

EDUARDO BAURA

LO SPIRITO CODIFICATORE
E LA CODIFICAZIONE LATINA



giuffrè editore - 2017

Isbn 9788814221606

Estratto al volume:

**LA CODIFICAZIONE
E IL DIRITTO NELLA CHIESA**

a cura di
Eduardo Baura, Nicolás Álvarez de las Asturias
e Thierry Sol

EDUARDO BAURA

LO SPIRITO CODIFICATORE E LA CODIFICAZIONE LATINA

SOMMARIO: 1. Il fenomeno codificatore moderno e la codificazione canonica. — 2. Le norme generali del Codice piano-benedettino. — 2.1. Il sistema codiciale delle fonti. — 2.2. (*segue*) Il problema delle lacune di legge e le fonti suppletive. — 2.3. Le norme sull'interpretazione ed applicazione delle leggi. — 2.4. L'efficacia irritante ed inabilitante delle leggi. — 3. Le norme generali del Codice vigente. — 4. Considerazioni conclusive.

1. IL FENOMENO CODIFICATORE MODERNO E LA CODIFICAZIONE CANONICA

Le caratteristiche che contraddistinguono la codificazione moderna rispetto alle compilazioni legali elaborate in tempi precedenti (anche di quelle che portavano il nome di *codex*) derivano in gran parte dal contesto culturale del momento storico in cui essa si è forgiata, e cioè sostanzialmente dall'illuminismo. Questo movimento intellettuale è contrassegnato tra l'altro dall'esaltazione del potere della ragione. In virtù di questa fiducia nell'intelletto umano si è potuta prospettare l'idea di realizzare un corpo legale capace di risolvere a priori qualunque problema giuridico si potesse presentare in ogni settore della vita sociale, con la pretesa, se non dell'immutabilità assoluta della normativa razionalmente prescelta, quanto meno di una sua forte stabilità. È nato

così ciò che è stato denominato il “mito della codificazione” (1).

Volendo privilegiare la razionalità del sistema, la formulazione legale sarà caratterizzata oltre che dalla generalità e l’astrattezza, dalla concisione del testo, il quale si presenta senza nessuna spiegazione né motivazione, poiché ciò che conterebbe sarebbe anzitutto la logica interna del codice (2). Si è potuto affermare perciò che, accanto al razionalismo, la redazione legale priva di motivazione denoti al contempo una buona dose di volontarismo, in quanto il fondamento per cui deve essere seguita la norma codiciale non può essere altro che il fatto che il codice promani da chi possiede il potere legislativo. Un potere al quale viene riconosciuto perfino la capacità di imporre un codice a tutto l’ambito della società, abrogando le norme di ambito particolare nonché la legislazione precedente (3).

L’instaurazione di un sistema razionale facente perno sul razionalismo porta con sé la pretesa della completezza della normativa relativamente all’ambito regolato. Un sistema completo voluto in un contesto illuminista è un sistema chiuso e autoreferenziale, al punto che evita che la sua interpretazione ed applicazione possano essere

(1) Cfr., per esempio, V. PIANO MORTARI, s.v. *Codice (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 7, Milano 1960, pp. 228-236, specie p. 232. Sull’“illuminismo giuridico” cfr. P. GROSSI, *Valori e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in A. CATTANEO (cur.) *L’eredità giuridica di san Pio X*, Venezia 2006, pp. 146-148.

(2) Si è parlato in questo senso di “geometria legale”. Cfr. sul punto le interessanti riflessioni di F. GENTILE, *Le tre stanze della filosofia del diritto*, in « *Ius Ecclesiae* », 20 (2008), pp. 513-536.

(3) Cfr. G. TARELLO, s. v. *Codice. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. VII (Roma 1988), il quale vede il volontarismo insito nel fenomeno codificatore come risultato del pensiero di Hobbes diffuso nell’ambito giuridico da Pufendorf.

fatte da criteri alieni al proprio sistema. È appena il caso di avvertire come l'idea di codificazione muova da una concezione normativista del diritto secondo cui la giuridicità dipenderebbe totalmente dalla norma stabilita.

Al di là dei presupposti ideologici della codificazione moderna, sono evidenti i vantaggi che un codice così concepito presenta in ordine alla chiarezza e semplicità normativa, benefici che portarono il legislatore ecclesiastico ad adottare la moderna tecnica codiciale. È stato oggetto di ricerche storiche approfondite il modo con cui si è fatta avanti l'idea di sistematizzazione della normativa canonica attraverso un vero codice ⁽⁴⁾. Come è noto, per portare a termine il progetto di semplificazione della legislazione ecclesiastica vigente agli inizi del secolo scorso, pur avendo come punto di riferimento i codici contemporanei, non si sposò fin dall'inizio come unica alternativa quella di elaborare un codice ⁽⁵⁾. Il dibattito dottrinale attorno alla possibilità e convenienza di applicare alla Chiesa la tecnica della codificazione è tuttora di grande interesse per valutare la portata storica della codificazione canonica ⁽⁶⁾. È peraltro molto significativo

⁽⁴⁾ Possono rinvenirsi dei riferimenti bibliografici in P.A. BONNET, *De momento codificationis pro iure Ecclesiae*, in « Periodica », 70 (1981), p. 303, nota 2; J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. 1: *Cenni storici sulla codificazione "De iudiciis in genere". Il processo contenzioso ordinario e sommario. Il processo di nullità del matrimonio*, Milano 1999, pp. 13 e 14. Lo studio più completo e recente è quello di C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. 2, *Il Codex iuris canonici (1917)*, Milano 2008, specie pp. 525-804.

⁽⁵⁾ L'idea di unificare, semplificare e chiarire la normativa canonica fu presente già nel Vaticano I. Cfr. al riguardo G. FELICIANI, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *La norma canonica. Actas del III Congreso internacional de Derecho Canónico, Pamplona 10-15 de octubre de 1976*, vol. I, Pamplona 1979, pp. 505-525.

⁽⁶⁾ Cfr. sul tema, oltre ai lavori citati nelle note precedenti, R. ASTORRI, *L'Introduzione del Falco nel dibattito sulla codificazione*, in M. FALCO,

il fatto che il Motu proprio *Arduum sane munus* di san Pio X, con il quale si diede avvio ai lavori preparatori del *Codex* lasciasse ancora la porta aperta a tecniche legislative diverse da quella della codificazione in senso stretto (7), mentre nella lettera del Gasparri alle università cattoliche, del 6 aprile 1904, si precisasse che la codificazione dovesse avvenire « ad formam recentiorum codicum » (8), come significativo è pure il fatto che anche dopo questa lettera la polemica dottrinale continuasse (9).

Sta di fatto che si è avuto come risultato quello di una norma, che, almeno nella sua veste redazionale, si presenta come un codice al modo dei codici operanti nell'ambito civile. Si è molto discussa, però, oltre che la qualità dell'opera compiuta, la natura codificatrice del Codice piano benedettino (10). Per quanto riguarda la

Introduzione allo studio "Codex Iuris Canonici", ed. a cura di G. Feliciani, Bologna 1992, pp. 51-63 e, più profusamente, IDEM, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Padova 1992, pp. 9-44; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 1999, pp. 256-262; A. MOTILLA, *La idea de codificación en el proceso del Codex de 1917*, in « *Ius Canonicum* », 28 (1988), pp. 681-720.

(7) Cfr. Pio X, m. pr. *Arduum sane munus*, in ASS, 36 (1903-1904), pp. 549-551. In maniera piuttosto generica san Pio X riferiva la necessità « ... ut universae Ecclesiae leges, adhaec usque tempora editae, lucido ordine digestae, in unum colligerentur, amotis inde quae abrogatae essent aut obsoletae, aliis, ubi opus fuerit, ad nostrorum temporum conditionem propius aptatis; quod idem plures in Vaticano Concilio Antistites postularunt » (p. 550). Per i primi documenti della codificazione del 1917 e il relativo commento, cfr. J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il libro "de processibus"...*, cit., pp. 25-37.

(8) Cfr. M. FALCO, *Introduzione allo studio "Codex Iuris Canonici"*, cit., pp. 105-106. Si è anche molto discusso sull'effettivo ruolo di Gasparri nel processo di elaborazione del Codice piano-benedettino. Sul tema vid. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. 2, cit., pp. 906-917.

(9) Cfr., per esempio, A. MOTILLA, *La idea de codificación...*, cit., pp. 714-719.

(10) Per esempio, per Falco, il Codice piano-benedettino corrisponde « a sufficienza ai requisiti di brevità e di chiarezza, ma assai imperfettamente a quelli di uniformità terminologica, generalità di concetti, rigore deduttivo,

caratteristica dei codici moderni di rottura con il passato, si è osservato come il can. 6 non avesse la volontà abrogativa tipica dei codici civili e come ammettesse, sebbene in maniera piuttosto timida, la fonte consuetudinaria; si è studiato perfino in maniera analitica quanti fossero i canoni del Codice del 1917 che raccoglievano la tradizione canonica e quanti invece quelli che contenevano norme innovative ⁽¹¹⁾.

Rispetto alla pretesa di esaustività, si è evidenziato il fatto che, pur trattando di tante materie che nell'ambito civile sarebbero state oggetto di più codici (civile, penale, di procedura civile e di procedura penale), il Codice canonico fosse ben lontano dall'ideale del *pannomion*, come dimostra lo spazio lasciato alle norme extracodiciali, per esempio, in materia liturgica. In ogni caso, che nella mente del legislatore ci fosse l'idea racchiusa nella celebre frase *quod non est in Codice non est in mundo* lo dimostra il motuproprio *Cum iuris canonici*, del 15 settembre 1917, con cui Benedetto XV, nel costituire la Commissione per l'interpretazione del Codice, dichiarava che le Congregazioni non avrebbero dovuto più emanare decreti generali, ma tutt'al più istruzioni che illuminassero il Codice ⁽¹²⁾.

La promulgazione del Codice del 1917 ha quindi assunto la modalità legislativa consistente nella statuizione di regole astratte senza renderne nessuna ragione ⁽¹³⁾,

precisione sistematica » (M. FALCO, *Introduzione allo studio "Codex Iuris Canonici"*, cit., p. 392).

⁽¹¹⁾ Su questa tematica può vedersi, fra tanti, C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. 2, cit, principalmente pp. 1086-1160, e la bibliografia ivi citata.

⁽¹²⁾ Cfr. BENEDETTO XV, m. pr. *Cum iuris canonici*, del 15 settembre 1917, in AAS, 9 (1917/1), pp. 483-484.

⁽¹³⁾ La scelta di elaborare in questa guisa le formule astratte aprioristiche, e la difesa che di essa faceva il Lega, è evidenziata da G. FELICIANI,

con il proposito di creare una disciplina nuova, se non esauriente e scollegata con il passato ⁽¹⁴⁾, quanto meno capace di racchiudere in formule concise, razionalmente articolate, i principi giuridici, pensando che la loro attuazione sarebbe stata secondaria o sarebbe seguita da sé ⁽¹⁵⁾. Certamente l'accettazione del valore normativo di un siffatto tipo di regole presuppone in qualche modo partire da ciò che si può chiamare lo "spirito codificatore", e cioè dall'idea della norma basata principalmente sul potere di decisione dell'autorità e da una idealizzazione della ragione umana ⁽¹⁶⁾. Se, poi, da questa norma si facesse dipendere la concreta efficacia giuridica degli atti posti dalle autorità e dai fedeli, si avrebbe una concezione nettamente normativista del diritto.

Tralasciando le valutazioni sulla portata storica del cambiamento operato dalla codificazione e le discussioni su quanto essa abbia modificato il contenuto della legislazione ecclesiastica, intendo qui appurare in quale misura quello spirito codificatore, determinante per la concezione del diritto e la prassi giuridica, sia rintracciabile nella stesura dei due Codici latini, in particolare nei punti nevralgici dove tale spirito può emergere, e cioè nelle norme generali stabilite da entrambi i Codici. Mi soffer-

Mario Falco e la codificazione del diritto canonico, in M. FALCO, *Introduzione allo studio "Codex Iuris Canonici"*, cit., p. 23.

⁽¹⁴⁾ È significativa la pubblicazione delle fonti adoperate nell'elaborazione del Codice piano-benedettino, simultanea alla promulgazione dello stesso Codice (cfr. P. GASPARRI, *Codex Iuris Canonici praefatione, fontium annotatione et indice analytico-alphabetico auctus*, ed. Typis Polyglottis Vaticanis, 1917; a partire dal vol. 7: P. GASPARRI-I. SERÉDI, *Codicis Iuris Canonici Fontes*, 9 voll., Typis Polyglottis Vaticanis, Romae 1926-1939).

⁽¹⁵⁾ Cfr. G. LO CASTRO, *Il riformismo nell'epoca della codificazione canonica*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, giugno 2010, p. 8.

⁽¹⁶⁾ Invece, per P. GHERRI (*Canonistica, codificazione e metodo*, Città del Vaticano 2007, pp. 64-69) il Codice canonico non sarebbe da rapportarsi al modello civilista napoleonico, ma a quello originario romanistico.

merò anzitutto sull'analisi delle disposizioni del Codice del 1917 e in un secondo momento segnalerò le novità che, a mio avviso, il Codice vigente presenta in questa materia.

2. LE NORME GENERALI DEL CODICE PIANO-BENEDETTINO

A parte le considerazioni che possano meritare le scelte riguardanti la sistematica del primo Codice, in questa sede va sottolineata l'importanza che ha avuto la decisione di premettere un primo libro sulle norme generali, in quanto essa ha comportato la definizione di non pochi istituti giuridici, la determinazione di alcuni principi generali e soprattutto la costituzione di un sistema di fonti normative. Infatti, pur essendo di per sé il Codice una legge di rango ordinario — nel senso che sotto il profilo formale non si colloca nella cuspide delle norme al modo delle leggi costituzionali civili cosiddette “rigide” —, esso contiene pur sempre delle norme sulle norme. Così facendo, il Codice promulgato nel 1917 ha creato un “sistema” normativo per la prima volta nella storia della Chiesa.

Quanto sia questo sistema chiuso o autoreferenziale, se ne è discusso in dottrina. Certamente non avrebbe senso qualificare il Codice piano-benedettino come positivista. Una legge sarebbe positivista solo se pretendesse di imporre una disposizione contraria al diritto divino o, più in generale, opposta alla ragione, vale a dire contraria alla realtà che pretende regolare. Al di là di questo problema (che in realtà non si pone nel tema qui studiato), di per sé le leggi non sono positivistiche o giusnaturalistiche ma sono norme positive, che possono essere interpretate ed applicate secondo una prospettiva attenta al rispetto del diritto naturale oppure a partire da una concezione positivistica del diritto. D'altronde, pur non

essendoci una definizione esplicita della legge quale *ordinatio rationis* ⁽¹⁷⁾, numerosi sono nel Codice i richiami espliciti al diritto divino, nonché a quelle categorie che vengono solitamente denominate come “extragiuridiche” o “metagiuridiche”, quali sono la *salus animarum*, la *ratio peccati*, lo *scandalum* e tanti altri concetti di questo tipo, il che ha fatto pensare che i Codici canonici, contrariamente a quelli civili, non rappresenterebbero un sistema chiuso e autoreferenziale.

Tutto ciò nonostante, sembrerebbe che il sistema delle fonti elaborato dalla prima codificazione canonica si sia presentato assai pretenzioso, nel senso che da una prima lettura pare ravvisabile l’ingenuità di pensare di poter normare tutto a priori (ambizione tipica della codificazione moderna), al tempo che si ravvisa una certa sfiducia nei confronti dell’interprete, che si pretende di legare con la sicurezza che offrirebbe soltanto la legge scritta. Occorre quindi verificare la fondatezza di questa impressione mediante l’analisi del sistema normativo codiciale e delle stesse norme che sulle norme ha stabilito il Codice.

2.1. *Il sistema codiciale delle fonti*

Il Codice del 1917 tratta delle leggi, della consuetudine e dei provvedimenti singolari (rescritti, privilegi e dispense), ma, contrariamente al Codice vigente, non pretende di istituire una gerarchia normativa né di definire un sistema articolato di fonti. Riguardo alla collocazione del Codice stesso nell’assetto normativo, i primi

⁽¹⁷⁾ C’è chi propose l’introduzione di una definizione di questo tipo, anche nella seconda codificazione canonica, ma alla fine il richiamo alla *rationabilitas* è rimasto per la sola norma consuetudinaria. Sul tema vid. C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Torino 2015, pp. 120-143.

canoni stabilivano delle regole cercando l'equilibrio tra l'imposizione effettiva del Codice e il rispetto delle convenzioni internazionali e di altre norme, nonché di certi diritti acquisiti. Tranne che per la liturgia, la quale rimaneva in linea di principio fuori dall'ambito codiciale, si può affermare che il Codice diventava la legge di riferimento per la quasi totalità del resto della vita ecclesiale.

Per valutare la portata di questo ultimo asserto va considerata la posizione della consuetudine nell'assetto configurato dal primo Codice. Si tratta di uno dei temi più delicati che ha dovuto affrontare la codificazione. Se, da una parte, la tradizione canonica vuole che si abbia in grande rispetto la norma consuetudinaria ⁽¹⁸⁾, questa, dall'altra, può essere percepita come problematica nei confronti del vigore della legge e, più concretamente, dell'instaurazione effettiva del Codice ⁽¹⁹⁾. Il risultato è stato quello di ammettere la consuetudine, in ossequio ai testi tradizionali che la sostengono, ma nei ristretti mar-

⁽¹⁸⁾ Cfr. la famosa decretale *Quum tanto* (X 1.4.11), che raccoglieva una costituzione imperiale di Costantino (*Cod.* 8.52. 2), ma aggiungeva la possibilità che la consuetudine *contra legem* potesse avere vigore se razionale e legittimamente prescritta. Anche in un passo della Glossa ordinaria al Decreto, firmato da BARTOLOMEO DA BRESCIA (probabilmente posteriore al 1245), si ammetteva la consuetudine contraria alla legge, purché « sit praescripta » (D. 8 c.7, gl. v. *consuetudinem*). Per un commento alla decretale *Quum tanto*, vid., per esempio, G. COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Padova 1993, pp. 32-34.

⁽¹⁹⁾ All'epoca della codificazione la dottrina era piuttosto riluttante ad ammettere la fonte consuetudinaria (cfr. F.J. URRUTIA, *Reflexiones jurídicas acerca de la costumbre jurídica en la Iglesia*, in *Investigaciones Theologico-Canonicas*, Roma 1978, pp. 451-452). Alcuni consultori (Wernz, Palmieri), infatti, proposero la quasi abolizione del diritto consuetudinario; circa l'elaborazione dei canoni relativi alla consuetudine nel Codice piano-benedettino, cfr. M. SANZ GONZÁLEZ, *La costumbre en la etapa preparatoria del CIC de 1917*, in « *Studia Gratiana* », XXIX, pp. 761-777 e Id., *La costumbre en la elaboración del Código de derecho canónico de 1917*, in M. TEDESCHI (cur.), *La consuetudine tra diritto vivente e diritto positivo*, Messina 1998, pp. 107-138.

gini stabiliti dal Codice (20). Per quanto non esista la volontà rivoluzionaria di stabilire un regime nuovo che rompa con il passato e, pertanto, si ammetta la norma consuetudinaria, bisogna osservare che il solo fatto di regolamentare con una legge universale con tendenza all'esaustività quasi tutti i settori della vita ecclesiale lascia in pratica poco spazio alla consuetudine.

Al di là della considerazione di tipo quantitativo, più o meno divisibile, ciò che va osservato è il risultato conseguenziale della regolamentazione per legge dei requisiti e dell'efficacia della consuetudine, che non è altro che quello di "legalizzare" la fonte consuetudinaria. In più, il Codice piano-benedettino ha voluto dichiarare espressamente, nel can. 25 con il quale apre il Titolo dedicato alla consuetudine, in maniera laconica e chiara che « *consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis Superioris ecclesiastici unice obtinet* » (21). Certamente è indiscutibile che nella Chiesa la potestà di governo spetti alla Gerarchia, ma tutta un'altra questione è la riluttanza ad ammettere il fenomeno consuetudinario come modo naturale di organizzare giustamente la vita sociale perché si preferisce la sicurezza delle leggi ema-

(20) Che il Codice recepisce la consuetudine ma con maggiore ristrettezza che nel passato lo aveva fatto notare A. VAN HOVE, *Sources et règles d'interprétation en droit canonique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, vol. I, Paris 1935, p. 81. Sul tema, cfr. anche P.A. BONNET, *La codificazione canonica nel sistema delle fonti tra continuità e discontinuità*, in *Perché un Codice nella Chiesa*, Bologna 1984, pp. 82-84 e G. FELICIANI, *Mario Falco e la codificazione del diritto canonico*, cit., pp. 18-19 e 25-26.

(21) Questo canone era già presente fin dallo Schema del 1912, e la sua formulazione è rimasta invariata sino alla promulgazione del Codice. Il tenore del can. 25 del Codice del 1917 riecheggia la seguente contundente affermazione del Dottore Esimio: « *primum omnium statuendum est consensus Principis in consuetudine introducenda necessarium esse* » (F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus* [Coimbricæ 1612=Madrid 1968], L. VII, cap. 13.1).

nate a priori dal legislatore. Insomma, la codificazione piano-benedettina non solo lascia poco spazio alla consuetudine, ma soprattutto stabilisce il principio della primazia della legge sulla consuetudine, la cui efficacia giuridica dipenderebbe dalla sola volontà del legislatore (22).

2.2. (segue) *Il problema delle lacune di legge e le fonti suppletive*

In ogni caso, la cartina tornasole che permette di accertare quanto sia presente lo spirito codificatore — in particolare l'ideale di creare un corpo legale capace di racchiudere l'intera realtà in un unico sistema normativo — è l'analisi sul modo di affrontare il problema delle lacune legali. Per una concezione normativista del diritto l'ipotesi di trovarsi con un problema non previsto da una norma porta ad un'aporia, poiché la soluzione giuridica non può che venire dalla norma, e questa risulta inesistente. Nonostante una lunga tradizione — che va da Aristotele (23) a san Tommaso (24), passando per il diritto romano (25) — che afferma l'impossibilità da parte del

(22) Sul tema mi rimetto a quanto ho scritto in *La consuetudine*, in *Fondazione del diritto. Tipologia e interpretazione della norma canonica*, Quaderni della Mendola, 9, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano 2001, pp. 81-104. Cfr. anche G. FELICIANI, *La consuetudine nella codificazione del 1917*, in « *Ius Ecclesiae* », 19 (2007), pp. 333-346.

(23) Cfr. *Etica Nicomachea*, 5, 10, dove si fa notare che la legge si muove sul piano dell'astrazione e quindi non prevede le circostanze che accompagnano la realtà.

(24) Cfr. S. Th. I-II, q. 96, a. 6. ad 3, dove si spiega che la sapienza di nessun uomo è capace di prevedere tutti i singoli casi e, anche se lo fosse, non converrebbe che la legge si occupasse di essi, poiché « *legem ferre deberet secundum ea quae in pluribus accidunt* ».

(25) « *Neque leges neque senatusconsulta ita scribi possunt ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur; sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri* » (*Dig.* 1.3.10). Cfr. anche *Dig.* 1.3.3, 4, 5, 6 e 10.

legislatore umano di prevedere ogni singola fattispecie che possa presentarsi nella realtà, l'*horror vacui* patito dal positivismo giuridico ha portato alcuni autori a delimitare il concetto di lacuna legale e poi a negare la possibilità stessa di avere delle lacune legislative.

Per quanto riguarda il concetto di lacuna legale, si distinguono tre tipi diversi di questo fenomeno. Una prima categoria sarebbe quella costituita dalle cosiddette “lacune ideologiche”, in cui la legge esistente risulta inapplicabile al caso concreto per assoluta inadeguatezza; tale categoria concettuale, sia detto per inciso, è stata presa in considerazione da alcuni canonisti per far appello però all’operatività dell’*epicheia* ⁽²⁶⁾. Un secondo tipo di lacuna sarebbe la lacuna di “diritto sostantivo”, quando cioè su una determinata materia manca una norma positiva che preveda la soluzione giuridica. Infine, ci sarebbero le lacune “tecniche” — o con terminologia usata da qualche autore, lacune di “diritto aggettivo” —, quelle cioè che sono causate dalla norma stessa attraverso la loro indeterminatezza: si detta una regola ma non si dice come la si debba eseguire in quanto alla procedura, al tempo, ecc.

Su questa base concettuale, si è giunti a negare l’esistenza delle lacune di legge per due vie. Da un lato, si afferma la pienezza dell’ordinamento giuridico, grazie alla forza espansiva logica della norma che porta alla sua applicazione estensiva analogica mediante l’*argumentum a simili*, e, dall’altro, mediante l’affermazione di una norma tacita complementare di chiusura dell’ordinamento giuridico consistente nell’affermare che ciò che non è

⁽²⁶⁾ Cfr., per esempio, M. CABREROS DE ANTA, *Derecho Canónico Fundamental*, Madrid 1960, p. 286.

né obbligatorio né vietato, è semplicemente lecito (27). Stando così le cose, per chi muove da una concezione normativista del diritto il tema delle lacune legali diventa un problema di ordine logico formale di rapporto fra norme (28). D'altronde, la negazione dell'esistenza di lacune legali, soprattutto in forza della denominata "norma di chiusura", non è che la logica conseguenza dell'impostazione positivista: se il diritto si identifica con la norma, e non esiste una norma su una determinata materia, non c'è diritto né lacuna di diritto, ma semplicemente la materia non sarebbe giuridica, tutt'al più, come sosteneva Kelsen, si tratterebbe di un problema politico perché la soluzione — la permesso di certe condotte o di certe decisioni per via dell'indeterminazione legale — non sarebbe socialmente gradita (29).

Sia per la necessità di garantire la completezza dell'ordinamento giuridico, sia per impedire che il giudice,

(27) Secondo M. CORSALE (*Lacune dell'ordinamento*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Varese 1973, p. 260), il primo a parlare della c.d. "norma di chiusura" è stato E. ZITELMANN (*Lücken im Recht*, Leipzig 1903).

(28) Per esempio, Donato DONATI (*Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano 1910) individuava tre categorie di norme: in primo luogo, le norme particolari che regolano specifiche fattispecie; in secondo luogo, le eventuali norme supplementari, quali possono essere le norme di rinvio ricettizio; infine, la norma generale di chiusura. Sulla base di questa descrizione, poneva il problema dell'art. 12 comma 2 del Codice civile italiano riferito all'estensione analogica delle legge, facendo notare che sarebbe contro la logica della norma di chiusura (l'art. citato conterrebbe una norma generale inclusiva). Ciò consente dire a Bobbio che le lacune sarebbero riducibili ad antinomie del meta-linguaggio normativo, e in particolare all'antinomia tra norma generale inclusiva (*argumentum a simili*) e norma generale esclusiva (*argumentum a contrario*) (cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, pp. 23-273, specie p. 256).

(29) Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit*, Wien 1960, pp. 254-258. Per un'esposizione critica del pensiero del professore viennese su questo punto, cfr. C. J. ERRÁZURIZ M., *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen: visión crítica*, Pamplona 1987, pp. 277-280.

stante il principio di legalità, eluda la sua responsabilità giudicante appellandosi alla mancanza di norma applicabile, i codici sono soliti prevedere un sistema di fonti suppletive capace di riempire qualunque vuoto legale si possa presentare. Non è stato un'eccezione il primo Codice di diritto canonico, che nel suo can. 20, pur non avendo nessun precedente storico⁽³⁰⁾, ha voluto stabilire il sistema di fonti suppletive nel caso di lacuna legale, senza collegare la questione a quella dell'obbligo del giudice di espletare la sua funzione, di cui ai cann. 1608 e 1625, § 1⁽³¹⁾. È significativo il fatto che l'idea di includere un canone dedicato alle fonti suppletive sia stata presente sin dall'inizio dei lavori della codificazione (essendo il punto di discussione se il diritto civile dovesse essere considerato suppletivo o meno)⁽³²⁾. Così facendo,

⁽³⁰⁾ È significativo il fatto che nell'edizione del Codice annotata da Gasparri con le *fontes* questo canone non abbia appunto nessuna annotazione. Sulla "novità" del can. 20 del Codice piano-benedettino, cfr. A. RAVÀ, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico della legislazione canonica*, Milano 1954, pp. 97-103.

⁽³¹⁾ Scelta che è stata lodata (cfr. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Dottrina, giurisprudenza e prassi nella costruzione del sistema canonico*, in J. I. ARRIETA - G. P. MILANO (cur.), *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, Città del Vaticano 1999, pp. 393-394). Questo autore ritiene che le lacune legali saranno esclusivamente lacune tecniche, poiché in materia di diritto sostantivo, o c'è la permissione oppure si risolve mediante l'estensione analogica (cfr. *ibidem*, pp. 398-399). Da parte mia, a parte il fatto che penso che l'estensione analogica non sia altro che un mezzo per supplire la mancanza di una disposizione normativa espressa, cioè per riempire una lacuna legale, non vedo perché non possano esserci lacune sostanziali (il che non impedisce che la maggioranza delle lacune siano effettivamente di tipo tecnico).

⁽³²⁾ Nel Fondo del *Codex Iuris Canonici* dell'Archivio Segreto Vaticano, nella scatola n. 12, si trova del materiale che conferma come fin dall'inizio fosse presente il tema delle fonti suppletive. Vi si trova, infatti, il voto di Lombardi in cui si proponeva un canone con due paragrafi. Il primo di essi diceva: « Si contingerit, ut quoad rem aliquam expressa canonica dispositio deficit, exigenda erit iuxta regulas pro casibus analogis constitutas; iisque deficientibus ad generalia iuris canonici principia ». Il paragrafo secondo era dedicato al riferimento al diritto civile quale fonte suppletiva,

le fonti suppletive indicate dal can. 20 avrebbero valore

basandosi su una decretale di Lucio III (X 5.32.1) (del resto anche una decretale di Onorio III, raccolta in X 1.36.11, citava il diritto civile per risolvere una questione fra vescovi latini e greci), tuttavia lo stesso Lombardi riconosceva che tale riferimento costituiva una materia assai delicata, e ipotizzava la possibilità di espungere questo secondo paragrafo, fra l'altro perché con il ricorso ai casi simili e ai principi generali era pressoché impossibile che, dopo il Codice, ci fosse un caso a cui non poter dare una soluzione canonica.

Nella consulta parziale del 27 novembre 1904 fu presentato per lo studio un testo, proveniente quasi sicuramente dal voto citato, così formulato: « Si lex aut jurisprudentia canonica non suppetit, norma sumenda est a similibus casis, a generalibus juris principiis, ad praxis dioecesium finitimarum, maxime Ecclesiae Romanae, et demum dum agitur de rebus temporalibus, ad honesta dispositione juris civilis ». Nella discussione si pensò però piuttosto all'interpretazione e risoluzione dei casi difficili, anziché alle lacune legali.

Nella consulta parziale del 4 dicembre 1904 Wernz propose il seguente testo: « Ubi lex non suppetit, norma desumenda est a consuetudinibus atque stylo Ecclesiae et Curiae Romanae, a generalibus iuris regularis, ad praxi legitima Dioecesium finitimarum, vel demum, dum agitur de rebus temporalibus, ab honesta dispositione iuris civilis ». In questa consulta si giunge al seguente testo: « Si lex canonica non suppetit, norma sumenda est a consuetudine et stylo Ecclesiae et Curiae Romanae, a regulis pro casibus analogis constitutis, a generalibus iuris principiis (a praxi legitima dioecesium finitimarum) vel demum, dum agitur de rebus temporalibus, ab honesta dispositione iuris civilis ». È interessante far notare che nella consulta parziale del 18 dicembre 1904 proprio il Lombardi richiamava il Codice civile italiano quale modello per redigere il canone in questione.

Il testo preparato per la consulta plenaria del 25 marzo 1905 fu il seguente: « Si in legibus ecclesiasticis sive generalibus sive particularibus (scriptis vel non scriptis) super determinata re ius non inveniatur expressum, norma sumenda est a stylo et praxi Curiae Romanae vel a legibus pro casibus analogis datis vel a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis, vel a communi constantique sententia doctorum, vel demum, ubi agitur de rebus temporalibus, ab honesta dispositione iuris civilis ». In nota si precisava che l'ultimo inciso (relativo al rinvio al diritto civile) era provvisorio. È da notare come in questa redazione si citi lo stile e la prassi della sola Curia Romana, trascurando quindi il riferimento alle diocesi. Comunque, in questa consulta alcuni espressero la loro preoccupazione per l'indeterminatezza del concetto di "prassi e stile della Curia".

Infine, il can. 10 preparato nel 1905 è già molto simile al can. 20 definitivamente promulgato: « Si super determinata re desit expressa dispo-

normativo non tanto per il loro valore in sé, ma perché avrebbero ricevuto dal Codice la forza normativa (suppletiva). Sarebbe, quindi, sempre il Codice ad essere l'ultima istanza legittimante.

Il menzionato can. 20 disponeva che « si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis, norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique sententia doctorum ». I commentatori del Codice discussero circa la portata dell'espressione « si certa de re », poiché per alcuni significava che esisterebbe una lacuna legale qualora mancasse una espressa disposizione applicabile al caso individualmente considerato, mentre la maggioranza della dottrina considerava invece che la formula « si certa de re » significasse *si certa de materia*, non *si in certo casu particulari* ⁽³³⁾.

Per quanto riguarda il valore normativo delle fonti suppletive di cui al can. 20, la dottrina interpretò unanimemente che l'elencazione non presupponesse nessun ordine di preferenza, ma che si dovesse ricorrere a tutte le fonti e, dopo una valutazione di insieme, offrire la soluzione giusta. La canonistica si è anche mostrata unanime nell'affermare che l'elenco delle fonti suppletive fosse tassativo; con ciò si è voluto in realtà escludere il

sito legis sive generalis sive particularis, norma sumenda est a legibus pro casibus analogis datis; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique sententia doctorum ».

⁽³³⁾ Per Van Hove questo era evidente e la questione non aveva nessuna importanza (A. VAN HOVE, *Commentarium Lovaniense. II. De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae 1930 p. 321), mentre per Michiels era molto rilevante (cfr. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, vol. I, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, p. 591).

ricorso al diritto civile o al diritto antico o comunque a norme non in vigore. A ben guardare quasi si potrebbe ritenere che l'indicazione delle fonti suppletive avesse un carattere dichiarativo, in quanto, se non esistesse questa norma, in caso di lacuna di legge (anzi, anche al momento di applicare una legge), l'interprete ricorrerebbe in modo naturale a queste fonti.

Per indicare il modo di trovare la soluzione giusta, il can. 20 del Codice del 1917 adoperava l'espressione « norma sumenda est ». I commentatori discutevano sulla natura dell'operazione consistente nel desumere questa norma ⁽³⁴⁾. Per Van Hove, si tratterebbe di una vera creazione normativa, giacché il legislatore non ha posto il principio generale che viene invece desunto da colui che colma la lacuna legale, tuttavia questa nuova norma sarebbe applicabile solo al caso concreto. Secondo Michiels, il giudice, mediante il ricorso alle fonti richiamate, definirebbe materialmente la norma (*norma sumenda* equivarrebbe a *norma erudienda seu conficienda*); tale norma materialmente creata diventerebbe formalmente *norma iuris* per il consenso del legislatore (il quale lo ha dato previamente, in modo generale, appunto nel disposto del can. 20). Michiels chiarisce però che la norma così creata dall'autorità ecclesiastica non sarebbe valida per tutti, benché 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. È interessante far

⁽³⁴⁾ C'era unanimità circa il fatto che non spettasse al singolo integrare una lacuna legale, tutt'al più egli lo potrebbe fare per il solo foro interno. La questione si poneva, dunque, per l'autorità amministrativa e, soprattutto, per il giudice.

notare che tutto il discorso di Michiels prende le mosse dal presupposto che « *determinatio auctoritativa juris subjectivi enim necessario praesupponit ut fundamentum jus objectivum normativum* »⁽³⁵⁾, frase questa che denota, sia pure in modo probabilmente inconscio, un positivismo giuridico sorprendente⁽³⁶⁾.

Come si vede, in materia di lacune legali emerge subito la concezione fondamentale che si ha del diritto. Lo stesso concetto di lacuna legale è un *punctum dolens* per il positivismo giuridico. Pur ammettendo l'esistenza delle lacune legali, il modo di affrontare la soluzione giuridica di una causa sulla quale non c'è una norma positiva previa può rilevare una concezione del diritto non realista anche in chi pretende di essere giusnaturalista, come è il caso, appunto, dell'ultimo autore citato.

Se si muove, invece, da una concezione non normativista del diritto, non sarebbe neanche il caso di dover ricordare che per l'esistenza di un diritto non si richiede necessariamente una norma positiva previa. Molto spesso, invero, la norma positiva costituisce il titolo dei diritti, ma sarebbe un errore — l'errore del normativismo, appunto — considerare che l'unico titolo valido di un diritto sia la norma. Se c'è una causa *giuridica* da dirimere, è perché c'è un diritto, anche se v'è una lacuna legislativa. Dinanzi a questa situazione non si tratta tanto di creare una norma ma di individuare quale sia il diritto. E poiché esiste un diritto, esso dovrà avere un titolo, che non si potrà trovare logicamente nella legge positiva, visto che questa non esiste. Altro discorso è che, nell'individuare i titoli giuridici, sia facile desumere una regola che

⁽³⁵⁾ G. MICHIELS, *Normae generales...*, p. 589.

⁽³⁶⁾ Cfr. J.P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, Bruxelles 1987, p. 147, per il quale questi commentatori del Codice del 1917 sarebbero "normativisti", benché non "positivisti", e perciò conclude che sono realisti solo "in senso lato".

possa avere valore per la generalità dei casi: « non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat »⁽³⁷⁾.

2.3. *Le norme sull'interpretazione ed applicazione delle leggi*

Nel delineare il sistema normativo, il Codice piano-benedettino non solo individua le fonti normative, ma fornisce anche delle norme sulle norme. Alcune di esse hanno un valore chiaramente dichiarativo, come quella del can. 8, § 1, che, raccogliendo parzialmente un *dictum* graziano, ricorda che le leggi si istituiscono quando sono promulgate⁽³⁸⁾. Altre costituiscono delle disposizioni normative che contribuiscono indiscutibilmente alla chiarezza dell'attività legislativa (qualora venissero effettivamente osservate), come il can. 9 che stabilisce il modo concreto di promulgazione e determina la durata della *vacatio legis*. Altre ancora sono a metà strada tra le norme dichiarative e quelle costitutive. In molte di queste è possibile scorgere quello spirito codificatore che pretende di risolvere a priori tutti i problemi giuridici in sede normativa.

Così, ad esempio, il can. 10 raccoglie il principio giuridico ovvio dell'irretroattività delle leggi, aggiungendo « nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur », in modo tale che sembrerebbe che il Codice abbia garantito il principio giuridico, consentendo le dovute eccezioni, le quali non saranno oggetto di discussione, in quanto verranno *nominatim* segnalate dalla legge. Va tuttavia osservato, da una parte, che la volontà di dichiarare un principio di giustizia di per sé evidente può manifestare

⁽³⁷⁾ PAULUS, *Dig.* 16.17.2.

⁽³⁸⁾ Afferma il canone citato: « Leges instituuntur, cum promulgantur », il che proviene da D.4 d. p. c.3.

una certa sfiducia nel raggiungimento per via naturale di questa verità, e al contempo una eccessiva fiducia nella legge scritta, come se fosse l'unica garante del principio. Dall'altra, con la precisazione che permette alla legge di segnalare *nominatim* gli effetti retroattivi non si garantisce ai suoi destinatari che questa rispetterà il proclamato principio dell'irretroattività, e, soprattutto, è del tutto illusorio pensare che in base al solo canone in parola si risolveranno tutti i dubbi interpretativi che possono sorgere a proposito dell'applicazione di una nuova legge a situazioni attuali nate nel passato.

Analoghe considerazioni potrebbero muoversi a proposito della norma sull'ignoranza, errore e dubbio. Le norme codiciali in materia mirano a risolvere in partenza qualsiasi problema possa manifestarsi a motivo di uno di questi stati mentali, ma l'esperienza dimostra che la norma codiciale non esonera minimamente l'interprete dal suo lavoro di determinazione della norma applicabile e della soluzione giusta del caso concreto. A sostegno di quanto appena affermato basterebbe considerare la laconica formula dell'antico can. 15, in cui si afferma che « *leges, etiam irritantes et inhabilitantes, in dubio iuris non urgent* ». La disposizione si presenta ad un primo approccio netta, senza possibilità di interpretazioni alternative, eppure questa apparente chiarezza viene subito smentita sol che si voglia, per esempio, appurare se per *dubium iuris* occorra o meno intendere il solo *dubium legis*, oppure si desideri capire quale tipo di dubbio produca la non obbligatorietà della legge (oggettivo o soggettivo, positivo o meno, e via dicendo), oppure ancora si cerchi di chiarire fino a che punto l'improduttività di effetti legali possa interessare terzi ⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ D'altronde, la formula vale piuttosto per l'ambito morale interno, ma non per le relazioni interpersonali. Per lo *status quaestionis* del dubbio

Ad ogni modo, laddove si può riscontrare con maggiore nitidezza lo spirito codificatore è nelle norme sull'interpretazione della legge. Anzitutto la determinazione di come si debba interpretare la legge manifesta in modo inequivoco la volontà di sottrarre all'interprete qualsiasi protagonismo nella risoluzione giusta delle fattispecie legali, riducendolo ad un mero "applicatore" della legge, dimenticando tra l'altro che le norme sull'interpretazione sono anche esse norme necessitanti a loro volta di un'interpretazione, come ha dimostrato l'esperienza, per esempio, a proposito delle esitazioni dottrinali avutesi sul significato da attribuire alle circostanze della legge oppure all'espressione *mens legislatoris*.

Inoltre, risulta evidente che la regola interpretativa aurea del Codice, secondo cui « *leges ecclesiasticae intelligendae sunt secundum propriam verborum significationem in textu et contextu consideratam* » (can. 18), muove da una concezione della legge che non vede in essa altro che un testo positivo portatore di un significato in sé, cioè una mera proposizione deontica avente valore perché promanante dalla autorità, in modo che non bisognerebbe ricorrere a nessun altro criterio esogeno al testo stesso per la sua interpretazione ⁽⁴⁰⁾. Si è proprio agli antipodi

sulla legge e sulle origini di questa norma codiciale cfr. K.O. MWANDHA, *Doubt of Law. Juridical and Moral Consequences*, Roma 2016.

⁽⁴⁰⁾ È riscontrabile purtroppo nell'ambito del diritto canonico una sorta di positivismo giuridico "sacro", nel senso che, in base alla sacralità della Gerarchia e del conseguente dovere di obbedienza, si difende, in modo quasi sicuramente inconscio, una concezione positivista del diritto proprio per il caso della legislazione ecclesiastica. Javier Otaduy ha parlato di "positivismo ingenuo" (cfr. J. OTADUY, *Positivismos ingenuos. A propósito del Discurso de Benedicto XVI sobre interpretación de la ley canónica* (21.1.2012), in « *Ius Canonicum* », 54 [2014], pp. 23-44). Afferma questo autore: « Hay otros positivismos de segunda generación, que nosotros llamamos aquí ingenuos. No pretenden negar el derecho divino. Al contrario, lo respetan por completo, en su nivel, con su propia funcionalidad. Ahora bien, la ley

della nozione tomista di legge come *ordinatio rationis* ⁽⁴¹⁾ ovvero come ordine della realtà, che comporta la necessità — ricordata da Benedetto XVI nel suo penultimo discorso alla Rota ⁽⁴²⁾ — di intendere la legge alla luce della realtà disciplinata proprio per capire quale sia l'ordine (della realtà) stabilito. Non v'è chi non veda, peraltro, ancora una volta, nella scelta codiciale commentata l'ingenua fiducia nel testo legale e la speculare sfiducia nel lavoro dell'interprete (giudice, autorità amministrativa o studioso che sia), come se il riferimento ad un testo fosse più sicuro ed oggettivo del confronto con la realtà oggettiva.

Peraltro l'indirizzo dell'interpretazione testuale, lontana dal realismo e negatrice del ruolo dell'interprete, fu ulteriormente confermato dagli interventi applicativi del Codice piano-benedettino, cioè dalla menzionata decisione di istituire la Commissione per l'interpretazione autentica del Codice e dai decreti volti ad esigere il metodo esegetico nell'insegnamento e studio del diritto canonico, che la Congregazione per i seminari e le università emanò subito dopo la promulgazione del Codice del 1917 ⁽⁴³⁾.

2.4. *L'efficacia irritante ed inabilitante delle leggi*

Infine, un altro campo in cui si può scorgere un approccio legalista alla prassi giuridica è quello delle leggi

positiva es texto, y se entiende como texto, sin interferencias. Esta posición no es una convicción ideológica. Está fundada en razones prácticas y simples, a veces incluso de peso espiritual, como la obediencia a la autoridad, la necesaria unidad espiritual, la seguridad jurídica » (*ibidem*, p. 25).

⁽⁴¹⁾ Cfr. SAN TOMMASO D'AQUINO, S. Th., I-II, q.90, a.4.

⁽⁴²⁾ BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, del 21 gennaio 2012, in AAS, 104 (2012), pp. 103-107.

⁽⁴³⁾ S. CONGREGAZIONE DEI SEMINARI E DELLE UNIVERSITÀ, *decreto* del 7 agosto 1917 (AAS, 9 [1917/1], p. 439) e EADEM, *decreto* del 31 ottobre 1918 (AAS, 11 [1919], p. 19).

irritanti e inabilitanti ⁽⁴⁴⁾. Il can. 11 del vecchio Codice sanciva un principio apparentemente rispettoso della realtà e poco formalista, nello stabilire che « irritantes aut inhabilitantes eae tantum leges habendae sunt, quibus aut actum esse nullum aut inhabilem esse personam expresse vel aequivalenter statuitur ». Infatti, si è soliti affermare che il diritto canonico, più di ogni altro ordinamento, tenda a privilegiare la realtà delle cose rispetto ad altre esigenze giuridiche di carattere piuttosto formale, e che la norma commentata contenga un criterio opposto a quello solitamente vigente nel diritto civile ⁽⁴⁵⁾, ma un'analisi attenta della norma porta a conclusioni non tanto favorevoli alle affermate qualifiche di realismo e di scarso formalismo.

La norma del can. 11 trova un chiaro precedente nella dottrina di Francisco Suárez, la cui influenza nel primo Libro del *Codex* è ben nota. Suárez aveva, infatti, difeso il principio secondo cui, perché le leggi prescriventi la forma dell'atto fossero irritanti, questa doveva essere espressamente richiesta *ad validitatem* ⁽⁴⁶⁾. Il principio raccolto nel can. 11 del vecchio Codice non trova invero un riscontro chiaro nella tradizione canonica antecedente a Suárez ⁽⁴⁷⁾. Anzi, la vera questione che si

⁽⁴⁴⁾ Raccolgo di seguito alcune idee e fonti che ho già pubblicato in *Il sistema delle invalidità (inesistenza e nullità, annullabilità e rescindibilità) dell'atto giuridico*, in *L'atto giuridico nel diritto canonico*, Città del Vaticano 2002, pp. 121-141.

⁽⁴⁵⁾ Ciprotti, comunque, postilla che « la diversità peraltro è più apparente che reale, perché, quando si tratti di atti a contenuto patrimoniale (che sono quelli per i quali soprattutto vale l'enunciato principio di diritto civile), il diritto canonico accoglie le norme stabilite dalla legge civile » (P. CIPROTTI, s. v. *Invalidità (diritto canonico)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 22, Milano 1972, p. 524).

⁽⁴⁶⁾ Cfr. F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ...*, L. V, cap. 19.4.

⁽⁴⁷⁾ Il Decreto di Graziano aveva raccolto una decretale di S. Gregorio Magno (C.25 q.2 c.13), il quale a sua volta recepiva la legge giustiniana

poneva era come mai la legge potesse avere l'efficacia di rendere nullo un atto realmente esistente, giacché *quod factum est infectum fieri non potest*, al punto che il decreto tridentino *Tametsi* significò un passo molto rilevante in materia ⁽⁴⁸⁾. Affermata quindi la possibilità delle leggi irritanti e inabilitanti, il codificatore diede per la prima volta una "norma sulle norme" irritanti e inabilitanti, stabilendo la regola in virtù della quale dovevano essere ritenute tali soltanto quelle che lo dichiarassero espressamente, allo scopo indubbiamente di favorire la certezza sulla validità o meno degli atti e di permettere come principio generale l'efficacia naturale degli atti realizzati, essendo l'effetto irritante (o inabilitante) l'eccezione. Se non ché, a ben guardare, la formula del can. 11 risponde paradossalmente ad uno schema di pensiero piuttosto normativista, in quanto presuppone l'ammissione che la legge sarebbe capace di essere regolatrice di qualsiasi

Non dubium, contenente la regola secondo cui « ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur » (*Cod.* 1, 14, 5). Il medesimo principio si ripeteva in un altro testo dello stesso Papa raccolto da Gregorio IX (X 2.20.2) e in una delle *Regulae iuris* (« quae contra ius fiunt debent utique pro infectis haberi » [VI° Reg. 64]), ma di capitale importanza fu la decretale di Innocenzo III, anch'essa raccolta nella collezione di Gregorio IX, che segnava un cambiamento di criterio, nel chiarire il fatto che « multa fieri prohibentur, quae si facta fuerint obtinent roboris firmitatem » (X 3.31.16). Sembra molto probabile che la tradizione canonica non abbia mai recepito con tutto il suo rigore la legge *Non dubium* (cfr. O. ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico*, Roma 1964, p. 215).

⁽⁴⁸⁾ Così ragionava, per esempio, il Bouquillon: « Ecclesiae competere potestatem irritandi actus de fide certum est; talis enim potestas a) est necessarium attributum auctoritatis supremae in societate perfecta; b) de facto ab Ecclesia constanter exercitata fuit; c) in Concilio Tridentino (ss. XXIV, can. 2 et 3) expresse vindicata est; si enim Ecclesia irritare valet contractum matrimonialem, qui ad dignitatem sacramentalem euectus est, a fortiori alios actus valet irritare » (Th.J. BOUQUILLON, *Theologia moralis fundamentalis*, Brugis 1903, v. 147).

anomalia dell'atto giuridico ⁽⁴⁹⁾, anzi, in fin dei conti, che sarebbe l'unica fonte dell'invalidità degli atti giuridici, oltre al fatto che si affaccia di nuovo il mito della chiarezza giuridica, la quale deriverebbe dalla sola legge.

Il can. 11 raccoglie in sostanza il principio sancito dal Codice napoleonico *pas de nullité sans texte*, che portò la dottrina a creare la categoria concettuale degli "atti inesistenti". Nella canonistica posteriore al Codice piano-benedettino ci furono però autori che non ravvisavano la necessità di questo concetto nel diritto canonico, giacché il Codice conteneva formule irritanti che riguardavano atti naturalmente nulli ⁽⁵⁰⁾. A conferma di questa tesi si richiamavano, oltre al citato can. 11, i canoni 1680 § 1 (« nullitas actus tunc tantum habetur, cum in eo deficiunt quae actum ipsum essentialiter constituunt, aut sollemnia seu conditiones desiderantur a sacris canonibus requisitae sub poena nullitatis »), 103 § 1 (« actus, quos persona sive physica sive moralis ponit ex vi extrinseca, cui resisti non possit, pro infectis habentur ») e 104 (« error actum irritum reddit, si versetur circa id quod constituit substantiam actus vel recidat in conditionem sine qua non »), i quali sembrano sufficienti per comprendere qualsiasi ipotesi di invalidità dell'atto. Ne seguirebbe che nei casi in cui mancassero gli elementi essenziali dell'atto, ci si troverebbe dinanzi ad una nullità testuale in forza dei canoni citati ⁽⁵¹⁾, sicché la categoria di atti inesistenti o virtualmente nulli si presenterebbe come un ricorso su-

⁽⁴⁹⁾ Cfr. J. OTADUY, sub *can. 10*, in A. MARZOA-J. MIRAS-R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (dir.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona 1996, vol. I, p. 318.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., per esempio, G. MICHIELS, *Normae generales...*, p. 331.

⁽⁵¹⁾ Cfr. B. GANGOITI, *La problemática de la inexistencia y nulidad de los actos y negocios jurídicos en el Código de derecho canónico*, in « *Angelicum* », 43 (1966), pp. 225-242, il quale però riconosce un qualche valore alla distinzione tra atti inesistenti e nulli, almeno sotto il profilo "filosofico".

perfluo. In più, alcuni autori non ravvisavano neppure conseguenza alcuna sul piano pratico nella distinzione tra inesistenza e nullità dell'atto ⁽⁵²⁾, quando invece un approccio realistico fa vedere quanto sia diversa una nullità *ex natura rei* da un'altra *ope legis*, se non altro ai fini di un'eventuale sanazione ⁽⁵³⁾. Da notare poi come l'ammissione della nullità naturale obblighi l'interprete a focalizzare la realtà degli atti compiuti, mentre che l'esclusivo affidamento delle invalidità alla legge induce il giurista a spostare il centro dell'attenzione e a limitarsi quindi alla sola analisi della legge irritante o inabilitante.

Per quanto riguarda la pretesa chiarezza offerta dalla norma del can. 11, va segnalato che la dottrina post-codificiale si dovette sforzare per capire quali fossero le formule legali che « espresse vel aequivalenter » irritavano l'atto o rendevano inabile una categoria di persone, sicché tale sicurezza di fatto non ci fu ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ Cfr. G. OLIVERO, *Gli acquisiti degli enti ecclesiastici nel diritto italiano*, Milano 1946, pp. 150-151; R. BACCARI, *Dubitationes de inexistencia iuridica actuum in iure canonico*, in « Ephemerides Iuris Canonici », 8 (1952), pp. 134-139.

⁽⁵³⁾ Nel caso dell'invalidità naturale è chiaro che vige con tutto il suo rigore il principio *quod nullum est nullum parit effectum*, che sfocia nella regola sull'imprescrittibilità raccolta nel Sesto: « non firmatur tractu temporis, quod de iure ab initio non subsistit » (VI^o, Reg. 18), la quale procede dalla regola romanista contenuta in *Dig.* 50.17.29.

⁽⁵⁴⁾ Si elaborarono degli elenchi di espressioni costituenti « espresse » clausole irritanti e inabilitanti (*nullus, irritus, inhabilis, invalidus, ut valeat...*), e di altre che « aequivalenter » producevano lo stesso effetto (*dirimere, vim non habere, vi carere, nulla vi pollere, effectum non habere, effectum non sortiri, actum esse infectum, non dari, nullam consequi firmitatem*, ecc.), ma rimanevano altre formule dubbie (*arceri, removeri, nequire, non posse*, ecc.). Cfr. una lista assai completa di queste formule in O. ROBLEDA, *La nulidad...*, pp. 236-276; cfr. anche G. MICHIELS, *Normae generales...*, pp. 336-340.

3. LE NORME GENERALI DEL CODICE VIGENTE

Rispetto alle novità che il vigente Codice abbia potuto comportare relativamente alla presenza di ciò che ho chiamato spirito codificatore, va segnalato anzitutto che nella nuova codificazione non fu oggetto di discussione lo strumento tecnico del codice in sé, ma piuttosto la nota della giuridicità o pastoralità che doveva caratterizzare il Codice.

È un fatto ineccepibile che durante i lavori di redazione non esisteva, come nella prima esperienza codificatrice, la preoccupazione di raccogliere la tradizione, quanto piuttosto quella di tradurre — parafrasando la celebre affermazione della Costituzione apostolica *Sacrae disciplinae leges* — l'ecclesiologia del Vaticano II in termini giuridici. Se è vero, da una parte, che la promulgazione del Codice del 1983 non ha avuto la rilevanza storica del Codice del 1917, in quanto non ha instaurato per la prima volta il diritto codificato ma ha semplicemente cambiato un Codice già esistente, dall'altra, lo scopo del nuovo Codice non è stato più quello di codificare la tradizione, bensì quello di introdurre delle grandi novità nella disciplina ecclesiastica, perfino nella sua sistematica, fermo restando naturalmente il proposito di non rompere con la tradizione, come dichiara (forse timidamente) il can. 6, § 2, e, quindi, pur sempre sulla base di una disciplina preesistente.

Esula da questo studio il giudizio storico circa quanto sia innovatrice o conservatrice l'idea portante della seconda codificazione. Mi limiterò invece a segnalare le differenze che in sede di norme generali si riscontrano e che sono foriere a mio avviso dello spirito codificatore.

Anzitutto va osservato come il Codice vigente abbia fatto uno sforzo per tipizzare le norme e creare una certa gerarchia normativa corrispondente alla volontà di intro-

durre nel governo della Chiesa la divisione di funzioni. In particolare, vanno distinte le leggi e i decreti legislativi di cui al can. 30 dalle diverse norme generali amministrative (decreti generali esecutivi, istruzioni ed eventualmente statuti e regolamenti) sottoposte alla legge ⁽⁵⁵⁾.

In questo contesto va rilevato che il nuovo Codice ha considerato la consuetudine al pari della legge. La diversa redazione del can. 5 e degli altri canoni relativi alla consuetudine hanno fatto pensare ad una migliore accettazione del fenomeno consuetudinario da parte del Codice del 1983 ⁽⁵⁶⁾, sebbene resti comunque una certa dipendenza della consuetudine rispetto alla legge nonché il fatto che la sola esistenza del Codice lascia praticamente poco spazio alla consuetudine.

Per il resto, è da osservare un leggero aumento delle norme generali. Sono assurde a norme generali alcune disposizioni sparse nell'antico Codice. Per esempio, il rinvio che il can. 1529 del Codice piano-benedettino faceva alla legge civile in materia di contratti è ora oggetto di una norma del Primo Libro sul fenomeno generale della canonizzazione della legge civile (can. 22). Allo stesso modo, le disposizioni degli antichi cann. 1508 e 1509 sulla prescrizione in materia di beni temporali sono passati a costituire un Titolo autonomo, il X, all'interno del Primo Libro del vigente Codice, dedicato interamente alla prescrizione in generale, quale modo di acquistare o di perdere un diritto o liberarsi da un obbligo, ma così facendo si è forse perso rigore tecnico, in quanto il rinvio al diritto civile — che l'attuale can. 197 continua a fare — ha senso per la prescrizione dei beni temporali, ma non

⁽⁵⁵⁾ Sul tema rinvio a E. BAURA, *L'attività normativa dell'Amministrazione ecclesiastica* in « Folia Canonica », 5 (2002), pp. 59-84.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, in S. FERRARI (cur.), *Il nuovo Codice di diritto canonico*, Bologna 1983, pp. 86-89.

tanto per quella su diritti relativi a beni spirituali, anzi in questa materia potrebbe crearsi una lacuna di legge tecnica, visto che il rinvio andrebbe a vuoto.

Un altro Titolo nuovo, creato all'interno del Libro sulle norme generali, è quello dedicato all'atto giuridico ⁽⁵⁷⁾. A parte il can. 128, di carattere dichiarativo, sulla responsabilità giuridica, gli altri canoni trovano un precedente nel Codice antico ⁽⁵⁸⁾. Ad ogni modo, il fatto di collocarli come norme generali riflette la pretesa di sottomettere a regolamentazione normativa tutti i principi giuridici, anche i più basilari, come sono quelli relativi all'efficacia giuridica dell'agire umano. Ciò si nota in modo speciale nel can. 124, in cui si dichiara qualcosa di per sé ovvia: nel § 2 si stabilisce ciò che è stata chiamata la *regina praesumptionis* (la presunzione di validità degli atti posti nel debito modo) ⁽⁵⁹⁾ e nel primo l'inefficacia giuridica degli atti mancanti degli elementi essenziali oppure dei requisiti imposti dalla legge *ad validitatem*. Per quanto riguarda questo ultimo punto, cioè la disciplina sulle leggi irritanti e inabilitanti, essa è rimasta invariata, con la sola novità che il vigente can. 10 ha ommesso la clausola « vel aequivalenter » presente nel requisito che la legge stabilisse *expresse* l'effetto irritante o inabilitante, onde evitare i dubbi sorti dalla redazione del Codice precedente, senonché i dubbi sull'efficacia irri-

⁽⁵⁷⁾ Per riferimenti specifici ai luoghi di *Communicationes* in cui si danno notizia delle diverse fasi redazionali di questo titolo, *vid.* H. PREE, *Kommentar zu den cc. 124-128*, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, 29. Erg.-Lfg. CODEX, Mai 1998.

⁽⁵⁸⁾ Il can. 124 ha come precedente il can. 1680 del Codice del 1917 e i cann. 125-127 i cann. 103-105.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ-GIL, *La presunzione di validità dell'atto giuridico nel diritto canonico*, Milano 2006, specie pp. 161-266.

tante o inabilitante di certe espressioni legali (si pensi, ad esempio, alla formula « non potest ») rimangono ⁽⁶⁰⁾.

In definitiva, nell'idea di aumentare le norme generali e, soprattutto nella normativa sugli atti giuridici, si può riscontrare una maggiore volontà nel Codice vigente di prevedere nella norma codiciale qualunque problema giuridico, sebbene il risultato non sia tanto soddisfacente sotto il profilo tecnico.

Per quanto riguarda il sistema delle fonti suppletive, l'attuale can. 19 ha raccolto sostanzialmente l'anteriore can. 20, con qualche variante: si parla di lacuna di legge o di consuetudine, il che può far intendere la volontà di considerare la consuetudine nello stesso rango della legge ⁽⁶¹⁾, e, invece di riferirsi allo stile e prassi della Curia Romana, si segnalano come fonti suppletive la giurisprudenza e la prassi della Curia Romana. Certamente il riferimento esplicito alla giurisprudenza può avere una notevole importanza per la prassi giuridica nella Chiesa ⁽⁶²⁾. Sebbene in termini generali sembrerebbe che

⁽⁶⁰⁾ W. Onclin, che lavorò alla redazione del can. 10 del nuovo Codice, difendeva la convenienza di eliminare il termine *aequivalenter* (cfr. W. ONCLIN, *De requisitis ad actus iuridici existentiam et validitatem*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, vol. III, Milano 1976, p. 409).

⁽⁶¹⁾ In realtà, la formula vigente può essere più significativa in questo senso, ma, a ben guardare, non ha introdotto una vera novità, poiché il Codice piano-benedettino, come fecero notare i suoi commentatori, aveva già riconosciuto alla consuetudine la « vim legis » e, pertanto, laddove ci fosse una consuetudine non ci sarebbe nessuna lacuna legale. A questo riguardo è interessante far notare che il Codice orientale include la consuetudine tra le fonti suppletive, il che non appare del tutto corretto sotto il profilo tecnico, in quanto lo stesso Codice orientale riconosce anche « vim iuris » alla consuetudine, capace anche di abrogare una legge (can. 1507), e considera indubbiamente la consuetudine come una fonte primaria, nello stabilire al can. 1515, con redazione pressoché identica al can. 38 del Codice latino, che un atto amministrativo non può essere contrario ad una legittima consuetudine.

⁽⁶²⁾ Cfr. C. IANNONE, *Il valore della giurisprudenza nel sistema giuridico canonico*, Roma 2012.

l'approccio di fondo al tema delle lacune legali da parte del Codice rimanga invariato, c'è comunque da rallegrarsi per il cambiamento operato nella redazione, che ha sostituito la frase « norma sumenda est » con quella di « causa [...] dirimenda est », il che apre alla soluzione giuridica di una causa senza richiedere la confezione di una nuova norma.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Non si è trattato in questa sede di valutare l'opera della codificazione latina in quanto tale (la sua qualità tecnica, il suo contenuto normativo), né i suoi effetti nella vita della Chiesa, neppure di realizzare un confronto con il diritto canonico previo alla codificazione ⁽⁶³⁾. L'analisi condotta fin qui ha avuto come scopo soltanto quello di constatare quanto sia presente nella redazione dei due Codici latini, soprattutto nel Libro I dedicato alle norme generali, l'ideale della previsione normativa omnicomprensiva.

Se per cogliere in tutta la sua ampiezza il significato di un evento storico si debbano valutare i suoi effetti e i fatti collaterali, risultano particolarmente significativi di quale

⁽⁶³⁾ Al di là della valutazione quantitativa della ricezione della tradizione da parte del Codice promulgato nel 1917, il solo fatto di avere una norma generale e concisa, elaborata razionalmente in modo astratto, da applicare al caso concreto è sufficiente per vedere nella promulgazione del Codice piano-benedettino un cambiamento epocale per il diritto nella Chiesa, al punto che si è parlato in maniera plastica di un "divorzio" tra la storia e il diritto codificato (cfr. S. KUTTNER, *Il Diritto canonico nella storia*, in « Jus », 28 [1967], p. 247). Lo stesso autore dichiarava che il Codice (del 1917), benché recepisce in grande misura il diritto antico, di fatto creava una divisione netta con esso (cfr. IDEM, *The Code of Canon Law in historical perspective*, in « The Jurist », 28 [1968], p. 139). Cfr. anche C. FANTAPPIÈ, *Sistemi giuridici e certezza del diritto. Tre modelli per il diritto canonico*, in « Monitor Ecclesiasticus », 129 (2014), pp. 177-196. Cfr. anche P. GROSSI, *Valori e limiti della codificazione del diritto...*, cit., specie p. 142.

sia stata l'idea portante della prima codificazione canonica i decreti sopra citati della Congregazione per i seminari a ridosso della promulgazione del Codice del 1917, i quali imponevano il cosiddetto metodo esegetico per l'insegnamento del diritto canonico nelle Facoltà ecclesiastiche (64). Per quanto le menzionate disposizioni siano state posteriormente ammorbidite, l'inerzia dura tuttora, il che non può destare meraviglia dal momento che la stessa tecnica codicistica e le disposizioni espresse dei canoni relativi all'interpretazione delle leggi inducono a rimanere nella sola esegesi del testo legale.

Inoltre, sulla spinta fornita dal motuproprio *Cum iuris canonici*, costitutivo della Commissione per l'interpretazione autentica del Codice del 1917, l'interpretazione ed applicazione del Codice rimase ai « criteri dettati dagli organismi centrali dell'amministrazione ecclesiastica, i quali elusero con frequenza i limiti fissati da Benedetto XV per la loro attività di natura regolamentare » (65). In definitiva, la codificazione canonica ha comportato un accentramento della produzione normativa, ha spostato l'esperienza giuridica dall'attività giurisprudenziale a quella legislativa e ha tentato, almeno all'inizio, di mortificare la scienza giuridica pretendendo di ridurla alla sola esegesi del Codice (66).

È chiaro che ogni passaggio dal diritto "vivente" (consuetudinario o giurisprudenziale) al diritto normativo, cioè alla sua fissazione in un testo legale, comporta, da una parte, il vantaggio della certezza legale, ma, dall'altra, l'inconveniente di irrigidire le soluzioni giuridiche, ben-

(64) Sulla trascendenza teorica e pratica di queste disposizioni, cfr. J. FORNÉS, *La ciencia canónica contemporánea (Valoración crítica)*, Pamplona 1984, pp. 296-307.

(65) P. LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico*, Milano 1985, p. 35.

(66) Cfr. G. LO CASTRO, *Il riformismo...*, cit., p. 2, per il quale questi effetti sono conseguenze inevitabili della stessa codificazione.

ché esistano istituti, quali la dispensa e il privilegio, volti a rendere più flessibili le previsioni astratte della legge. Spetta alla prudenza del legislatore decidere se legiferare o meno calcolando i benefici e gli svantaggi della creazione di una norma legale generale e astratta ⁽⁶⁷⁾.

Certamente il Codice consiste in una legge assai vasta che ha reso legali tante soluzioni prima solo di carattere giurisprudenziale. Il punto che qui interessa, però, non è tanto quello di valutare il *quantum* dell'opera legislativa portata a termine, quanto la presenza dell'idea di creare un sistema normativo aprioristico e omnicomprensivo dal quale dovrebbe dipendere ogni soluzione giuridica, e questo si può riscontrare precisamente nei canoni dedicati alla legge e alla consuetudine, che sono quelli che chiudono — o pretendono di chiudere — il sistema. Tale chiusura del sistema è addebitabile alla cultura giuridica dei canonisti che lavorarono nella stesura di quei canoni.

Infatti, il problema della codificazione è quello di dare una norma astratta a priori pensando che con ciò si possano dare risposte giuste ai problemi che si presentano nella realtà ⁽⁶⁸⁾. Si è soliti affermare che la Chiesa ha voluto assumere la tecnica della codificazione, per giovarsi dei vantaggi della semplicità e chiarezza, ma senza con ciò sposare i presupposti ideologici sottostanti al fenomeno della codificazione moderna ⁽⁶⁹⁾, tuttavia a questo

⁽⁶⁷⁾ Cfr. E. BAURA, *Profili giuridici dell'arte di legiferare nella Chiesa*, in « *Ius Ecclesiae* », 19 (2007), pp. 13-36.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. A. MARZOA, *La juridicidad del derecho canónico*, in J. CANOSA (cur.), *I principi per la revisione del Codice di diritto canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, Milano 2000, p. 58.

⁽⁶⁹⁾ Cfr., per esempio, P. LOMBARDÍA, *La codificación de las leyes en la Iglesia universal. Panorama histórico y planteamientos actuales*, in IDEM, *Escritos de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. V, Pamplona 1991, p. 15. L'autore però precisa: « Para nadie es un misterio el que detrás de cada realización de técnica jurídica eclesiástica subyace una teología ».

punto emerge ciò che è stata chiamata « l'aporia fondamentale », e cioè se sia possibile o meno « distinguere la “forma” dal “fondo” del diritto » (70), ovvero, in altre parole, se sia possibile e fino a che punto assumere una tecnica normativa senza i suoi presupposti ideologici, o, più precisamente, se non sia connaturale ad una certa tecnica legislativa una precisa concezione del diritto.

Certamente il Codice è una norma positiva che può — e deve — essere interpretata in modo realistico. Il Codice stesso, come è stato sovente rilevato, contiene numerosi richiami alla realtà delle cose, al diritto divino e ad altri criteri incompatibili con una visione normativista o positivista del diritto. Ciò nonostante, l'ideale di garantire la retta giustizia con assoluta certezza mediante la previsione normativa è presente nella redazione del Codice ed ha, di fatto, portato all'instaurazione di un sistema giuridico in cui non esiste praticamente la giurisprudenza, sicché l'unico riferimento autorevole è la norma scritta astratta.

Per quanto riguarda il ruolo della giurisprudenza, vale la pena ricordare che il diritto di conoscere le decisioni giudiziali, onde garantire l'uguaglianza dinanzi all'amministrazione della giustizia, non si soddisfa con la sola pubblicazione parziale, ma occorre la pubblicazione ufficiale ed integra (salva la tutela della buona fama delle parti interessate) di tutta la giurisprudenza. Ciò vale per tutta la giurisprudenza prodotta dalla Curia romana, non solo in materia matrimoniale, ma anche nel campo del contenzioso amministrativo (71) e del diritto penale. Tale

(70) C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. 2, cit., p. 1029.

(71) La *Lex propria* della Segnatura Apostolica (art. 11 § 4) ha disposto che « ipse [Praepositus Cancellariae] curat ut omnes decisiones colligantur, quorum aliquae, quotannis a Praefecto in Congressu selectae, ope Supremi Tribunalis publici iuris fiunt » (BENEDETTO XVI, m. pr. *Antiqua ordinatione*,

pubblicazione, alla stregua di come avviene negli ordinamenti civili, avrebbe sicuramente un influsso benefico sulla dottrina e sulla tutela dei diritti dei fedeli.

La tendenza omnicomprensiva del Codice, da un lato, e la scarsa presenza della giurisprudenza, dall'altro, hanno finito per contaminare la dottrina, troppo impegnata nel districare il senso del testo legale e forse meno attenta allo studio delle soluzioni dei problemi concreti secondo giustizia, alla luce della tradizione canonica e delle culture giuridiche contemporanee. In altre parole, la canonistica ha abbandonato in grande misura la scienza della "*iuris-prudentia*" per passare a quella della "*iuris-logica*". In questo modo, si è realizzato un paradosso storico: la codificazione canonica, dapprima riluttante verso il fenomeno codificatore, ha instaurato di fatto un sistema giuridico più codicistico degli altri ordinamenti giuridici.

Parrebbe che attualmente la codificazione canonica sia piuttosto in crisi, in quanto esiste una massa importante di legislazione extracodificiale e il Codice stesso ha subito, oltre a modificazioni puntuali, un'importante riforma mediante l'instaurazione del nuovo processo per le cause di nullità matrimoniali. Tale situazione, dovrebbe portare, a mio avviso, a superare l'ingenua illusione normativista e a dare una nuova impronta alla dottrina.

21 giugno 2008, in *AAS*, 100 (2008) 513-538). È un passo nella direzione della pubblicazione della giurisprudenza, ma ancora assai timido, che tuttavia non è stato ancora attuato, se non solo mediante le pubblicazioni non ufficiali.