

## Profili giuridici dell'arte di legiferare nella Chiesa\*

SOMMARIO: 1. L'attività legislativa in quanto arte prudentiale di governo.— 2. La dimensione giuridica dell'arte legislativa: a) Il rapporto della legge con il diritto; b) il rapporto dell'arte legislativa con l'arte giuridica.— 3. La legalità nel legiferare.

### 1. L'attività legislativa in quanto arte prudentiale di governo

Forse non è stata riconosciuta abbastanza l'importanza che nel diritto in generale, ma soprattutto nel diritto canonico ha avuto il trattato sulla legge di S. Tommaso d'Aquino. E' vero che l'autore che ha avuto un influsso decisivo nella dottrina canonica sulla legge (e non da ultimo nella redazione dei canoni sulla legge del Codice piano-benedettino, che sono passati quasi integralmente al Codice del 1983) è sicuramente il Suárez, ma non si può dimenticare che il Dottore Esimio, anche in questo ambito, si presenta come commentatore e seguace di San Tommaso, in modo tale che non poche delle riflessioni tomiste sulla legge sono state trasmesse dal teologo granadino, sebbene, come è noto, la concezione volontaristica dell'atto di legiferare di Suárez allontani molto questo autore dal Dottore Angelico, proprio in ciò che costituisce il nocciolo della dottrina tomista sulla legge. Al di là della valutazione storica dell'influsso della dottrina di uno o di un altro autore, e senza entrare nella discussione sull'essenza dell'atto umano di legiferare (effetto della volontà o della ragione), il presente lavoro usufruirà di molte delle acquisizioni tomiste sulla legge, pur non muovendosi ad un livello filosofico né teologico, ma intendendo mostrare alcune esigenze giuridiche dell'attività legislativa nella Chiesa.

Innanzitutto va richiamata la celebre definizione di legge proposta dall'Aquinate, comunemente accettata: «rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata»<sup>1</sup>. Il compito del legislatore è, dunque, quello di stabilire un'ordinazione della vita sociale che conduca la comunità verso il suo bene (comune). Fa parte dell'essenza della legge che essa sia stata promulgata, cioè resa conoscibile dalla comunità destinataria. Nel caso della legge umana — legge intesa come *constitutio scripta* —, l'ordine ideato dal legislatore deve rimanere plasmato in un testo scritto che viene promulgato, cioè intimato e reso pubblico ai destinatari.

Per poter portare a termine una siffatta operazione occorre prima di tutto “saper farla”, cioè avere l'arte di legiferare. Impiego qui la parola “arte” nel suo significato classico di conoscenza pratica, del saper fare («recta ratio factibilium»<sup>2</sup>), e più specificamente, nella sua accezione di sapere pratico in quanto è un'abilità personale, una virtù intellettuale del soggetto, il quale è capace di ideare e realizzare un determinato oggetto. Benché questo concetto si rifaccia al termine *technè* con cui Aristotele designava il sapere pratico acquistato attraverso una riflessione e non per la mera

---

\* Pubblicato in *Ius Ecclesiae*, 19 (2007), pp. 13-36.

<sup>1</sup> S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica* (in seguito S. Th.), I-II, q. 90. a. 4. Non tratto qui della problematica relativa alla definizione della legge ecclesiastica come «ordinatio fidei» proposta da qualche autore (cfr. E. CORECCO, «*Ordinatio rationis*» o «*ordinatio fidei*». *Appunti sulla definizione della legge canonica*, in IDEM, *Ius et communio. Scritti di diritto canonico*, a cura di G. Borgonovo e A. Cattaneo, vol. I, Lugano 1997, pp. 135-156). Come ha messo in evidenza Hervada, ritengo che l'ordine non può non essere frutto che della ragione anziché della fede, il che non impedisce che la ragione sia illuminata dalla fede (cfr. J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona, 1989, pp. 18-20).

<sup>2</sup> S. Th. I-II, q. 57, a. 4. Cfr. anche l'articolo anteriore della stessa questione 57.

esperienza<sup>3</sup>, in seguito alle classificazioni medievali del sapere si è fatta strada la distinzione attuale tra “arte” — intesa come il sapere pratico costitutivo di una virtù personale — e la “tecnica”, concepita questa come la conoscenza dell’insieme di procedure oggettive prestabilite per ottenere un determinato risultato.

Muovendo da questa distinzione, e utilizzando sempre i menzionati termini nel senso precisato, si deve concludere che l’attività legislativa è un’arte anziché una tecnica: il legislatore non può limitarsi ad “applicare” meccanicamente un protocollo oggettivo per ottenere l’ordine sociale giusto formulato in un testo (sebbene potrà sempre mutuare esperienze legali da altri ordinamenti), ma deve egli stesso per primo ideare (interiormente) l’ordine che vuole stabilire per raggiungere il bene comune, e poi comunicare l’ordine concepito alla comunità.

Il fatto che l’attività legislativa non sia una tecnica ma un’arte non significa che essa non debba servirsi delle tecniche. Ogni artista, per realizzare le sue opere d’arte, si serve di tecniche precise, molte di esse frutto dell’esperienza altrui, sebbene non basti l’uso delle tecniche per realizzare un’opera d’arte. Allo stesso modo, nell’arte di legiferare ci sono molti aspetti tecnici, il cui uso giova al buon risultato dell’opera: uso di un linguaggio preciso, raggruppamenti sistematici delle norme, rinvii e analogie, utilizzo di clausole ricche di significato, e via discorrendo. Benché le tecniche abbiano un valore sussidiario nella realizzazione di un’opera d’arte, il servirsi o meno di esse può avere un’importanza decisiva nel risultato finale.

L’arte di legiferare corrisponde all’attività politica, intesa la parola “politica” anche qui nel suo senso classico, cioè di governo della *polis*, che ben si può estendere al governo della Chiesa. (In queste pagine, adopererò il termine “politica” in questo senso ampio di governo di qualsiasi società, applicabile, quindi, anche alla Chiesa). Appare evidente che tra le funzioni spettanti a chi deve dirigere una comunità vi è quella di stabilire le norme secondo cui la comunità dovrà regolarsi nel futuro per raggiungere il suo proprio bene. Occorre, infatti, determinare le norme di condotta dei membri della società, comandando e proibendo alcune azioni, prevedendo le conseguenze di certi atti e la misura della riparazione dovuta per condotte ingiuste; bisogna inoltre organizzare le funzioni pubbliche, distribuendo ruoli e competenze. Tale è il compito della funzione legislativa, a cui spetta, appunto, emanare norme generali e astratte, date per il futuro, che stabiliscono l’ordine della vita sociale.

La funzione legislativa, sebbene eccessivamente enfatizzata a partire dal legalismo proveniente dagli ideali della Rivoluzione francese, ha pur sempre una certa posizione di preminenza rispetto alle altre funzioni di direzione di una società, in quanto la legge determina il retto svolgimento del resto delle attività di governo e stabilisce le regole del futuro comportamento. Non stupisce, dunque, che l’esercizio della funzione di legiferare venga solitamente riservato a titolari del potere specialmente qualificati: negli Stati democratici al Parlamento eletto direttamente dal popolo, e nella Chiesa agli organi “capitali” aventi la missione di essere a capo, con potestà *propria*, di una porzione del Popolo di Dio.

Nella Chiesa l’arte politica di dare leggi ben può qualificarsi di pastorale, anche nel significato più stretto di questo termine, inteso, cioè, come l’attività propria ed esclusiva dei ministri sacri con cui essi svolgono la funzione (e la correlativa potestà) di Cristo Pastore, mediante l’esercizio dei *tria munera*, tra i quali si trova appunto il *munus regendi*, con cui i sacri pastori conducono la Chiesa verso il suo bene, che alla fin fine altro non è che la salvezza delle anime (ferma restando la possibilità che i fedeli non ordinati collaborino con l’esercizio del *munus regendi*). Ogni società ha bisogno di essere governata, e la Chiesa necessita di essere guidata in

---

<sup>3</sup> Per un’esposizione sintetica del pensiero di Aristotele sull’arte e l’evoluzione posteriore del concetto, vid. I. YARZA, *Un’introduzione all’estetica*, Milano 2004, pp. 206 e ss.

questa terra, anche mediante norme generali, per essere lo strumento di salvezza voluto dal suo Fondatore<sup>4</sup>.

E' indubbio che mediante le leggi il Legislatore ecclesiastico esercita anche il *munus docendi*, giacché nel legiferare si svolge un'attività educativa, come aveva già scoperto la filosofia politica greca<sup>5</sup>. Ciò si comprende bene se si considera la finalità della legge e il rapporto tra il bene individuale e il bene comune (il quale non è un bene perché comune, ma è comune perché è un bene<sup>6</sup>). Il cristianesimo ha dato un ulteriore stimolo a quest'idea, facendo notare che l'agire giusto porta sulla via diretta al bene ultimo, seguendo la tradizione veterotestamentaria in cui le leggi del Signore sono spesso chiamate "vie". Una tale impostazione ha portato addirittura a sostituire in molte aree linguistiche di influsso cristiano il termine *ius* con quello di *directum*, diritto, in quanto il giusto è quello indicato dalla legge, che conduce verso il bene, verso ciò che è giusto. Nonostante tutto questo, va però segnalato che l'attività di dare leggi rientra specificamente nel *munus regendi*, non in quello magisteriale, giacché la finalità della legge non è quella di insegnare, ma di ordinare, e ciò non orientativamente, ma in modo giuridicamente vincolante; sulle conseguenze di questo punto si tratterà più avanti.

L'oggetto immediato della legge non è fare giustizia (come lo è invece quello della sentenza), ma ordinare la vita sociale verso il bene comune. L'obiettivo della legge non è dichiarare o rivendicare un diritto ma raggiungere un bene, per l'appunto il bene comune. Perciò legiferare è un'arte politica, non giuridica, benché ci siano, come si vedrà più avanti, numerose esigenze giuridiche al momento di dare leggi. Ne segue che la virtù che guida più direttamente l'arte legislativa non è la giustizia ma la prudenza, quella «*recta ratio agibilium*»<sup>7</sup> che porta ad agire moralmente bene, a governare le proprie capacità per raggiungere il bene, e, nel caso della specifica prudenza del governante, a disporre il necessario per dirigere la società verso il bene comune.

Per svolgere bene una funzione ci vuole, quindi, l'intreccio di arte, di virtù e di un corteo di tecniche. Per realizzare l'arte di legiferare correttamente, anche sotto il profilo morale, occorre innanzitutto essere guidati dalla prudenza. Agire conforme alla virtù della prudenza comporta la realizzazione degli atti di *consiliari*, *iudicare* e *praecipere*<sup>8</sup>. Consigliarsi vuol dire indagare per ottenere tutti i dati necessari prima di prendere la decisione<sup>9</sup>. In secondo luogo occorre giudicare i dati ricavati dalla previa indagine e, infine, decidere, spingere ad agire.

Tutto ciò applicato all'arte legislativa comporta che il legislatore, prima di emanare una legge, dovrà consigliarsi (indagare) circa la realtà che intende ordinare, sulle circostanze (materiali e spirituali) della comunità destinataria della norma, sugli eventuali precedenti (legislativi e consuetudinari), sui mezzi possibili per raggiungere il fine desiderato, ecc. In questo lavoro il legislatore si può servire di terzi, ma in un secondo momento spetta solo a colui che ha la funzione

<sup>4</sup> «Episcopi sacrum ius et coram Domino officium habent in suos subditos leges ferendi, iudicium faciendi, atque omnia, quae ad cultus apostolatusque ordinem pertinent, moderandi» (CONCILIO VATICANO II, cost. *Lumen Gentium*, n. 27).

<sup>5</sup> Così Platone concepisce il legislatore, come un vero educatore dei cittadini. Basti pensare alla scena descritta nel Critone, in cui Socrate, potendo scappare dalla prigione, ipotizza che gli appaiano le leggi come figure viventi che lo esortano ad essere fedele ad esse anche nell'ora della tentazione, poiché furono le leggi ad educarlo e a proteggerlo durante tutta la sua vita (cfr. PLATONE, *Critone*, 49 e – 54 e). Sulla dottrina di Aristotele relativa al ruolo pedagogico del legislatore cfr. *Etica Nicomachea*, X, 10, 1179 b 31-35, e VI, 8, 1041 b 23-29. In generale, sull'idea della dimensione pedagogica delle leggi nella Grecia antica, cfr. W. JAEGER, *Paideia: la formazione dell'uomo greco*, soprattutto Libro 3, cap. IX (vol. 2, Firenze 1995, pp. 403-416) e Libro 4, cap. X (vol. 3, Firenze 1990, pp. 369-466).

<sup>6</sup> Cfr. C. CARDONA, *La metafisica del bien común*, Madrid 1966.

<sup>7</sup> Cfr. S. Th. I-II, q. 57, a. 4.

<sup>8</sup> Cfr. S. Th., I-II, q. 57, a. 6.

<sup>9</sup> Questo è il senso del *consilium* dato da San Tommaso (cfr. S. Th. I-II, q. 14 a. 1 e I-II, q. 47, a. 8).

di legiferare il valutare ognuno di quei dati e considerarli globalmente alla luce del bene comune da raggiungere (la *salus animarum*), allo scopo di prendere la decisione sul da farsi.

Ci sono molteplici conseguenze della prudenza che si presentano al momento di legiferare. Prima di tutto il legislatore, dopo le fasi del *consilium* e del *iudicium*, dovrà decidere se legiferare o no; la decisione dipenderà dalla valutazione che il legislatore faccia circa il modo migliore di ottenere il bene preteso, e, prima ancora, circa le possibilità reali, viste le circostanze, di ottenere tale bene (in questo senso si parla della politica come l'arte del possibile, il che non può deviare in un cinico atteggiamento pessimista, intimorito — imprudente — e omissivo del proprio dovere).

L'osservare che la prima decisione da prendere è se emanare o meno la legge non è questione banale. Non va dimenticato che in qualsiasi comunità umana si crea in modo naturale un ordine, quello consuetudinario, che conviene, per il bene della comunità, rispettare (nella misura in cui esso conduca effettivamente al bene comune), perché la consuetudine si adegua perfettamente alla realtà sociale. La legge, invece, è una norma positiva, che si impone mediante un atto di autorità, ed è, inoltre, astratta e rigida (perché fissata in un testo scritto), il che può nel futuro creare dei problemi. Del resto, un grande numero di leggi rende la vita sociale, se non altro, complicata; inoltre, più leggi ci sono, e più difficile diventa la loro conoscenza, il che è contrario al fine delle leggi.

L'illuminismo, che vedeva nella legge il modo razionale e sicuro di governare la società, e il positivismo giuridico legalista, che rifiuta qualsiasi fonte di diritto diversa dalla legge, hanno portato gli ordinamenti civili a moltiplicare le leggi, in quanto esse costituiscono l'unico mezzo di governo per risolvere i nuovi problemi posti alla società. Si è giunti così a ciò che qualcuno ha chiamato la "elefantiasi" legislativa, con l'irrigidimento, i paradossi e talvolta le ingiustizie che comporta il fatto di essere regolati da una massa normativa impossibile da conoscere, dimenticando la verità che già Tacito aveva saggiamente avvertito: «... et corruptissima re publica plurimae leges»<sup>10</sup>. Nella Chiesa si conta, invece, su degli strumenti di governo (la dispensa, il privilegio) che permettono di venire incontro alle necessità del caso singolo, i quali, pur essendo extralegali, possono (e devono) essere giusti<sup>11</sup>.

Senz'altro, una maniera di non moltiplicare senza necessità le leggi è quella di evitare di emanare norme generali per risolvere un problema singolo. Nulla impedisce che per induzione si ricavi una regola generale da un caso particolare e, così facendo, ci si premunisca contro eventuali futuri mali. Anche qui la prudenza porta a chiedersi prima se tali premunizioni non possano causare scandali o altri mali peggiori di quelli che si intendono evitare. In ogni caso, appare come imprudente esercizio dell'arte di legiferare l'emanare una norma generale non per risolvere i casi generali che si prevedono a motivo di un caso singolare, ma con la finalità principale e diretta di risolvere la fattispecie singolare. Va inoltre segnalato, sia pure per inciso, che, a parte gli eventuali danni che possono derivare da una legge superflua, l'uso errato dello strumento della legge (generale e astratta) al posto dell'atto di governo singolare potrebbe manifestare un atteggiamento di debolezza da parte dell'autorità che preferirebbe le dichiarazioni generali al dover affrontare direttamente i singoli problemi.

Un problema prudenziale molto delicato in generale, ma in modo speciale nell'ambito della Chiesa, è quello della tolleranza<sup>12</sup>. Ciò che bisogna ordinare è soltanto quello che mira a creare le condizioni sociali affinché la comunità possa raggiungere il bene comune, potendo (e spesso dovendo) lasciare all'iniziativa individuale il conseguimento di altri beni. Inoltre, la legge è una

---

<sup>10</sup> TACITO, *Annales*, Lib. III, 27.

<sup>11</sup> Mi sono occupato del tema in *La dispensa canonica dalla legge*, Milano 1997.

<sup>12</sup> Cfr. S. Th. I-II, q. 97, a. 2. Nell'ambito canonico è interessante lo studio storico di G. OLIVERO, «*Dissimulatio*» e «*tolerantia*» nell'ordinamento canonico, Milano 1953.

norma generale, che non può tenere conto di solo un determinato ceto di persone, ma deve rivolgersi a tutti i membri della comunità. In questo senso giova rilevare che, essendo la legge un'ordinazione della vita sociale, la norma che, giusta in teoria, non fosse adeguata alla realtà della comunità la cui vita si vuole ordinare, andrebbe contro la sua propria essenza, in quanto non introdurrebbe un ordine, bensì un disordine: questa è una delle esigenze della nota essenziale di ogni norma giuridica, la razionalità<sup>13</sup>. Ne segue che per poter legiferare prudentemente occorre prima indagare la realtà sociale dei destinatari della futura legge.

Una questione presente in ogni ordinamento, ma di speciale importanza nella legislazione ecclesiastica, è quella relativa all'incidenza delle leggi nell'ambito della coscienza. Il tema è assai complesso e non può essere qui studiato approfonditamente, ma, dalla prospettiva della prudenza legislativa, si può ancora una volta ricordare che il fine della legge è il bene pubblico e, pertanto, tutto ciò che non rientra nell'ambito dei rapporti interpersonali dei fedeli esula per loro natura dall'ambito della legge (altro è l'attività magisteriale mirante ad ausiliare la formazione delle coscienze dei fedeli). Va osservato come le soluzioni legali che cercano un'efficacia automatica (come le pene *latae sententiae* e alcune irregolarità) possano non averne nessuna nell'ambito interpersonale, che è quello di competenza della funzione legislativa<sup>14</sup>. Anzi, tali soluzioni risultano spesso dannose, in quanto sono capaci di creare inutili problemi di coscienza, complicano la prassi giuridica con le difficoltà tipiche del dover ventilare nel foro giuridico ciò che apparteneva a quello della coscienza, e, soprattutto, possono lasciare irrisolto il problema che intendevano rimediare, giacché la sanzione generale automatica può portare ad un'inazione delle autorità esecutive nella materia regolata da questo tipo di leggi, mentre per far valere le conseguenze legali nell'ambito giuridico è pur sempre necessario l'intervento positivo di qualcuno: sarebbe, infatti, ingenuo, oltre che omissivo del dovere di governo, nascondersi dietro l'automatismo della regola generale per evitare di dover affrontare la soluzione giuridica dei singoli casi difficili.

Analoghi ai problemi prudenziali relativi all'emanazione di una nuova legge sono quelli che emergono al momento di decidere se cambiare o no la legislazione precedente. San Tommaso si chiede se la legge si debba modificare sempre che si presenta un bene migliore. Partendo dal principio che una legge si cambia rettamente solo quando, così facendo, si contribuisce al bene comune, il Dottore Angelico fa notare però che il solo cambiamento di una legge è già in se stesso un nocumento al bene comune, in quanto la consuetudine aiuta il compimento delle leggi. Pertanto, il cambiamento deve avvenire soltanto quando dalla nuova legge si deriverà un notorio e grande profitto oppure quando c'è un'estrema necessità per rimuovere un'ingiustizia<sup>15</sup>.

Nella Chiesa esiste ormai — valga il gioco di parole — una lunga tradizione di rispetto della tradizione nell'ambito giuridico. I momenti più difficili e delicati, in quanto potevano rompere in qualche modo questa tradizione, sono stati — nella Chiesa latina — le due codificazioni. I maggiori timori emersi dinanzi all'applicazione, per la prima volta, della tecnica della codificazione furono proprio relativi alla possibile rottura con il passato, malgrado il Codice piano-benedettino si presentasse con l'intenzione di raccogliere la tradizione canonica, senza nessuna pretesa di cambiamento (altra questione è il risultato)<sup>16</sup>. Certamente l'impianto normativo anteriore alla

<sup>13</sup> Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, 1992, pp. 355-372.

<sup>14</sup> Invero ci si può chiedere se, tenendo conto del carattere esterno e sociale dell'ambito legislativo, non sia il caso di abolire del tutto le pene *latae sententiae*, come anche di rivedere il regime di alcune irregolarità.

<sup>15</sup> S. Th. I-II, q. 97, a. 2. A sostegno della sua dottrina, San Tommaso cita la sentenza di Ulpiano, che afferma: «in rebus novis constituendis, evidens debet esse utilitas, ut recedatur ab eo iure quod diu aequum visum est» (*Dig.* 1.4.2).

<sup>16</sup> Cfr., per esempio, R. ASTORRI, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Padova 1992, pp. 9-44; M. FALCO, *Introduzione allo studio del "Codex Iuris Canonici"*, ed. a cura di G. Feliciani, Bologna 1992, pp. 87-122 e i contributi in questa stessa opera di G. FELICIANI, *Mario Falco e la codificazione del diritto canonico*, pp. 13-49 e R. ASTORRI, *L'"Introduzione" del Falco nel dibattito sulla codificazione*, pp. 51-79; P.

codificazione favoriva un sistema giuridico di stampo prevalentemente giurisprudenziale, dove le problematiche connesse ai cambiamenti legali erano meno sentite. Nella seconda codificazione, esistendo il precedente del Codice del 1917, non venne a galla la questione della codificazione del diritto canonico, ma, poiché il Codice voleva tradurre in linguaggio giuridico il Vaticano II<sup>17</sup>, era presente a monte la grande questione che aveva posto il Concilio circa l'equilibrio tra tradizione e rinnovamento<sup>18</sup>.

Comunque sia, ciò che interessa ora rilevare è che il sistema legale canonico vigente si basa sulla tecnica della codificazione, tecnica che agevola la realizzazione dell'arte legislativa, ma che comporta, tra gli altri, il rischio, avvertito dalla canonistica contemporanea all'elaborazione del Codice del 1917, di irrigidire le norme, rendendole obsolete o inadeguate con il trascorrere del tempo. Ritengo, quindi, che nel momento attuale il pericolo più grave per il legislatore ecclesiastico non sia tanto quello di eccedere nei cambiamenti legislativi, quanto quello di lasciarsi trattenere dall'inerzia della codificazione o di considerare il Codice come norma rigida troppo difficile da modificare, al modo delle Costituzioni degli ordinamenti civili, quando in realtà la gran parte delle norme codiciali non hanno carattere costituzionale. È da ricordare peraltro che i codici civili che hanno perdurato per molto tempo hanno subito delle deroghe o aggiunte. Senz'altro, bisognerebbe assolutamente evitare, per motivi di chiarezza, l'operare modifiche al Codice mediante strumenti non adatti alla deroga delle leggi — come sarebbero le “interpretazioni autentiche” che in realtà modificano la legge —, potendo realizzare formalmente la riforma del Codice senza speciali difficoltà tecniche<sup>19</sup>.

L'esistenza di una legislazione universale codificata, peraltro comprensiva di quasi tutte le materie giuridiche, può fomentare l'inoperosità dei legislatori particolari, soprattutto dei vescovi diocesani, i quali contano anche sulla normativa emanata dalle Conferenze Episcopali, malgrado l'impulso che il Vaticano II ha dato alla responsabilità dei vescovi, riconoscendo la loro potestà di governo quali vicari di Cristo nelle porzioni del Popolo di Dio affidategli<sup>20</sup>.

Sia nell'emanare una nuova legge che nel modificare un'altra precedente, il principio fondamentale è la ricerca del bene comune. La verità della virtù della prudenza dipenderà soprattutto dall'individuazione del bene comune. Vale anche per la Chiesa la definizione che il

GASPARRI, *Storia della codificazione del diritto canonico per la Chiesa latina*, in PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRISQUE IURIS, *Acta congressus iuridici internationalis VII saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis. Romae 12-17 novembris 1934*, vol. 4, Romae 1937, pp. 1-10; J. LLOBELL – E. DE LEÓN – J. NAVARRETE, *Il libro “de processibus” nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. 1, Milano 1999, specie pp. 17-49; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 1999, pp. 213-232. Circa l'incidenza del Codice del 1917 nel diritto canonico, vid. J. HERVADA – P. LOMBARDÍA, *Introducción al Derecho Canónico*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, a cura di A. Marzoa, J. Miras, A. Rodríguez-Ocaña, vol. I, Pamplona 1996, pp. 150-153.

<sup>17</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Sacrae disciplinae leges*, del 25 gennaio 1983, in AAS, 75 (1983), p. XI.

<sup>18</sup> Sul tema, sia pure in maniera sintetica, ma molto chiara, oltre che autorevole, cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso alla Curia Romana*, del 22 dicembre 2005, in AAS, 98 (2006), pp. 40-53.

<sup>19</sup> È da salutare con soddisfazione in questo senso il m. pr. di GIOVANNI PAOLO II, *Ad tuendam fidem*, del 18 maggio del 1998, in AAS, 90 (1998), pp. 457-461.

<sup>20</sup> Cfr. CONCILIO VATICANO II, cost. *Lumen gentium*, nn. 23 e 27 e IDEM, decr. *Christus Dominus*, n. 8 a). Infatti, il can. 391 riconosce espressamente la potestà legislativa dei vescovi diocesani. Sul modo di esercitare questa potestà, cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, direttorio *Apostolorum successores*, del 22 febbraio 2004, Città del Vaticano 2004, n. 67 (sono interessanti agli effetti dell'oggetto del presente lavoro alcune raccomandazioni volte a promuovere la prudenza legislativa dei vescovi: «... i testi canonici siano redatti con precisione e rigore tecnico-giuridico evitando le contraddizioni, le ripetizioni o la moltiplicazione di disposizioni su una stessa materia; porrà anche attenzione alla necessaria chiarezza affinché sia evidente la natura obbligatoria o orientativa delle norme e si conosca con certezza quali condotte vengono prescritte o proibite. A questo fine si avverrà della competenza di specialisti in Diritto Canonico che non dovranno mai mancare nella Chiesa particolare. Inoltre, per regolare come conviene un aspetto della vita diocesana, è condizione previa la precisa informazione sulla situazione della diocesi...»).

Vaticano II dava di bene comune («l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono ai gruppi, come ai singoli membri, di raggiungere la propria perfezione più pienamente e più speditamente»<sup>21</sup>). Vero è che il fine ultimo della legge canonica è la *salus animarum*, ma ciò non toglie che l'obiettivo immediato della legge ecclesiastica sia il raggiungimento del bene comune ecclesiale, il quale va inteso, appunto, come l'insieme di condizioni che consente ai fedeli di raggiungere la salvezza. E' appena il caso di avvertire che con l'espressione *salus animarum* si intende la salvezza eterna (non una certa salute psicologica ottenuta con soluzioni di comodo mal chiamate pastorali), e che la salvezza non può essere vista riduttivamente in termini minimalisti, poiché si entra nel Cielo solo quando si ha una carità perfetta<sup>22</sup>. Ne deriva che la finalità della legge è, più precisamente, creare le condizioni che favoriscono la *perfezione* cristiana dei fedeli: ciò ha molte conseguenze soprattutto nel settore legislativo che organizza l'attenzione pastorale<sup>23</sup>. L'individuazione del vero bene comune ecclesiale, che favorisce il bene spirituale delle anime pur a prezzo del sacrificio di alcuni desideri umani, è ciò che distinguerà la vera prudenza dalla prudenza della carne contro la quale ammonisce la Sacra Scrittura<sup>24</sup>.

## 2. La dimensione giuridica dell'arte legislativa

### a) Il rapporto della legge con il diritto

Senza nulla togliere a quanto sinora esposto circa la natura politica — sempre nel senso ampio indicato — e prudenziale dell'arte di legiferare, è evidente che quest'arte non è aliena al diritto. L'identificazione del mondo giuridico con quello della legge può rispondere ad una concezione normativista e positivista del diritto, ma rispecchia anche una certa realtà. Per cogliere il rapporto della legge con il diritto vale la pena rammentare alcune nozioni basilari sul diritto stesso e sull'arte giuridica.

Sulla scia della tradizione filosofica greca seguita dalla concezione romanista, si può definire il diritto come ciò che appartiene ad ognuno e che perciò gli è dovuto, cioè come l'oggetto della virtù della giustizia, la quale a sua volta si può definire, con la celebre formula attribuita ad Ulpiano: «constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi»<sup>25</sup>.

Non è compito della legge, come all'inizio del presente lavoro ricordato, ristabilire la giustizia o dichiararla, ma ordinare la società verso il suo bene, senonché, la legge, nel compiere il suo obiettivo, nel fissare cioè un ordine, costituisce dei diritti, crea doveri, attribuisce competenze, determina l'esercizio di alcuni diritti precedenti, e, oltretutto, l'ordine da essa stabilito deve essere seguito obbligatoriamente, con obbligo di giustizia (di giustizia, appunto, legale). La legge, quindi, in se stessa non è un atto di giustizia (non è il suo oggetto dare a ciascuno il suo), non è di per sé un atto dovuto in giustizia (esiste il dovere giuridico di governare, ma difficilmente si potrà concretizzare nel dare una determinata legge), eppure la legge è in relazione con l'ambito giuridico, in quanto essa è un atto costitutivo di diritti.

<sup>21</sup> CONCILIO VATICANO II, cost. *Gaudium et spes*, n. 26 (cfr. anche *ibidem*, n. 74).

<sup>22</sup> Sul tema della *salus animarum* come fine della legislazione ecclesiastica e le sue conseguenze rinvio al mio lavoro *Pastorale e diritto nella Chiesa*, in *Vent'anni di esperienza canonica: 1983-2003*, a cura del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, Città del Vaticano 2003, pp. 159-180.

<sup>23</sup> Cfr., per esempio, A. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa. Le basi dei loro statuti giuridici*, Milano 1999, pp. 69-71.

<sup>24</sup> Cfr. Rom., 8, 6.

<sup>25</sup> *Dig.* 1.1.10.

La canonistica è solita segnalare, fra gli effetti della legge, la *vis directiva* e la *vis coactiva*. Con la *vis directiva* si intende l'effetto di condurre le condotte, che è quello che producono le norme *praecipientes, prohibentes* e *permittentes*, mentre con la *vis coactiva* si intende l'effetto di punire e di invalidare o inabilitare<sup>26</sup>. Ma ritengo sbagliato pensare che le leggi aventi solo la *vis directiva* (le cosiddette *leges imperfectae*) abbiano un'efficacia solo morale, prive di ogni valore giuridico<sup>27</sup>, poiché, se la norma direttiva stabilisce come obbligatoria una determinata condotta, essa è dovuta in giustizia, e un altro (un terzo o la comunità) avrà il diritto di vedere osservata tale condotta, e, in quanto alle leggi permissive (nel senso di *permittentes*), è ovvio che esse hanno l'effetto giuridico di costituire il diritto di seguire la condotta permessa. La legge *directiva* crea, sì, un dovere morale, ma un dovere che riguarda la virtù della giustizia, e quindi la giuridicità. Non va peraltro dimenticato che l'aggettivo "giuridico" fa riferimento allo *ius*. Che le leggi non prevedano una sanzione (pena o effetto irritante) alla loro trasgressione (perciò *leges imperfectae*) non significa neanche che non se ne derivino delle conseguenze giuridiche, anche pratiche (ricorsi, sanzioni amministrative, ecc.).

Si può, dunque, riassumere la relazione della legge con il diritto ricorrendo ad un celebre passo di San Tommaso in cui egli afferma: «lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris»<sup>28</sup>. La *ratio* è l'idea che l'artefice ha della sua opera; la legge è la *ratio* dello *ius* o dello *iustum*, cioè dell'operare giusto, indica il cammino di ciò che è giusto, diritto.

Questa *ratio iuris* è opera di un atto umano (fermo restando che vi sono diritti anteriori ad ogni norma umana, la cui legge o *ratio* si scopre nella stessa realtà naturale o soprannaturale). Non è possibile concepire la legge come se fosse un'entità sorta dal nulla, al modo dell'idea illuministica delle leggi propugnata da Montesquieu<sup>29</sup>, ma la legge è sempre frutto di scelte umane. Poiché la legge è il risultato di un atto umano, si richiede che essa abbia la caratteristica essenziale della razionalità, non nel senso razionalista che la legge sia frutto del libero raziocinio del legislatore, ma nel senso che deve essere adeguata alla realtà, in quanto è proprio della ragione adeguarsi alla realtà conosciuta, giacché, per ordinare, bisogna anzitutto conoscere la realtà che si intende regolare, in modo tale che l'ordine imposto sia adeguato al raggiungimento del bene (del fine) della realtà ordinata<sup>30</sup>. Il legislatore deve essere prima di tutto un ermeneuta della realtà (compiendo gli atti prudenziali di *consiliari* e *iudicare*) per poi decidere l'ordine da stabilire. Ne segue che la razionalità limita intrinsecamente il potere legislativo, poiché la norma giuridica deve essere conforme con la natura umana, con la realtà e con il bene sociale, altrimenti non introdurrebbe un ordine, ma un disordine e, quindi, non sarebbe norma. In altri termini, nel legiferare occorre tenere conto della realtà preesistente, anzitutto dei diritti naturali e, nella legislazione canonica, di quelli promananti dalla costituzione essenziale della Chiesa fondata da Cristo, e di altri diritti previamente acquisiti<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. in questo senso G. MICHIELS, *Normae Generales Iuris Canonici. Commentarius Libri I Codicis Iuris Canonici*, vol. I, Parisiis-Tornaci-Romae, 1949, p. 295.

<sup>27</sup> Opinione però ricorrente tra i canonisti (cfr. per esempio, *ibidem*, pp. 298 e ss.).

<sup>28</sup> S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad 2.

<sup>29</sup> Cfr. CH. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris 1819.

<sup>30</sup> Recentemente ha insistito sulla razionalità nell'esercizio dell'autorità ecclesiastica E.G. SARACENI, *L'autorità ragionevole. Premesse per uno studio del diritto canonico secondo il principio di ragionevolezza*, Milano 2004.

<sup>31</sup> Non si deve confondere il potere legislativo con un potere dispotico che pretendesse di cambiare tutto senza tenere conto della realtà. Questo aspetto è stato messo bene in rilievo a proposito della liturgia e della sua regolamentazione da parte del Papa, il quale 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» (J. RATZINGER, *Introduzione allo spirito della liturgia*, Milano 2001, p. 162).

Esula da queste riflessioni uno studio approfondito sulla razionalità della norma giuridica e sulle sue conseguenze, ma vale la pena ribadire che l'esigenza della razionalità non intacca minimamente la potestà *giuridica* del legislatore, proprio perché si tratta di una potestà giuridica avente come fondamento la necessità di svolgere una funzione, che genera un obbligo giuridico di obbedienza, e non un mero dovere morale di osservanza. Per poter raggiungere il suo bene, infatti, la società ha bisogno di un ordine; il legislatore è proprio colui che ha la missione (è un *suum*) di stabilire tale ordine, e, perciò, esiste il dovere di giustizia di seguire la legge, ma questo dovere, proprio perché è di giustizia, è intrinsecamente delimitato dal contenuto della funzione di governare. Ne segue che la deviazione o l'eccesso di potere non generano nessun obbligo di giustizia di obbedire — a meno che la disobbedienza rechi un danno ingiusto alla comunità —, perché non c'è esercizio di una funzione, ma al contrario una disfunzione (senza togliere che si possa, e talvolta sia addirittura consigliabile sul piano morale, obbedire per motivi di carità). Insomma, l'esigenza della razionalità non è un'esigenza estrinseca all'attività legislativa.

Né si pensi che il richiamo alla razionalità sia un elemento di insubordinazione o un fattore di insicurezza giuridica. A parte la presunzione a favore della razionalità della norma emanata dall'autorità competente, va sottolineato che la razionalità non rinvia a delle idee soggettive del legislatore o dell'interprete, ma alla realtà delle cose, molto più sicura, stabile e oggettiva che altri meccanismi artificiali volti a creare la sicurezza giuridica.

#### b) Il rapporto dell'arte legislativa con l'arte giuridica

L'arte di legiferare fa parte, come sopra rilevato, dell'arte di governo, ma con dei risvolti giuridici di grande importanza, onde è possibile ipotizzare che deve pur avere una qualche relazione con l'arte giuridica. Non per nulla è comune l'abbinamento dei giuristi con le leggi. Per delimitare bene la funzione di queste due arti conviene ricordare, sia pure brevemente, in che cosa consiste l'arte del diritto<sup>32</sup>.

Essendo la giustizia la virtù di dare a ciascuno il suo, per poter praticarla bisogna prima identificare il *suum*, lo *ius* di ognuno. Indicare il diritto, a chi appartengono le cose, in quale misura, quale è la soluzione giusta del caso che ci si presenta è un'attività non sempre facile e, comunque, un'attività che bisogna saper svolgere; richiede, cioè, un'arte, per l'appunto l'arte giuridica, l'arte dello *ius-dicere*: è l'arte del giudice, che indica il diritto con potestà (con forza vincolante per le parti), l'arte dell'avvocato, che mette in rilievo il diritto della parte da lui patrocinata. Giurista è colui che possiede l'arte giuridica.

L'arte giuridica, e ancor di più la scienza giuridica, necessita della logica. Il giurista si può servire di tecniche per svolgere la sua arte. Ma il diritto non è né logica né tecnica, ma un'arte. La confusione, peraltro tanto frequente, dell'arte giuridica con la logica o con la tecnica proviene da una concezione normativista del diritto: se il diritto si confonde con la norma, il giurista sarà l'esperto delle norme, dell'applicazione (logica e tecnica) della regola generale al caso singolare. Per applicare, infatti, una regola generale e astratta ad una singola fattispecie, occorre realizzare un'operazione logica volta a verificare se il caso concreto rientra nella fattispecie astratta della legge, considerata all'interno del sistema logico-normativo. Allo stesso tempo, l'applicazione di regole generali a casi singoli è un'attività tecnica, consistente nell'attuare automaticamente meccanismi già previsti e concetti previamente elaborati. La considerazione del diritto come logica e come tecnica, oltre che partire da una visione normativista del diritto, riduce il giurista ad un servitore acritico della legge, che facilmente devia nella figura manzoniana dell'azzeccagarbugli.

---

<sup>32</sup> Un'esposizione sintetica e magistrale del tema si può vedere in J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990, pp. 1-6.

Viceversa, la concezione del diritto come ciò che è giusto porta a concepire la figura del giurista come colui che ha la *recta ratio* dell'identificazione del *iustum*, che ha, cioè, l'«*ars boni et aequi*»<sup>33</sup>.

L'arte giuridica non ha come oggetto proprio la legge (né la sua elaborazione né la sua conoscenza), ma non è certamente aliena ad essa. Giova ricordare che per delineare il diritto e la sua misura, occorre dapprima identificare il suo titolo, e, sebbene non tutti, molti diritti hanno il loro titolo nella legge, giacché, come sopra evidenziato, la legge, nello stabilire un ordine, attribuisce diritti, distribuisce competenze, qualifica giuridicamente le situazioni (specificandone gli effetti giuridici), statuisce obblighi di giustizia, ecc. Ne segue che il giurista dovrà conoscere le leggi per compiere il suo mestiere, senza dimenticare il monito del giurista romano classico: «scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem»<sup>34</sup>. Si spiega, dunque, perché si è soliti identificare il giurista con l'uomo di leggi. Ad ogni modo, è appena il caso di ribadire che identificare la conoscenza delle leggi con l'arte giuridica risulta riduttivo e fuorviante, giacché esistono anche molti diritti (e non solo quelli naturali e quelli derivanti dalla costituzione essenziale della Chiesa) che non possiedono un titolo legale, come sono i diritti risultanti dall'esercizio dell'autonomia privata. Inoltre non va neppure dimenticato che la legge, essendo una regola generale, non può tenere conto di tutti i particolari della realtà, sicché il discernimento dello *ius* chiede una valutazione delle circostanze del caso per giungere alla soluzione giusta, anzi, il discernimento dello *ius* non passa tanto attraverso l'applicazione logica della regola generale al caso singolare, quanto attraverso l'individuazione della dimensione giuridica insita nella realtà del caso singolo.

In sintesi, benché non si possa confondere il compito del giurista con la mera conoscenza della legge, è innegabile che il giurista necessita abitualmente conoscere la legge per adempiere la sua funzione; si tratta di un passo previo al giudizio sul diritto. Conoscenza che non è una mera percezione del dato positivo normativo, bensì l'interpretazione della legge, che porta a capire l'ordine stabilito mediante la promulgazione del testo legale, in modo da essere in grado di determinare lo *ius*. Ne segue la padronanza che del contenuto e di altri aspetti della legislazione ha solitamente il giurista. Tuttavia, occorre superare la vecchia e povera idea, frequente purtroppo in ambiti ecclesiali, che considera il buon giurista come colui che conosce molte leggi, in luogo dell'uomo che sa indicare il diritto, e lo studio del diritto come l'apprendimento mnemonico dei testi legali, anziché come la conoscenza scientifica del *iustum*, che reca con sé, tra l'altro, un bagaglio di conoscenze che consente di capire il senso giusto stabilito dalle leggi in modo da poterle applicare con giustizia.

Continuando con questa descrizione sintetica dell'arte giuridica, giova ora osservare che la pratica dell'arte giuridica non riguarda essenzialmente l'esercizio della virtù della giustizia. L'oggetto dell'arte giuridica è “dire” il diritto, indicarlo, non quello di “darlo”<sup>35</sup>. Naturalmente, l'unità della vita personale porterà l'esperto in diritto ad amare la giustizia, altrimenti sarà difficile in pratica che riesca a capire il diritto a causa dell'influsso che la volontà, e la vita morale in generale, esercita di fatto sull'intelletto, ma di per sé l'attività del giurista non si regge direttamente per la virtù della giustizia. Dovendo il giurista realizzare un'attività, quella di dire il diritto, l'arte giuridica si regge anche per la virtù che suppone la *recta ratio agibilium*, cioè la prudenza: *iuris-prudentia*. Aristotele, parlando della prudenza giuridica, parla di una parte speciale di questa virtù: la *gnome*<sup>36</sup>, che San Tommaso spiega come la virtù che giudica secondo i principi più alti e perciò è

<sup>33</sup> *Dig.* 1.1.1 (il corsivo è, ovviamente, mio).

<sup>34</sup> *Dig.* 1.3.17 (Celso).

<sup>35</sup> Il giurista può essere tenuto ad esercitare il suo mestiere (per esempio, il giudice a dettare sentenza, l'avvocato a presentare la difesa), e, in tal caso, quando dice il diritto adempie pure un dovere di giustizia, ma “dire” il diritto di per sé non è oggetto della virtù della giustizia (lo può essere come qualsiasi altra professione).

<sup>36</sup> ARISTOTELE, *Etica Nichomachea*, libro V, 10.

capace di offrire una soluzione equa diversa da quella prevista dalla regola generale, cioè che permette di applicare l'*epicheia*<sup>37</sup>.

Alla luce di queste considerazioni si può ora tornare al momento della produzione normativa, per ribadire che l'arte legislativa fa parte dell'arte politica e che, di conseguenza, non è da confondersi con quella giuridica, ma che al contempo è possibile identificare numerosi risvolti giuridici presenti al momento dell'emanazione di una legge, che giustificano e postulano l'intervento dei giuristi. Non per nulla è universale l'esperienza di contare su giuristi al momento di redigere i testi legali.

Infatti, poiché il giurista, a motivo del suo specifico ruolo, deve avere una padronanza dei testi legislativi e delle sue tecniche, ha esperienza nell'interpretare testi legislativi, conosce la portata di certe formule legali, è al corrente della normativa vigente, ecc., può dare un importante contributo al legislatore al momento di formulare una nuova legge. Fa parte della prudenza legislativa (*consiliari*) ricorrere ai professionisti del diritto per ricavare i dati necessari al momento di emanare una nuova legge. Un giurista, infatti, potrà far vedere le conseguenze non desiderate di una certa formula, il contrasto di una progettata disposizione con un'altra in vigore di rango superiore, l'ambiguità di una determinata espressione, il significato giuridico di un determinato vocabolo, e via discorrendo. In questo senso, anche la dottrina scientifica contribuisce al perfezionamento delle leggi, soprattutto quando elabora delle proposte *de iure condendo*, ma non solo in tali occasioni, giacché con il solo fatto di riflettere e di studiare approfonditamente i profili di giustizia insiti nei diversi istituti contribuisce a migliorare l'arte giuridica (*non est iuris prudentia sine iuris scientia*) e, di riflesso, anche quella legislativa.

Ma, soprattutto, non va dimenticato che legiferare è stabilire un ordine, che può essere nuovo, ma non è creare una novità assoluta: si ordina una realtà preesistente dove esistono già diritti e doveri che vanno rispettati anche dal legislatore<sup>38</sup>. Ne segue che il compito primario e specifico del giurista al momento di progettare una legge è giudicare (*ius-dicere*) se l'ordine che si pretende stabilire è giusto o meno, cioè se è possibile giuridicamente (nel senso stretto del termine, di conformità con lo *ius*) o no, se darebbe luogo a uno *ius* o a una *iniuria*. Non è il giurista a decidere quale deve essere l'ordine da stabilire, ma gli spetta valutarlo sotto il profilo della giustizia. Sarebbe quindi una riduzione indebita limitare l'intervento consultivo del giurista ai soli aspetti tecnici dell'elaborazione della legge (alla ricerca di formulazioni indipendentemente dal loro contenuto). Così facendo, in realtà non si consulta il giurista, che ha l'*ars boni et aequi*, ma il tecnico di testi normativi. Una siffatta riduzione rischia di sboccare in una strumentalizzazione dell'arte giuridica (e del giurista) per il raggiungimento di beni immediati che possono però conculcare dei diritti.

Naturalmente, che non si possa limitare l'intervento consultivo del giurista ai soli aspetti tecnici redazionali, non significa minimamente che l'esperto in diritto possa decidere sul merito "politico" della legge. Stabilire positivamente un determinato ordine, organizzare, distribuire cariche e competenze, ecc., spetta a colui «qui curam communitatis habet», non agli esperti. Il parere del giurista deve muoversi sul piano giuridico (cioè della giustizia), non su quello dell'opportunità delle decisioni di governo, fermo restando che al giurista spetta anche valutare la giustizia delle conseguenze pratiche ragionevolmente prevedibili anche quando la formula legale sia di per sé ineccepibile nella sua astrattezza.

---

<sup>37</sup> Cfr. S. Th. II-II, q. 120, a. 1 e 2.

<sup>38</sup> Aristotele avvertiva che del giusto civile una parte è di origine naturale, un'altra si fonda sulla legge (cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V,7).

### 3. La legalità nel legiferare

Quanto detto finora ben si potrebbe riassumere nella celebre descrizione della legge che sant'Isidoro di Siviglia, facendo tesoro della saggezza classica, tramandò alla cristianità medievale e che Graziano raccolse nel Decreto: «Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem inconueniens contineat, nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscripta»<sup>39</sup>. E' interessante far notare che San Tommaso si chiede se l'elencazione non sia superflua, ma risponde negativamente<sup>40</sup>. Può essere utile commentare brevemente la descrizione riportata.

È già stato evidenziato che la legge deve essere giusta: non perché debba (solitamente) compiere un dovere di giustizia, e non perché sia costitutiva di diritti, ma perché nello stabilire l'ordine deve rispettare i diritti precedenti, prima di tutti quelli naturali («secundum naturam») e, nella Chiesa quelli promananti dalla sua costituzione essenziale. Del resto, fa parte della giustizia (distributiva) che la legge miri al bene comune, non a quello dei singoli.

Interessante anche il realismo che traspare nella descrizione commentata: la legge deve essere possibile, adattata alle consuetudini e alle circostanze di tempo e luogo. La legge non è un ordine ideale, razionalistico, una formula avulsa dalla realtà sociale, ma è l'ordine di una comunità in un determinato momento storico; non è legge quella che la comunità alla quale si rivolge è impossibilitata a compiere (*ad impossibilia nemo tenetur*). E' anche una manifestazione di realismo la caratteristica della utilità e la necessità: introdurre un nuovo ordine comporta quanto meno un incomodo per la comunità, che si deve adattare al nuovo ordine. La novità, come sopra ricordato a proposito della prudenza legislativa, deve essere riservata per i casi necessari, e non si possono reputare necessari se non recano una qualche utilità. Va osservato che talvolta le leggi superflue o inutili, proprio perché introducono regole inadeguate, possono ledere dei diritti. Perciò, contrariamente agli stereotipi comuni, il buon giurista tende ad evitare l'emanazione di leggi non del tutto necessarie, preferendo lasciare spazi di libertà e la possibilità che la comunità sviluppi ordini in maniera spontanea, attraverso gli usi, la prassi e la giurisprudenza (è il normativismo positivista a necessitare della regolamentazione legislativa di tutta la vita sociale).

Naturalmente, queste considerazioni non possono essere intese unilateralmente, come se il legislatore non potesse incidere nella vita della comunità o come se le circostanze sociali richiedessero sempre un indebolimento della disciplina ecclesiastica. Al contrario, talvolta le circostanze sociali possono consigliare un intervento dell'autorità competente limitativo dei diritti per raggiungere un determinato bene comune.

Oltre a queste note che appaiono come di maggiore rilievo, ce n'è anche un'altra che, pur sembrando secondaria, non manca di importanza, e che è proprio quella sulla quale desidero ora soffermarmi: la legge dovrà essere «manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem inconueniens contineat». Certamente non si può pretendere una chiarezza perfetta: il linguaggio umano non è sempre univoco e la sua comprensione varia spesso a seconda del luogo e del tempo. E, comunque, non ci si può illudere con un'applicazione automatica della legge grazie alla sua evidenza, perché anche nel caso di una legge avente una grande chiarezza letterale, occorrerà il ruolo dell'interprete, giacché la legge non è un testo letterario, ma un ordine espresso in un testo. Ma rientra nell'arte (nel saper fare) del legislatore trovare le formule più chiare per i testi legislativi. Peraltro va osservato che qui non si tratta di una caratteristica meramente desiderabile, ma è anzitutto un'esigenza

<sup>39</sup> SANT'ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etymologiarum*, L. 2, cap. 10, n. 6 (PL 82.131), raccolto da GRAZIANO (D.4 c.2).

<sup>40</sup> Cfr. S. Th., I-II, q. 95, a. 3; cfr. anche F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Conimbricæ (1612=Madrid 1968), III.15.1.

giuridica: i destinatari della legge hanno diritto a conoscere (chiaramente) la legislazione in vigore. Del resto, il solo fatto che la legge sia dubbia comporta già un inconveniente, oltre che una minore efficacia del governo.

Da quanto esposto sinora nel presente lavoro, risulta evidente l'importanza della motivazione di una legge agli effetti della sua chiarezza. In questo senso giova rilevare che le "interpretazioni autentiche", date per *modum legis* ma racchiuse in formule laconiche, come se fossero rescritti, oltre ad avere l'oscurità prima evidenziata di introdurre un cambio legislativo mediante una "interpretazione", hanno inoltre il grave inconveniente di non essere motivate.

Per raggiungere la chiarezza dovuta, il legislatore dovrà esercitare prudentemente la sua arte. Per esempio, un modo di essere chiari è, senz'altro, definire i concetti utilizzati e gli istituti regolati, ma prevedendo con prudenza le implicazioni delle definizioni legali<sup>41</sup>; talvolta è totalmente legittimo e persino conveniente far ricorso ai c.d. concetti giuridici indeterminati — i quali segnano comunque un indirizzo legale preciso —, poiché sarebbe ingenuo pretendere di risolvere tutti i problemi giuridici a priori in sede legislativa. Rientra anche nella valutazione prudente del legislatore la determinazione dell'ambito di discrezionalità che deve essere lasciato alle autorità esecutive e giudiziarie. La valutazione dipenderà logicamente dai valori che sono in gioco. In questo senso, appare opportuno ridurre al massimo lo spazio lasciato alla discrezionalità in ambito penale, visto che va tutelata la sicurezza giuridica dei singoli dinanzi ad eventuali privazioni di beni giuridici<sup>42</sup>.

La chiarezza richiesta in una norma non si limita al tenore letterale del suo testo, ma essa deve essere patente anche in ciò che riguarda il suo valore normativo, il suo rango, la sua efficacia per derogare ad altre norme, la sua applicabilità a situazioni passate, ecc. Questi aspetti vengono regolati dalle norme di normazione, esistenti negli ordinamenti giuridici più sviluppati<sup>43</sup>. Queste norme, assieme alla dottrina scientifica, contribuiscono a creare tecniche normative, come, per esempio, la codificazione, la gerarchia normativa, ed altre, le quali non sono, ovviamente, strettamente necessarie, ma costituiscono indubbiamente un ausilio per il legislatore.

E' innegabile che molte di queste tecniche legislative sono state sviluppate in un contesto problematico, di opposizione politica al potere legislativo e di garantismo dei diritti con le sole risorse del positivismo giuridico, ma è altrettanto innegabile che esse giovano alla chiarezza normativa, e di fatto alcune sono state assunte dalla Chiesa. E' stata tralasciata la tecnica degli ordinamenti costituzionali di contare su una legge fondamentale universale a cui tutte le altre leggi devono sottostare sotto pena di nullità, ma è stata comunque introdotta — su spinta tra l'altro della dottrina<sup>44</sup> — una gerarchia normativa (oltre a quella che c'è per via della differenza fra il legislatore supremo e i legislatori inferiori) derivata dalla distinzione di funzioni, il che ha dato luogo ad una tipizzazione legale di norme canoniche. Infatti, a parte la relazione gerarchica fra legge universale (emanata dal legislatore universale, supremo) e legge particolare regolata dal combinato disposto dei canoni 20 e 135 § 2, esiste la sottomissione delle norme amministrative generali (decreti generali esecutivi e istruzioni, statuti e «ordines») alla legge<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> «Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum [rarum?] est enim, ut non subverti posset» (*Dig.* 16.17.202 [Iavolenus]).

<sup>42</sup> Andrebbe perciò rivista la scelta del Codice del 1983 di prevedere tante pene facoltative («puniri potest») o indeterminate («iusta poena puniatur»).

<sup>43</sup> E' significativo che il Digesto e il Decreto di Graziano incomincino trattando delle costituzioni (cioè delle leggi), come faceva anche il Codice del 1917, che lo aveva così previsto fin dai primi schemi.

<sup>44</sup> Cfr., per esempio, gli interventi nel III Congresso Internazionale di Diritto Canonico in *La norma canonica. III Congreso Internacional de Derecho Canónico. Pamplona 10-15 octubre 1976*, 2 voll., Pamplona 1979.

<sup>45</sup> Su questo rinvio al mio studio *L'attività normativa dell'Amministrazione ecclesiastica* in *Folia Canonica*, 5 (2002), pp. 59-84 e la bibliografia ivi citata.

Le regole canoniche di produzione normativa sono assai semplici se paragonate con quelle civili, soprattutto per quel che riguarda il processo di produzione. Ciò è dovuto in parte al fatto che gli organi aventi potestà legislativa sono solitamente unipersonali, sebbene non manchino organismi collettivi con potestà normativa, soprattutto a livello amministrativo. Comunque sia, ci sono certe esigenze formali dell'attività legislativa, alcune connaturali all'arte legislativa e altre di introduzione recente, che formano ciò che si può chiamare la legalità nel legiferare<sup>46</sup>. La semplicità delle esigenze legali in materia di emanazione delle norme non dovrebbe escluderne l'obbligatorietà, ma piuttosto al contrario, oltre al dovere di esemplarità che grava sulle autorità interessate. Obbligatorietà che non promana soltanto dalle leggi positive di normazione, ma anche dalla necessità intrinseca della legge di essere «manifesta (...) ne aliquid per obscuritatem inconveniens contineat».

La Chiesa gode di due millenni di esperienza e di tradizione canonica, e di un bagaglio culturale ricchissimo, che le consente di esercitare con grande prudenza l'arte legislativa, oltre all'elemento più importante che è l'assistenza dello Spirito Santo che, sebbene non comporti il dono dell'infallibilità in materia disciplinare, implica pur sempre un ausilio divino alle autorità ecclesiastiche che devono esercitare il *munus regendi*. Peraltro, è significativa la tradizione esistente al momento di porre in pratica la parte del *consilium*: nell'elaborazione di tante leggi universali, pur essendo il Romano Pontefice l'unico legislatore, vengono consultati molti organismi e persone fisiche e, nei casi dei Codici, è stato consultato tutto l'episcopato interessato.

Tuttavia non altrettanto si può affermare dell'uso delle tecniche al servizio della chiarezza normativa. Vuoi perché non si deve fare i conti con un'opposizione politica, vuoi perché si preferisce rispettare una tradizione di cancelleria, è un dato di fatto che l'attività normativa nella Chiesa potrebbe progredire in diversi punti. Segnalo brevemente di seguito quelli che, a mio parere, si potrebbero perfezionare, con l'intento di contribuire a compiere una delle funzioni proprie della dottrina nei confronti dell'ordinamento canonico.

a) La promulgazione.— Essendo la legge un ordine plasmato in un testo scritto, è *essenziale* che la legge sia stata promulgata<sup>47</sup>. Prima della promulgazione esiste soltanto un progetto di legge senza nessuna efficacia normativa. Contrariamente a ciò che avviene solitamente negli ordinamenti giuridici di stampo parlamentare, la promulgazione nel diritto canonico consiste semplicemente nella pubblicazione ufficiale del testo legislativo avente in sé l'efficacia obbligatoria («publicatio et intimatio»), secondo la formula ricorrente nella manualistica che commenta il Codice del 1917). La promulgazione non è da confondersi con la diffusione; la pubblicazione promulgatoria deve avere la nota dell'autenticità del testo promulgato e dell'intenzione vincolante. Una volta promulgato, il testo legale resta fissato, ci vuole la promulgazione di una nuova legge per cambiarlo.

Il can. 8 stabilisce la forma di promulgazione delle leggi ecclesiastiche<sup>48</sup>, che per le leggi universali avviene «per editionem in Actorum Apostolicae Sedis commentario ufficiali, nisi in casibus particularibus alius promulgandi modus fuerit praescriptus», e per le leggi particolari «modo a legislatore determinato». Non è chiaro se il legislatore particolare debba a priori determinare il modo in cui promulgherà le leggi<sup>49</sup>. In quanto al legislatore universale, se in un caso

---

<sup>46</sup> Uno dei canonisti che ha più richiamato l'attenzione sulla necessità di rispettare questa legalità è stato sicuramente P. LOMBARDIA (cfr. *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, in *Il nuovo Codice di diritto canonico*, Bologna 1983, a cura di S. Ferrari, pp. 69-101).

<sup>47</sup> Senza entrare nella discussione se l'atto di promulgazione appartenga all'essenza o all'*actus essendi*, basta rifarsi qui, ancora una volta, alla dottrina tomista sulla legge (S. Th., I-II, q. 90, a. 4).

<sup>48</sup> Seguendo il criterio già previsto nella cost. ap. *Promulgandi*, del 29 settembre 1908, di S. Pio X (AAS, I [1909], pp. 5-6), con la quale si creava gli *Acta Apostolicae Sedis*, come pubblicazione ufficiale.

<sup>49</sup> Cfr. J. OTADUY, sub *can. 8*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, a cura di A. MARZOA, J. MIRAS e R. RODRÍGUEZ-OCANA, Pamplona 1996, vol. I, pp. 308-309.

particolare volesse promulgare la legge in modo diverso da quello generalmente previsto, dovrebbe dichiararlo espressamente (e ufficialmente), e dunque si potrebbe ipotizzare una promulgazione che non ottemperasse al disposto del can. 8 § 1, purché essa abbia gli elementi essenziali di ogni promulgazione (autenticità della pubblicazione del testo scritto e della volontà legislativa). Ad ogni modo, sebbene la discrezionalità lasciata al legislatore ecclesiastico (universale e particolare) possa essere vantaggiosa per evitare inutili rigidità e formalismi, essa comporta la necessità di uno sforzo ulteriore per promulgare in modo chiaro, soprattutto per lasciare palese l'autenticità della pubblicazione e della *intimatio*, senza confonderla con la mera divulgazione. Senza la promulgazione, senza, cioè, la pubblicazione autentica e vincolante, la legge non è tale<sup>50</sup>. Una promulgazione incerta equivale ad una legge incerta fin dall'inizio, il che non solo contrasta con il corretto svolgimento dell'arte legislativa e con l'efficacia della legge, ma soprattutto lede i diritti dei destinatari della legge di essere ben governati e di conoscere la loro propria situazione giuridica. L'esistenza dei nuovi mezzi di comunicazione potrebbe aprire nuove tecniche di promulgazione.

b) Il *nomen iuris* della norma.— La seconda codificazione del diritto della Chiesa ha realizzato un notevole sforzo per definire e classificare i diversi tipi di norme<sup>51</sup>. L'utilità di queste qualifiche “tecniche” è tutt'altro che meramente accademica, in quanto la tipizzazione delle diverse categorie permette di definire gli ambiti di competenza delle autorità e gli effetti giuridici delle norme stesse, il che ha una speciale rilevanza al momento di sottoporre al principio di legalità l'attività normativa delle autorità esecutive (anche se ciò sarà poco efficace finché continui a mancare un controllo giurisdizionale delle norme amministrative). Comunque, la prassi normativa ha continuato ad usare la lunga tradizione di cancelleria che distingue numerosi tipi di documenti a seconda della solennità, dell'importanza del contenuto, del modo di produzione<sup>52</sup>, ma non a seconda dei vigenti ranghi normativi; a volte, anzi, si impiegano alcuni nomi conati dal Codice in un senso diverso (“decreti” per le leggi particolari, “istruzioni” per documenti non normativi o per norme di un altro tipo). La qualificazione della norma fatta dall'autore stesso nell'*intitulatio* del documento comporterebbe un notevole progresso nell'uso delle tecniche normative che migliorano l'arte legislativa e rendono la legge «manifesta».

c) Identificazione dell'autore della norma.— Lo sforzo per distinguere le funzioni di governo e per classificare i tipi normativi sarà vano se non si può conoscere con certezza chi è l'autore dell'atto normativo e con quale potestà egli agisce. Come è facile intuire, il tema ha speciale importanza al momento di valutare le norme emanate dai Dicasteri della Curia Romana. In questo senso, se un Dicastero ricevesse una delega per legiferare, sarebbe molto opportuno che tale delega venisse regolarmente promulgata, anche per poter conoscere i termini del mandato. In genere, sembra opportuno che nel proemio della norma — come si è fatto, per esempio, nei Codici — si dia notizia delle diverse fasi della sua elaborazione, soprattutto di quelle aventi rilevanza giuridica. Allo stesso modo si potrebbe, per esempio, segnalare esplicitamente nei proemi delle norme che è stato osservato il requisito previsto dall'art. 156 della cost. ap. *Pastor Bonus*, riguardante la funzione del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi di consulenza dei Dicasteri

---

<sup>50</sup> I testi non promulgati, benché se ne diffonda il contenuto, non possono considerarsi norme giuridiche con efficacia generale, e sono giuridicamente inesistenti, poiché non possono creare nessun effetto giuridico (nessun obbligo di giustizia), non essendo il testo legale pubblicamente conoscibile dal destinatario. Tali testi potranno avere un'efficacia pratica, ben diversa però dall'efficacia giuridica; sulla loro scia si potrà *di fatto* seguire, per esempio, una determinata modalità di processo, ma tale processo non sarà stato eseguito in base a norme *giuridiche* generali prestabilite.

<sup>51</sup> Cfr., soprattutto, i cann. 29 a 34 e 94 e 95.

<sup>52</sup> Cfr. J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Los actos pontificios como fuente del Derecho Canónico*, in *Ius Canonicum*, 32 (1976), pp. 245-292; per uno studio di carattere descrittivo ed esemplificativo dei diversi tipi di documenti pontifici, cfr. F. MORRISEY, *Papal and Curial Pronouncements: Their Canonical Significance in Light of the 1983 Code of Canon Law*, Ottawa 1995 (2. ed. aggiornata da M. Thériault).

della Curia Romana affinché le loro norme siano conformi al diritto vigente e rivestano la corretta forma giuridica.

In quanto all'approvazione specifica, l'art. 126 § 4 del Regolamento della Curia Romana, che dispone che essa deve constare esplicitamente nella stessa norma approvata, suppone indubbiamente un passo in avanti, seppur contenuto in una norma di rango secondario. Naturalmente, l'approvazione specifica può essere efficace soltanto a partire dalla promulgazione dell'approvazione<sup>53</sup>. Nel caso in cui tutta la norma venisse approvata specificamente, ci si potrebbe chiedere se non sarebbe meglio che il Romano Pontefice assumesse direttamente ed espressamente la norma come propria.

A seconda dell'autore e del tipo normativo prescelto, si potrà collocare la nuova norma nel livello corrispondente all'interno della gerarchia normativa prestabilita. In seguito al Codice del 1983 e alla cost. ap. *Pastor Bonus*, è possibile scorgere una certa gerarchia normativa nel diritto canonico (il cui impianto è alquanto articolato, in quanto occorre tenere presente due serie di livelli: leggi e norme amministrative di attuazione, da una parte, e normativa universale e particolare, dall'altra). Ma la tecnica della gerarchia normativa si rende in pratica inefficace se non esiste la possibilità di controllare la legittimità delle norme di rango inferiore. Nel vigente sistema canonico, esiste un controllo di conformità della legislazione particolare con quella universale, ma manca ancora il controllo di legalità delle norme amministrative emanate dai Dicasteri della Curia Romana.

d) Scelta del valore normativo.— Non basta tendere verso un determinato bene pubblico, ma bisogna anche decidere con quanta forza cogente si vuole imporre un determinato ordine oppure se si vuole semplicemente esprimere un bene possibile e desiderabile. La scelta dell'efficacia normativa che si voglia attribuire alla norma determinerà anche l'autore competente.

Inoltre, nella Chiesa si presenta spesso la necessità o la convenienza di fornire degli orientamenti e degli insegnamenti. Fermo restando il valore pedagogico delle leggi prima evidenziato, toglie chiarezza e certezza al testo legislativo la mescolanza di disposizioni normative con considerazioni magisteriali o con meri orientamenti o esortazioni. Una buona tecnica, invece, è quella di esprimere in un proemio la *ratio* della legge; è lì dove si possono riportare i fini e gli auspici, i quali hanno peraltro un valore interpretativo della legge stessa. Senz'altro andrebbe evitato l'uso degli stessi nomi per documenti con contenuto normativo e per altri contenenti orientamenti pastorali o insegnamenti. I destinatari dei documenti hanno diritto di sapere se si trovano dinanzi ad insegnamenti, ad esortazioni o orientamenti per raggiungere un ideale, oppure davanti a disposizioni vincolanti sotto il profilo giuridico.

e) L'efficacia normativa nel tempo.— Il legislatore non si può limitare a formulare la norma astratta, ma deve tenere conto anche del momento storico in cui essa entra in vigore. Il can. 8 prevede un periodo di *vacatio legis*, ma lascia al legislatore la valutazione dell'opportunità di modificarlo o addirittura di sopprimerlo. Si è soliti affermare in linea teorica la non necessità della *vacatio* (e talvolta addirittura la sua inopportunità), nei casi di norme meramente dichiarative (per esempio di un contenuto del diritto divino) o di una norma che si limitasse a raccogliere una consuetudine, ma è assai difficile in pratica che una norma non contenga nessuna novità, sicché

---

<sup>53</sup> Alcune approvazioni specifiche, legittimanti l'attività normativa dei Dicasteri, sono state pubblicate posteriormente alla promulgazione delle relative norme. Cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Professio fidei et iusiurandum fidelitatis in suscipiendo officio nomine Ecclesiae exercendo*, s.d., in AAS, 81 (1989), pp. 104-106, con cui, oltre a stabilire la formula della *professio fidei* e del giuramento di fedeltà, si estendeva l'obbligo del giuramento di fedeltà, previsto dal Codice solo per i vescovi, alle categorie nominate al can. 833, nn. 5-8, il che ricevette l'approvazione specifica del Papa, ma pubblicata posteriormente (cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Rescriptum ex Audientia Sanctissimi*, 19 settembre 1989, in AAS, 81 [1989], p. 1169). Cfr. anche ROTA ROMANA, *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 18 aprile 1994, in AAS, 86 (1994), pp. 508-540, approvate «in forma specifica» dal Papa (cfr. SEGRETERIA DI STATO, *Rescriptum ex Audientia Sanctissimi*, 23 febbraio 1995, in AAS, 87 (1995), p. 366).

l'eliminazione di qualsiasi *vacatio* pone problemi non indifferenti al momento di applicare con giustizia una norma. In ogni caso, la riduzione della *vacatio* non può essere arbitraria, ma, essendo una disposizione legislativa, deve anch'essa essere sempre razionale, rispettosa dei diritti dei destinatari della legge.

Nell'emanare una legge si dovrà anche prevedere l'eventuale abrogazione della legislazione anteriore. Il Codice ha regolato la materia della successione di leggi nei cann. 20 e 21, ma sussiste in pratica il problema interpretativo delle clausole tradizionali di abrogazione («*contrariis quibuscumque minime obstantibus*» ed altre simili), poiché rimane il dubbio se esse indichino espressamente o no l'abrogazione della legislazione particolare (o, a maggior ragione, di quella speciale o di quella di carattere costituzionale degli enti); come ha rilevato la dottrina, andrebbe rivisto l'utilizzo di queste clausole in ordine allo stabilire con chiarezza l'abrogazione o no della normativa particolare o speciale<sup>54</sup>.

Infine, non si può trascurare la previsione di eventuali disposizioni transitorie. Una legge può essere giusta, ragionevole, in astratto, e porre delicati problemi di giustizia al momento della sua applicazione a situazioni createsi nel passato e durevoli nel presente e nel futuro. Senz'altro, anche la discrezionalità del legislatore prevista al can. 9 riguardo la possibile retroattività delle leggi è da esercitare in modo razionale e giusto.

*Eduardo Baura*

---

<sup>54</sup> Cfr. J. OTADUY, *La relación entre el derecho universal y el particular (a propósito de la Const. Ap. Pastor Bonus)*, in *Ius Canonicum*, 60 (1990), pp. 485-489, pubblicato anche in IDEM, *Fuentes, interpretación, personas*, Pamplona 2002, pp. 115-121.