interpretativo della portata da attribuire alle usuali clausole abrogatorie rispetto al diritto particolare, a norma del vigente can. 20). Mi sono riferito in più occasioni alle anomalie in materia di promulgazione della legge verificatesi dopo l'entrata in vigore del Codice del 1983; anche altri autori lo hanno fatto (cfr., per esempio, R. RODRIGUEZ CHACÓN, *Promulgación, publicación y entrada en vigor de las leyes en la Iglesia*, in *El Código de Derecho Canónico de 1983. Balance y perspectivas a los 30 años de su promulgación*, a cura di J.L. Sánchez-Girón e C. Peña García, Madrid 2014, 71-105; G.P. MONTINI, "Tres errores faciunt stilum"? *La promulgazione delle leggi tra pubblicazioni e pubblicazione*, in *Anuario de Derecho Canónico Argentino* 23 [2017/2] 9-20).

della Curia Romana sulla approvazione in forma specifica del Romano Pontefice, è sicuramente frutto della esperienza ed ha introdotto una maggiore chiarezza al momento di identificare l'autore degli atti⁶².

Rispetto allo stile formale, giova osservare la nota riluttanza, diffusa in tanti ambienti ecclesiali, a seguire le formalità caratteristiche degli atti di governo, pensando che in tal modo ci si comporti in modo più pastorale, quando l'esperienza dimostra invece che proprio l'inottemperanza alle esigenze formali provoca spesso l'abuso di potere, talvolta proprio per non usare gli accorgimenti forniti dalle forme. Qualunque scritto firmato da un'autorità amministrativa, anche in una lettera informale, contenente una decisione, un mandato o una provvisione è da ritenere un atto amministrativo e pertanto può essere oggetto di impugnazione⁶³. La mancata formalità degli atti non giova alla sicurezza giuridica, ma il riconoscimento della possibilità di impugnarli, come riconosciuto dalla giurisprudenza della Segnatura, è a tutela dei diritti degli amministrati⁶⁴. In ogni caso, questa osservazione, e tante altre che si potrebbero fare, mettono in evidenza ancora una volta quanto sia auspicabile la pubblicazione completa della giurisprudenza in materia amministrativa.

Pur essendo assai parziale la pubblicazione della giurisprudenza e della prassi, esse sono manifestazioni dell'esperienza della vita giuridica della Chiesa che non possono essere azzerate da una norma codiciale. È infatti, una chimera pensare che una regola astratta, quale è il Codice, possa prevedere e normare tutto. L'esperienza ha confermato che il valore della prassi e della giurisprudenza non si reduce a quello di essere fonti solo suppletive; esse sviluppano, integrano e talvolta correggono la legge previa, anche quella codiciale. Perciò la pubblicità di queste fonti è un'esigenza del buon andamento di tutto il sistema giuridico.

Un indirizzo giurisprudenziale consolidato, come anche una prassi costante, possono contribuire a creare la tradizione canonica. Naturalmente tanto la giurisprudenza quanto la prassi dovranno tenere conto di questa tradizione, onde essere fedeli alla loro funzione di amministrare il bene comune ecclesiale e la giustizia all'interno del Popolo di Dio.

Eduardo Baura

⁶² Rescritto "ex audientia Ss.mi" di approvazione dell'art. 126 bis del "Regolamento Generale della Curia Romana", 7 febbraio 2011, in AAS 103 (2011) 127-128.

⁶³ Cfr. J. MIRAS, *L'oggetto del ricorso contenzioso-amministrativo canonico*, in *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, a cura di E. Baura e J. Canosa, Milano 2006, 275-304: 279-281.

⁶⁴ Un'altra questione, recentemente sollevata (cfr. U. RHODE, *Attività amministrativa svolta senza esercizio di potestà di governo*, in *Periodica* 106 (2017) 359-403), è quella relativa agli atti posti in essere da chi non gode, almeno in senso stretto, di potestà di governo, eppure si tratta di un'attività che interessa i beni giuridici dei fedeli. Si tratterebbe di quella zona grigia di atti di carattere esecutivo ma che comportano una certa decisione, posti dall'ultimo anello della catena dell'Amministrazione ecclesiastica o da altri soggetti; per opporsi ad essi occorrerebbe richiamare l'intervento – di natura nettamente di governo – di un'autorità, contro cui sarebbe possibile l'impugnazione.

