

LA CONSUETUDINE*

SOMMARIO: 1. L'approccio metodologico al problema nomogenetico della consuetudine canonica.– 2. L'efficacia giuridica della realtà sociale: a) La realtà sociale quale limite del potere legislativo; b) La razionalità degli usi sociali; c) Portata giuridica della prescrizione legittima delle consuetudini.– 3. La formalizzazione della norma consuetudinaria e il ruolo della consuetudine nell'edificazione dell'ordine ecclesiale giusto

1. L'approccio metodologico al problema nomogenetico della consuetudine canonica

La presenza della fonte consuetudinaria nel novero delle fonti normative della Chiesa presenta un singolare paradosso se paragonata con il sistema delle fonti degli attuali ordinamenti civili più vicini alla tradizione dello *ius commune* medioevale. Essi, infatti, pur partendo dal principio della sovranità popolare, tendono, tuttavia, ad accantonare la consuetudine quale fonte del diritto a vantaggio della legge — emanata, certo, mediante procedure volte a salvaguardare l'espressione della volontà del popolo —, nella quale si vuole scorgere, data la sua formalità scritta, una maggiore garanzia di certezza giuridica. Viceversa, la Chiesa, pur proclamando il principio gerarchico quale elemento costitutivo, di origine divina, della società ecclesiale, recepisce invece il fenomeno consuetudinario in maniera assai magnanima, collocandolo nell'attuale sistema normativo — sia pure a determinate condizioni — sullo stesso rango normativo della legge. Premetto subito che le presenti riflessioni si riferiscono precisamente a quel tipo di consuetudine a cui il codificatore ha voluto attribuire lo stesso valore formale della legge ecclesiastica (quella consuetudine, cioè, introdotta da una comunità capace di ricevere una legge, legittimamente osservata durante il tempo richiesto, con l'animo di introdurre diritto, con l'approvazione del legislatore), sebbene quanto in seguito si dirà si potrebbe anche applicare, con le dovute cautele, al fenomeno consuetudinario in generale (consuetudini sorte in comunità minori o abitudini che non hanno ancora raggiunto il tempo prescritto).

Uno studio storico potrebbe fornire molteplici ragioni capaci di dare una risposta plausibile al menzionato paradosso. Forse si potrebbe addurre, quale spiegazione della maggiore accettazione della norma consuetudinaria da parte del diritto canonico, il fatto che la normativa della Chiesa abbia seguito pedissequamente la tradizione canonica, poiché essa non ha conosciuto nessuna

* Pubblicato 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.

interruzione di sorta, mentre il diritto civile ha subito le trasformazioni derivate dalla Rivoluzione francese, la quale, nel tentativo di cercare nuovi presupposti giuridici rispondenti alla — allora — nuova ideologia, non esitò a rompere con la tradizione giuridica, e promosse la legge scritta quale unico tipo di norma capace di garantire il principio di uguaglianza e la razionalità del sistema normativo, senza che il movimento della scuola storica tedesca riuscisse a bilanciare la tendenza del diritto europeo ad assumere le tecniche ed i principi giuridici di stampo napoleonico.

Al di là dei riferimenti comparatistici, si può constatare che la presenza della consuetudine nell'assetto normativo della Chiesa costituisce una sorgente di problemi per lo studioso del diritto canonico, giacché, alle questioni proprie del diritto consuetudinario, si aggiungono le difficoltà della peculiare costituzione della Chiesa. Non desta, dunque, meraviglia che la consuetudine canonica sia uno dei temi più approfonditamente studiati, tanto sotto il profilo dogmatico quanto sotto quello storico¹. Fra le questioni concrete che la norma consuetudinaria suscita si possono segnalare: la delimitazione della comunità capace di creare consuetudine, il significato dell'esigenza dell'*animus iuris inducendi* per dar luogo ad una norma vincolante, il ruolo del legislatore (necessità del suo consenso o della sua approvazione e in quale modo essa può avvenire), la necessità della prova e, soprattutto, il delicato rapporto che si instaura tra la comunità creatrice di una consuetudine (specie se *contra legem*) e l'autorità ecclesiastica. Non v'è dubbio che le questioni ora richiamate, ed altre ancora che si potrebbero menzionare, dipendono in grande misura dall'impostazione dalla quale ci si muove per tentare di dare risposta agli interrogativi di fondo posti dalla consuetudine.

Tra le tematiche che maggiormente hanno richiamato l'attenzione dei canonisti, perché più direttamente collegata con i problemi di fondo sopra accennati, si trova senz'altro quella dell'autore stesso della norma consuetudinaria. Risulta innegabile che l'autore "naturale" della condotta consuetudinaria non può che essere la comunità stessa, la quale mediante la ripetizione di atti crea, appunto, una consuetudine. Ma come si spiega — fermo restando, naturalmente, il principio gerarchico della Chiesa — il passaggio dalla realtà di fatto di un'abitudine all'esistenza di una norma giuridicamente vincolante se in essa ha solo intervenuto la comunità? Quale è la posizione, la funzione e la potestà dell'autorità nella formazione nomoetica della condotta consuetudinaria? Una risposta tradizionale — almeno dal secolo XVI fino all'ultimo Concilio ecumenico — consiste nell'affermare che la comunità sarebbe l'autore "materiale" della norma consuetudinaria, mentre

¹ Quanto alla storia della consuetudine nel diritto canonico, vd., per esempio, A. VAN HOVE, *De consuetudine. De temporis supputatione*, Mechliniae-Romae 1933, specie 18-48; P. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis» e l'«adprobatio legislatoris» nell'attuale dottrina canonistica della consuetudine antinomica*, Milano 1995, 1-169; G. ROMANO GIACOMAZZO, *La consuetudine nella dottrina canonica classica*, Padova 1983.

l'autorità ecclesiastica competente sarebbe l'autore "formale"², senonché, come si è messo in evidenza dalla canonistica postconciliare, siffatta spiegazione lascia nella penombra il ruolo della comunità e mette in forse la natura medesima della consuetudine, all'attribuire al legislatore il ruolo effettivo della produzione normativa vincolante, giungendo in pratica a considerare la condotta consuetudinaria quale un presupposto di fatto previsto da una norma anteriore di produzione normativa³.

E' fin troppo evidente che nell'individuazione dell'autore della consuetudine canonica occorre tener presente il dovuto rispetto al potere gerarchico della Chiesa istituito per volontà divina. Peraltro non è una questione solo teorica, ma l'esperienza secolare dimostra come il diritto consuetudinario sia stato invocato per essere utilizzato quale arma politica contro il potere sociale istituito. Sono, quindi, facilmente giustificabili i timori che hanno assalito il legislatore ecclesiastico la prima volta che ha dovuto affrontare direttamente il tema della consuetudine in sede di organizzazione del sistema normativo canonico, in occasione, cioè, della codificazione piano-benedettina⁴. Costituisce prova eclatante di questi timori il modo con cui il titolo del Codice piano-benedettino dedicato alla consuetudine vede la necessità di esordire, vale a dire con il laconico ma chiaro can. 25, il quale costituisce una sorta di dichiarazione di principio dogmatico ecclesiologico: «consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis Superioris ecclesiastici unice obtinet»⁵.

La dizione del citato canone non lascia alcun dubbio sulla volontà del codificatore del 1917 di assegnare al solo legislatore la forza normativa della consuetudine. Ad onor del vero, l'uso della parola *consensus* implica riconoscere (come non poteva essere altrimenti, data l'essenza stessa della consuetudine) un'attività previa della comunità, ma priva di ogni valore normativo, giacché la forza vincolante (la *vis legis*) proviene unicamente dal Superiore ecclesiastico. Benché il principio stabilito si presenti come caposaldo del sistema normativo della Chiesa, mi pare lecito dubitare del suo appoggio nella tradizione⁶. Non sembra che nell'epoca classica la canonistica difendesse tale

² Cf., per esempio, L. RODRIGO, *Tractatus de legibus*, Santander 1944, 469.

³ De Luca, per esempio, nega che la consuetudine nel diritto canonico sia un "fatto normativo" (un fatto che per la sola ragione di prodursi diventa norma vincolante), essendo piuttosto un "fatto di produzione normativa", cioè un elemento di fatto previsto dalla norma sulla produzione normativa (cf. L. DE LUCA, s. v. *Fonti del diritto (diritto canonico)*, in EdD, XVII, Milano 1968, 969-969).

⁴ La dottrina dell'epoca era piuttosto riluttante ad ammettere la fonte consuetudinaria (cf. F.J. URRUTIA, *Reflexiones jurídicas acerca de la costumbre jurídica en la Iglesia*, in AA. VV., *Investigationes Theologico-Canonicae*, Roma 1978, 451-452). Alcuni consultori (Wernz, Palmieri), infatti, proposero la quasi abolizione del diritto consuetudinario; circa l'elaborazione dei cann. relativi alla consuetudine nel Codice piano-benedettino, cf. M. SANZ GONZÁLEZ, *La costumbre en la etapa preparatoria del CIC de 1917*, in *Studia Gratiana*, XXIX, 761-777 e ID., *La costumbre en la elaboración del Código de derecho canónico de 1917*, in AA. VV., *La consuetudine tra diritto vivente e diritto positivo*, a cura di M. TEDESCHI, Messina 1998, 107-138.

⁵ Questo canone era già presente fin dal primo Schema, del 1912, e la sua formulazione è rimasta invariata sino alla promulgazione del Codice.

⁶ Gasparri segnala come fonti di questo canone i seguenti passi del *Corpus Iuris Canonici*: D.12, c.3; X 1.4.8 e 9; X 1.5.4. Dall'analisi di questi testi non sembra invero che si possa evincere il risultato del canone in parola.

principio⁷. In effetti, si addebita comunemente a Suárez (autore che ha esercitato un considerevole influsso nella canonistica posteriore e la cui dottrina fu specialmente presente nei lavori di codificazione) l'aver accentuato il ruolo del legislatore nella formazione della norma consuetudinaria, nel dividere la causa efficiente della consuetudine in prossima (il comportamento consuetudinario) e primaria (il consenso del legislatore)⁸.

Al di là della base storica e dottrinale, il fatto è che il Codice del 1917 consolidò l'idea di concepire la consuetudine canonica come una norma la cui unica causa efficiente della sua componente normativa sarebbe il consenso del superiore, al punto che è stato giustamente messo in rilievo che con tale asserzione si era operata una quasi identificazione formale tra la legge e la consuetudine⁹. Tenendo presente questi presupposti si può ben comprendere perché certi aspetti della consuetudine sono stati al centro dell'attenzione della canonistica posteriore al Codice piano-benedettino. Mi riferisco in particolare alla celebre polemica (che vide coinvolti in maniera particolare tre famosi canonisti: Michiels, Van Hove e Fedele) attorno alla necessità o meno dell'*animus communitatis* per l'introduzione della consuetudine *contra legem*, tematica già presente prima del 1917, ma riproposta dopo l'emanazione del primo Codice dato che esso richiedeva espressamente l'*animus* per l'introduzione della consuetudine *praeter legem*, ma taceva riguardo a quella *contra legem*¹⁰. In effetti, muovendo dal principio che la forza normativa promana esclusivamente dal superiore si poteva giungere, non solo a negare la necessità dell'intenzione di introdurre diritto da parte della comunità, ma persino ad affermare — come fece il Michiels — la sufficienza del nudo fatto dell'inosservanza della legge (senza nessun altro elemento volitivo), il che, del resto, spianava la strada alla spiegazione delle difficili questioni inerenti alla consuetudine contrarie alla legge ecclesiastica, quale, appunto, il problema morale relativo alla legittimità (e addirittura al potere normativo) della consapevole e voluta disobbedienza alla legge da parte della

⁷ Difatti, Rocco Curzio, autore di un trattato sulla consuetudine canonica degli ultimi anni del Quattrocento o dei primi anni del Cinquecento, sufficientemente emblematico della tradizione canonistica come per essere incluso nella celebre collezione veneziana del sedicesimo secolo *Tractatus universi iuris*, considerava la consuetudine come una norma introdotta non solo dal popolo ma anche dal consenso tacito o dalla tolleranza dell'autorità (cf. ROCHUS CURTIUS, *De consuetudine*, in *Tractatus illustrium in utroque tum pontificii, tum caesarei iuris facultate iurisconsultorum*, II, Venetiis 1584, fol. 345r-381v). Per una maggiore informazione su questo autore e la sua opera sulla consuetudine, cf. G. HERRÁIZ, *El tratado de Rochus Curtius sobre la costumbre*, tesi dottorale, Centro Accademico della Santa Croce, Roma 1990.

⁸ Il tenore del can. 25 del Codice del 1917 riecheggia la seguente contundente affermazione del Dottore Esimio: «primum omnium statuendum est consensum 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). Per un'interpretazione della dottrina suareziana in materia vd. C. LARRAÍNZA, *La naturaleza del "derecho consuetudinario" según Francisco Suárez*, in IC, 44 (1982) 763-782.

⁹ Cf. T. MAURO, *Le fonti del diritto canonico*, in *La norma en el Derecho Canónico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico. Pamplona 10-15 octubre 1976*, I, Pamplona 1979, 542.

¹⁰ Su questa tematica, vd. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis»...*, 48-79; J. OTADUY, sub *can. 25*, in ComEx, 447-449 e G. COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Padova 1993, 144-153.

comunità¹¹. La negazione però dell'elemento intenzionale nel momento creativo della consuetudine poteva intaccare la natura stessa del fenomeno consuetudinario, ragione per cui la tesi del Michiels venne respinta da alcuni autori, sia esigendo almeno l'*animus interpretativus tollendi obligationem legis* (Van Hove¹²), sia affermando la necessità di un *animus* diretto all'effetto prossimo della condotta comunitaria benché non rivolto alle conseguenze giuridiche che tale comportamento produrrebbe in forza dell'intervento del consenso del legislatore (Fedele¹³).

Giova ora rilevare che anche quando si richiedesse l'*animus communitatis*, il ruolo della comunità resterebbe comunque, secondo la disciplina dell'antecedente Codice, in un piano di mera passività sotto il profilo giuridico. Non desta, dunque, meraviglia che la canonistica postconciliare, forte dell'impulso dato dall'ecclesiologia del Vaticano II alla posizione attiva di tutti i battezzati all'interno della Chiesa, abbia voluto rivedere il tema del soggetto attivo della consuetudine canonica¹⁴. Si è, infatti, osservato come la corresponsabilità all'edificazione della Chiesa di tutti gli incorporati mediante il battesimo al popolo di Dio, basata sul sacerdozio comune, di cui al n. 10 della *Lumen Gentium*, implichi il riconoscimento della cooperazione attiva dei fedeli nella creazione della norma consuetudinaria¹⁵. Si è anche affermato che il ruolo attivo dei laici nella missione della Chiesa si potrebbe manifestare fra l'altro nella creazione di consuetudini canoniche¹⁶. I diversi autori hanno poi cercato differenti aspetti della teologia conciliare su cui fondare il fenomeno consuetudinario nella Chiesa, mettendo sempre in risalto la funzione attiva della comunità. Si è così voluto riscontrare nella presenza della legge e della consuetudine un'esigenza della struttura comunionale della Chiesa, poiché il popolo accetta una legge che non ha promulgato e il legislatore approva una consuetudine da lui non prodotta¹⁷; altri hanno creduto di poter trovare le radici ecclesiologiche del fenomeno consuetudinario nel *sensus fidei* del popolo di Dio, giacché, come il fedele è capace di esprimere comunionalmente il senso della fede della Chiesa, a maggior

¹¹ Cf. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, I, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, 100-107.

¹² VAN HOVE, *De consuetudine...*, 109-119.

¹³ Cf. P. FEDELE, *Il problema dell'«animus communitatis» nella dottrina canonistica della consuetudine*, Milano 1937.

¹⁴ Vedi una sintesi dei diversi tentativi operati in questi anni dalla canonistica e delle loro rispettive argomentazioni in J. OTADUY, *La comunidad como fuente de derecho (Presupuestos eclesiológicos y sociales de la costumbre)*, in *Metodi, fonti e soggetti del diritto canonico. Atti del Convegno Internazionale di Studi «La Scienza Canonistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi e prospettive in D'Avack, Lombardia, Gismondi e Corecco»*. Roma 13-16 novembre 1996, a cura di J.I. ARRIETA e G.P. MILANO, Città del Vaticano 1999, 416-463: 419-428.

¹⁵ Cf. J. ARIAS, *El «consensus communitatis» en la eficacia normativa de la costumbre*, Pamplona 1966, specie 136-150.

¹⁶ P. LOMBARDÍA, *Los laicos*, in ID., *Escritos de Derecho Canónico*, III, Pamplona 1974, 204.

¹⁷ Cf. W. AYMANS-K. MÖRSDORF, *Kanonisches Recht. Lehrbuch Aufgrund des Codex Iuris Canonici*, I, Paderborn-München-Wien-Zürich 1991, 208-212.

ragione sarebbe in grado di produrre una norma consuetudinaria, perché questa altro non rappresenterebbe che la *ordinatio practica* della *regula fidei* creduta¹⁸.

Lo stimolo dell'ultimo Concilio si è anche fatto sentire nella legislazione. Infatti, la dizione dell'attuale can. 23 suona assai diversa da quella del suo corrispondente can. 25 del vecchio Codice: «Ea tantum consuetudo a communitate fidelium introducta vim legis habet, quae a legislatore approbata fuerit, ad normam canonum qui sequuntur»¹⁹. Consta, infatti, l'intenzione dei redattori della nuova norma di sottolineare la parte attiva dei fedeli²⁰. Da parte sua, il can. 1506 § 1 del Codice orientale ha desiderato espressamente far menzione dell'azione dello Spirito nella produzione della norma consuetudinaria, poiché è proprio lo Spirito Santo a guidare la vita delle comunità cristiane: «Consuetudo communitatis christianae, quatenus actuositati Spiritus Sancti in corpore ecclesiali respondet, vim iuris obtinere potest».

A ben riflettere, i disposti dei canoni attuali citati, benché mettano in risalto la posizione attiva dei fedeli, non dirimono definitivamente la questione sulla valenza normativa dell'intervento della comunità. Rimane lontano, certo, il dibattito poc'anzi ricordato circa la necessità o meno dell'*animus*, dal momento che l'attuale can. 25 lo esige per ogni tipo di consuetudine, ma ci si può ancora chiedere quale sia esattamente il potere normativo della comunità nei confronti del legislatore, e penso che questo sia il principale problema di fondo presente tuttora nella canonistica²¹. Anzi, si potrebbe pensare che le attuali formule codiciali sulla consuetudine hanno in certo modo aggravato il problema, poiché il riconoscimento dell'intervento della comunità nella creazione della consuetudine non può intaccare la costituzione gerarchica della Chiesa. Si ripropone ancora la questione se la condotta consuetudinaria sia un fatto avente in sé stesso un'esigenza giuridicamente vincolante, e allora come conciliare la consuetudine con il rispetto al principio

¹⁸ Cf. R. BERTOLINO, *Spunti metodologici per una dottrina della consuetudine nel diritto canonico*, in *Studi in memoria di Pietro Gismondi*, I, Milano 1987, 99-123 ora anche in ID., *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell'uomo e istituzione*, Torino 1989, specie 63. L'autore si richiama alla dottrina di Corecco, secondo il quale il cristiano non investito della potestà di imperio può cogliere la verità comunione dei comportamenti (cf. E. CORECCO, *Valore dell'atto «contra legem»*, in *La norma canonica...*, I, 257).

La tesi che vede nel *sensus fidei* il fondamento della consuetudine canonica è stata oggetto di acuta critica, rilevando il divario esistente tra l'uno e l'altro fenomeno (l'ambito necessariamente universale del *sensus fidei*, la diversità di oggetto, ecc.) (cf. COMOTTI, *La consuetudine...*, 104-115 e S. GHERRO, *Normazione canonica e Popolo di Dio*, in *Studi sul Primo Libro del Codex Iuris Canonici*, a cura di S. GHERRO, Padova 1993, 100-101). Da parte mia, senza negare le evidenti differenze, non trovo difficoltà nel considerare il *sensus fidei* un elemento presente nell'agire della Chiesa, presente anche nel farsi di una consuetudine, sebbene penso che lo stabilire un collegamento più o meno diretto di fondazione della consuetudine nel *sensus fidei* non può portare che a delle confusioni, non da ultimo perché la condotta consuetudinaria è assai contingente e può cambiare al senso opposto mutando le circostanze. Ciò che appare comunque del tutto fuorviante è la pretesa di applicare le stesse categorie concettuali della consuetudine (del resto, non del tutto ben comprese) al *sensus fidei* con la finalità di legittimare un presunto *sensus fidei contra magisterium*.

¹⁹ Il corsivo, ovviamente, è mio.

²⁰ Cf. Comm 3 (1971) 86; sull'attuale can. 23, vd. anche Comm 17 (1985) 35-36.

²¹ Cf., per esempio, PELLEGRINO, *L'«animus communitatis»...*, soprattutto 253-265 e S. GHERRO, *L'«animus communitatis» della consuetudine canonica*, in *Ephemerides iuris canonici*, 38 (1982), 123.

gerarchico, o se, al contrario, sia un mero presupposto di fatto avente la funzione di far scattare la forza giuridica di una norma di produzione normativa, e in tal caso come armonizzare siffatta spiegazione con la natura medesima della norma consuetudinaria.

Ho voluto ricordare sommariamente i termini della questione per evidenziare come le problematiche poste solitamente nell'ambito canonistico siano incentrate soprattutto attorno all'interrogativo relativo all'origine del potere vincolante della norma consuetudinaria. Anche le più recenti preoccupazioni sulla fondazione ecclesiologica della consuetudine nella Chiesa intendono, in realtà, fornire sotto il profilo teologico una risposta plausibile alla questione sul potere normativo della consuetudine. La problematica è senz'altro degna di riflessione, ma ritengo che essa non dovrebbe costituire il tema centrale della riflessione canonistica. Naturalmente, al giurista interessa determinare chi gode di potestà di dare norme, poiché tale potestà è un *suum* che bisogna rispettare per giustizia, ma focalizzare il problema giuridico della consuetudine in base al potere normativo nella Chiesa supporrebbe invero cadere nella visione riduttiva del diritto consistente nel considerarlo quale prodotto della potestà, cioè come qualcosa vincolante perché ingiunto da chi ha potestà per obbligare. Dalla prospettiva giuridica, la norma non interessa in quanto risultato dell'esercizio del potere sociale, bensì in quanto alla sua relazione con il diritto, inteso questo come l'oggetto della giustizia. La domanda giuridica non sarebbe tanto (o non solo) “da dove promana il potere vincolante della consuetudine”, quanto “perché è *giusto* seguire la consuetudine” o, in altre parole, “perché la condotta consuetudinaria costituisce diritti e crea di conseguenza obblighi di giustizia e a quali condizioni”, cioè, “quale è la giustizia insita nel fenomeno consuetudinario”²².

Prima di addentrarsi nella questione che, secondo me, è quella strettamente giuridica, può essere utile indicare un'osservazione preliminare. Per una concezione positivista del diritto il rilievo ora proposto sarebbe privo di senso, in quanto tutto si ridurrebbe ad un unico quesito, poiché, da questa prospettiva, i diritti e gli obblighi di giustizia non potrebbero che sorgere dal potere sociale, non sarebbero, cioè, altro che il risultato del potere normativo e, pertanto, la consuetudine creerebbe diritti ed obblighi precisamente ed esclusivamente perché proveniente dal potere sociale capace di creare diritti ed obblighi. Non è questa la sede per ribattere a siffatta impostazione. Basta constatare che, non operare — come di fatto molto spesso non si fa — la distinzione in parola, implica accettare l'impostazione positivista, e temo che ciò accada nella canonistica —senz'altro, inconsciamente— più spesso di quanto sembri, perché inficiata dalla

²² Sono debitore della dottrina di Javier Hervada relativa alla necessità di superare la concezione normativista del diritto, ripristinando quello che si potrebbe chiamare il “realismo giuridico classico”, consistente nel partire dall'idea del diritto quale *res iusta*, il *suum* di ognuno che gli è dovuto in giustizia. Riguardo specificamente la relazione della norma con il diritto vd. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Pamplona 1992: 304-421.

concezione volontaristica della legge, la quale porta a considerare giusto ciò che è comandato e perché è comandato (*iustum quia iussum*).

Tutto ciò premesso mi accingo ad offrire alcuni tentativi di risposta alle questioni che ho qualificato strettamente giuridiche. E' quasi superfluo manifestare che non pretendo minimamente fornire una risposta definitiva ai molteplici e secolari quesiti che la consuetudine pone al giurista in generale e, con maggiore difficoltà ancora, al canonista. La mia intenzione è rivolta, molto più modestamente, a ricordare alcuni aspetti della norma giuridica dal punto di vista dell'oggetto della giustizia, con la speranza che possa illuminare in qualche modo la comprensione della consuetudine canonica e, per riflesso, la conoscenza della legge ecclesiastica.

2. L'efficacia giuridica della realtà sociale

a) *La realtà sociale quale limite del potere legislativo*

Tralasciando l'origine del potere normativo della consuetudine, occorre ora constatare come sia evidente che la consuetudine rappresenti un'espressione della realtà sociale e quindi ci si può chiedere se detta realtà sociale abbia, di per sé, una qualche forza costitutiva e regolatrice di diritti e, in caso di risposta affermativa, se lo stesso discorso sia trasferibile alla Chiesa. Se la sola realtà sociale avesse una qualche virtualità normativa, generatrice di diritti, si dovrebbe concludere che non solo i membri della comunità avrebbero l'obbligo di rispettare tali diritti, ma anche il legislatore sarebbe in certo modo costretto a tenerne conto al momento di legiferare, al punto che gli usi comunitari verrebbero a costituire un limite giuridico al potere legislativo ecclesiastico.

Per tentare di dare una risposta soddisfacente al problema posto, giova notare preliminarmente qualche considerazione generale sulla natura della norma giuridica muovendo dalla prospettiva giuridica prima richiamata, concentrando l'attenzione proprio su quest'ultimo punto, cioè sulla realtà sociale quale eventuale limite del potere legislativo, lasciando ad un secondo momento l'analisi della forza normativa delle condotte consuetudinarie.

La norma è rispetto al diritto la sua *ratio*, la sua causa e misura (regola)²³, sicché costituisce un fattore strutturante della vita sociale, in quanto dispone gli elementi del corpo sociale in modo

²³ Già Cicerone definiva la legge come regola del diritto, *regula iuris* o *regula iusti* (cf. CICERONE, *De legibus*, I, VI, 19). E' classica d'altronde la nozione tomista di norma come *ratio iuris*: «lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris» (TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2).

ordinato in funzione del tutto. Essendo un ordine, deve essere percepito dalla ragione umana. Al di là della posizione che ogni autore adotti rispetto all'intellettualismo moderato tomista o al volontarismo moderato suareziano, la letteratura canonistica è concorde nell'insistere sulla necessità della razionalità della norma (ed essa viene espressamente richiesta, proprio nel caso della consuetudine, dal vigente Codice, al can. 24 § 2). E poiché la ragione umana è determinata dalla realtà oggettiva, la razionalità della norma non è altro che l'adeguazione della norma a quella realtà oggettiva, che peraltro la ragione apprende come regola. Ne deriva che la norma dovrà essere conforme alla realtà oggettiva della natura umana, cioè concorde con la morale e la giustizia, e, nel caso della norma canonica, congruente anche con la costituzione conferita da Gesù Cristo alla Chiesa. In sintesi, la razionalità della norma postula che essa sia conforme al diritto divino, naturale e positivo.

Ma si avrebbe una visione riduttiva della razionalità se si limitasse la sua operatività alla sola conformazione della norma con il diritto divino. Poiché la norma è una regola, un ordine, un'organizzazione strutturante della società, essa deve necessariamente adeguarsi alla realtà sociale di cui pretende essere regola, altrimenti non ordinerà né strutturerà, ma sarà o vana, perché impossibile da compiere, oppure perniciosa perché creerà un disordine o introdurrà uno squilibrio nella vita sociale. E' questo uno degli aspetti del realismo in cui consiste la razionalità, che porta, appunto, a vedere nell'atto normativo un atto prudenziale, giacché eccellenti norme nella teoria potrebbero rivelarsi nella pratica inutili o nocive se non corrispondono alle circostanze reali della comunità a cui si pretendono applicare²⁴.

In altre parole, l'agire dell'essere intelligente deve essere razionale in un doppio senso: agire secondo il proprio essere e secondo la realtà oggetto della sua operazione. Da un lato, l'ordine o struttura del suo proprio essere è regola razionale della sua attività. L'ordine morale è un ordine del dover-essere, dedotto dall'essere della persona umana, è un'esigenza dell'essere, altrimenti il dover-essere sarebbe un principio formale aprioristico, frutto dell'arbitrarietà della ragione. La *recta ratio* consiste nella percezione delle esigenze insite nell'essere. Dall'altro, l'essere intelligente deve operare secondo la realtà oggettiva di quello che è l'oggetto della sua operazione, come lo dimostra l'esperienza quotidiana rispetto alle arti e alle tecniche, le quali devono rispettare la struttura dell'oggetto della loro operazione per raggiungere un buon risultato (per costruire una casa bisogna tenere conto della resistenza dei materiali, per dipingere un quadro occorre conoscere la maniera di

²⁴ Cf. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, 359.

fissare i colori su una tela, ecc.); così anche per quel che riguarda l'arte di dare norme: essa deve rispettare l'essere della realtà che intende regolare²⁵.

Muovendo da questo schema di pensiero (rispondente allo iusnaturalismo più classico) si è costretti a riconoscere nelle abitudini comunitarie, in quanto manifestazione della realtà sociale, un limite, non meramente pratico ma anche giuridico, al libero esercizio del potere legislativo, in quanto una legge contraria alle circostanze reali della comunità non sarebbe razionale né, quindi, giusta. Già sant'Isidoro di Siviglia, in un noto testo raccolto da Graziano, dava questo avvertimento: «erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens...»²⁶. Con tutto ciò, si riproporrebbe, però, il problema della compatibilità del fenomeno consuetudinario con la costituzione gerarchica della Chiesa: la razionalità della legge, intesa come il dovere di confronto con la realtà sociale e, quindi, con le consuetudini comunitarie, non intaccherebbe il principio costituzionale della Chiesa, al porre un limite indebito — di stampo democratico — al potere del legislatore ecclesiastico?; non sarebbe contrapporre la volontà del superiore ecclesiastico a quella della comunità e, addirittura, favorire quest'ultima?; non legittimerebbe e fomenterebbe la disobbedienza nei confronti dell'autorità ecclesiastica?

Giunti a questo punto, giova rilevare alcune osservazioni circa il potere *giuridico* di porre norme. Che il potere della gerarchia ecclesiastica sia di origine divina non implica che si tratti di un potere illimitato, né deve portare a vedere il rapporto dell'autorità ecclesiastica con i fedeli in termini di superiore-inferiore, poiché la costituzione gerarchica della Chiesa nulla toglie alla situazione fondamentale di uguaglianza di tutti i fedeli all'interno del popolo di Dio, in forza della cristiconformazione ricevuta nel battesimo. Al contrario, la *potestas regiminis in Ecclesia* è un potere *giuridico*, determinato, cioè, dal diritto e occorre affermare che, sul piano giuridico, è da rifiutare qualunque spiegazione dell'obbligatorietà di una norma in forza di una pretesa superiorità della ragione o della volontà di un'autorità umana che si ergerebbe a regola o misura di altre volontà. Il discorso giuridico deve partire, viceversa, dal presupposto dell'uguaglianza ontologica tra i soggetti: nessuna ragione e volontà umana sono ontologicamente superiori ad altre. L'obbligatorietà della norma non emana dalla superiorità personale della volontà del governante, per quanto egli abbia ricevuto da Dio la *potestas regiminis*, ma dal rapporto esistente tra lui e la comunità, rapporto che può ben qualificarsi giuridico, in quanto esiste davvero una relazione

²⁵ Cf. *ibidem*, 356-357.

²⁶ ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etymologiarum*, L. 2, cap. 10, n. 6 (PL 82.131). Cf. D.4 c.2. E' molto suggerente il commento fatto da san Tommaso a questo passo in *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 3: «... uniuscuiusque rei quae est propter finem, necesse est quod forma determinetur secundum proportionem ad finem (...) finis autem humanae legis est utilitas hominum (...) et secundum humanam consuetudinem; non enim potest homo solus in societate vivere, aliis morem non gerens...».

giuridica in cui una è la posizione di colui al quale spetta la funzione di governare (comprendente fra l'altro la mansione di determinare l'ordine sociale) e altra, correlativa ad essa, è la situazione della comunità: al diritto di governare corrisponde l'obbligo della comunità (vincolo giuridico) di obbedire al comando legittimo poiché esso è necessario per il corretto andamento della vita sociale e, per la stessa ragione, esiste contemporaneamente il dovere giuridico di governare e il correlativo diritto della comunità ad essere governata. L'oggetto della potestà giuridica di governo consiste, dunque, nel potere di sviluppare la funzione di reggere la società, cioè di compiere un servizio alla comunità, soddisfacendo quindi una sua necessità²⁷. Ciò che è al di là di questa funzione di servizio non può essere oggetto di potere giuridico di governo, ma di abuso di potere. E c'è da aggiungere che siffatto discorso, valido per ogni ordinamento giuridico, lungi dall'incontrare obiezioni nell'ordinamento canonico trovi invero ulteriori conferme e fondazioni ecclesiologiche, in quanto la *sacra potestas* è comprensibile solo in un contesto di *ministerium*: l'autorità ecclesiastica ha ricevuto la missione di pascere il popolo di Dio e con ciò la potestà di svolgere il servizio di governare la Chiesa.

Penso che questo modo di impostare l'obbligatorietà degli atti promananti dall'autorità nonché quella degli usi sociali evidenzia quanto sia fuorviante l'analisi del fenomeno consuetudinario nella Chiesa in termini dialettici di opposizione tra la potestà del legislatore e un certo potere di cui godrebbe la comunità (in forza del sacerdozio comune o del *sensus fidei* o altro fondamento che si voglia addurre) oppure il problema dell'efficacia della volontà del legislatore che trova l'ostacolo della volontà della comunità. Che nella vita di ogni giorno la consuetudine abbia a che vedere con il problema disciplinare dell'obbedienza è fuori dubbio, ma ciò che intendo ora sottolineare è il fatto che di per sé il problema giuridico della consuetudine non si riferisce ad un conflitto di poteri, ma all'obbligatorietà giuridica della realtà sociale²⁸.

b) *La razionalità degli usi sociali*

Naturalmente, non tutti gli usi sociali, per quanto radicati nella vita di una comunità, godono della stessa forza giuridica vincolante. La stessa vita sociale contiene un ordine strutturante la comunità in quanto attribuisce competenze, diritti, obblighi e segnala quali dovranno essere le condotte; il legislatore, nel tentativo di ingiungere un ordine non potrà fare a meno dell'ordine già stabilito dalla comunità medesima, ma ciò non comporta necessariamente che esso debba essere

²⁷ Vd. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, 343-355 e 372-374.

²⁸ Circa la possibilità di inquadrare dentro la consuetudine *contra legem* alcuni atteggiamenti sorti nella vita ecclesiale dopo il Concilio Vaticano II, vd. J. FORNÉS, *La costumbre «contra legem», hoy*, in *La norma canónica...*, I, 747-781: 747-753.

lasciato immutato in ogni caso²⁹. Nei confronti del legislatore, infatti, l'usanza sociale può presentarsi come qualcosa che va fomentata, o semplicemente rispettata, o come un male da tollerare, o, infine, come una situazione che va rimossa. Tutte queste azioni (fomento, rispetto, tolleranza e repressione) rientrano, infatti, nella funzione di stabilire un ordine sociale giusto.

A questo proposito, occorre ricordare che spetta al legislatore determinare la regola che ordinerà la vita sociale: il piano di uguaglianza ontologica esistente nella Chiesa, a cui ho prima accennato, non comporta, tuttavia, una parità in quanto alla funzione legislativa né, quindi, un'uguaglianza di potere normativo. La comunità può ordinare la propria vita mediante la prassi, ma la funzione di determinare le regole strutturanti della società è compito, invece, del legislatore, il quale gode della potestà di reggere il popolo di Dio. A ciò si aggiunge, poi, che nella Chiesa la funzione legislativa viene spesso unita con la potestà-funzione di insegnare, di modo che la gerarchia ecclesiastica dovrà sovente pronunciare un giudizio magisteriale di approvazione o condanna rispetto ad un determinato comportamento comunitario. Ad ogni modo, sarebbe del tutto fuorviante impostare la questione in termini dialettici, come se ci fosse la comunità da una parte e l'autorità dall'altra; non c'è in realtà comunità cristiana senza la guida dei suoi Pastori³⁰. Qui si ripropongono con tutta la loro forza le esigenze derivate dall'essere comunionale della Chiesa.

Riassumendo, la realtà sociale può talvolta presentarsi quale limite giuridico al potere legislativo, in quanto una legge ad essa contraria potrebbe essere inficiata di irrazionalità. Ciò accadrà invero piuttosto eccezionalmente, giacché l'inadeguatezza alla vita sociale che rende irrazionale e, pertanto, giuridicamente invalida una norma, deve essere tale da costituire un disordine anziché un ordine. Più frequentemente si porrà dinanzi al legislatore un problema di prudenza governativa, soprattutto quando si tratta di scegliere tra l'alternativa di tollerare una situazione o di rimuoverla³¹.

Muovendo da queste considerazioni, non desta meraviglia che lo studio della consuetudine (specie quella *contra legem*) sia stato solitamente relazionato con quello della recezione della legge³². Invero, il problema nasce già dal famoso *dictum* di Graziano, solo parzialmente raccolto dal Codice, in cui si afferma: «leges instituuntur cum promulgantur, firmantur, cum moribus utentium

²⁹ Per un'esposizione della concezione tomista della legge e della funzione del legislatore riguardo il diritto divino e la realtà delle cose, vd. G. GRANERIS, *Contributi tomistici alla Filosofia del Diritto*, Torino 1949, 33-48.

³⁰ Non si potrebbe, cioè, parlare di norma canonica se la comunità intendesse obbligarci, «esclusione o preclusione fatta dalla gerarchia». Cf. V. DE PAOLIS-A. MONTAN, in AA. VV., *Il diritto nel mistero della Chiesa*, I, ROMA 1988, 275.

³¹ Sulla diversa portata giuridica degli istituti volti a permettere situazioni contrarie alla disciplina ecclesiastica (tolleranza, dissimulazione, dispensa, ecc.) e la maniera di applicarli legittimamente da parte dell'autorità, senza che essa cada nella debole connivenza, vd. G. OLIVERO, «*Dissimulatio*» e «*tolerantia*» nell'ordinamento canonico, Milano 1953 e E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Milano 1997, 186-199.

³² Cf. OTADUY, *La comunidad...*, 421-423 e la bibliografia ivi citata.

approbantur»³³. In effetti, la *desuetudo*, a rigore, non è che una specie di consuetudine *contra legem*, la quale, a determinate condizioni, può appunto prevalere sulla legge stessa. Senza poter ora entrare nel tema specifico della recezione ed efficacia della legge canonica, vorrei soltanto richiamare l'attenzione sul fatto che anche questo punto è stato solitamente affrontato sotto il profilo dell'efficacia del potere, e da questa prospettiva si è facilmente scivolati nell'errore, favorito (in certo modo, paradossalmente) da una mentalità positivista, consistente nel confondere l'efficienza pratica di un determinato atto con la sua efficacia giuridica.

Per efficacia giuridica, nel senso stretto dell'espressione, si deve intendere, a mio avviso, la costituzione di diritti e di obblighi di giustizia, indipendentemente dalla possibilità o meno di farli valere coercitivamente. L'esistenza di un diritto comporta la sua esigibilità in forza della giustizia, non in virtù della coazione fisica; anzi, l'obbligo di giustizia (effetto dell'efficacia giuridica di un determinato atto) esiste dal momento in cui c'è un diritto, a prescindere dall'esercizio della *facultas exigendi* da parte del titolare del diritto³⁴. L'efficienza rispetto alle esigenze di giustizia potrà essere a sua volta un diritto dei membri della comunità e un obbligo dei governanti, ma non va comunque identificata, come spesso accade, la necessità ad agire in un determinato modo perché costretti da un potere coercitivo, con l'obbligo giuridico. D'altronde, talvolta la coazione sociale può provenire, non dallo *ius* ma dalla *vis et iniuria*.

Ebbene, il presente discorso è applicabile al tema della recezione della legge e alla creazione della consuetudine ad essa contraria: la legge esiste a partire dalla promulgazione, esplica la sua efficacia giuridica a partire dalla sua entrata in vigore, con la costituzione e regolamentazione di diritti e di doveri, ma ciò non comporta necessariamente che essa venga di fatto applicata. L'effettiva applicazione della legge di per sé nulla aggiunge alla sua obligatorietà giuridica; soltanto quando si consolida una consuetudine contraria (o una *desuetudine*) la legge perde la sua forza normativa, al punto che non è a rigore legge ma solamente un mero testo morto (abrogato, cioè, per via consuetudinaria), fenomeno, però, da non confondere con il risultato illegittimo e

³³ D.4 d. p. c. 3.

³⁴ Pensare che l'obbligo di giustizia si dà soltanto quando esso viene richiesto è frutto della confusione — molto frequente nella cultura giuridica contemporanea e nella mentalità comune — che si opera tra diritto e diritto soggettivo, quando, cioè, si pensa che l'oggetto della giustizia sia la *facultas agendi, possidendi et exigendi*, ma non la *ipsa res iusta*, che è sotto il dominio di una persona e per ciò gli è dovuta in giustizia. La confusione nasce con Guglielmo di Ockham ed è assunta da Suárez; a partire dal secolo XVII tale idea è ricorrente negli autori e predominante a partire dal secolo scorso poiché combacia bene con il liberalismo. Cf. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 1975, 225-262 (ed. italiana: *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano 1986, pp. 195-224); HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, 237-244 (e la bibliografia ivi citata). Per quanto riguarda il modo di intendere i diritti e i diritti soggettivi nella Chiesa, vd. J.I. ARRIETA, *I diritti dei soggetti nell'ordinamento canonico*, in *Persona y Derecho. Suplemento Lex Nova de derechos fundamentales del fiel*, 1 (1991) 9-33.

ingiusto che possa talvolta generarsi in seguito al grande potere coercitivo delle abitudini sociali quando esse si oppongono alla legge (in maniera certamente efficace sul piano operativo)³⁵.

In altri termini, la normatività dell'ordine sociale è sempre sottoposta alla condizione essenziale della razionalità, sia che la consuetudine consista nell'introduzione di un ordine *secundum legem* o *praeter legem*, sia che si opponga alla legge mediante una condotta positiva ad essa direttamente contraria oppure mediante l'inosservanza della legge. E non sarà un ordine razionale obbligante quello che contraddica il diritto divino (naturale o positivo) né quello che pretenda rompere il *nervus disciplinae ecclesiasticae*, poiché introdurrebbe in realtà un "disordine", come nel caso della consuetudine impediente l'esercizio legittimo della potestà ecclesiastica³⁶.

Ritengo, insomma, che lo schema di pensiero che ruota attorno alla normatività dell'ordine sociale costituito aiuti anche a comprendere il valore interpretativo della consuetudine. L'asserzione del can. 27 secondo cui la consuetudine è ottima interprete delle leggi, non può essere intesa, a mio modo di vedere, in relazione con il testo della legge (altri sarebbero in grado di capire meglio della comunità le formulazioni legali), ma in riferimento all'applicazione della legge alla realtà da essa regolata³⁷. D'altra parte, non va dimenticato che l'attività legislativa consiste spesso nell'interpretare la realtà, nello scoprire ciò che di normativo si trova nella stessa vita comunitaria per astrarlo in formule normative³⁸. In questo senso, occorre vedere nella consuetudine la migliore interprete della realtà e riconoscerne, perciò, il valore normativo, vale a dire occorre presumere che

³⁵ Non mi sembra condivisibile, per esempio, la distinzione proposta da Örsy secondo cui l'accettazione della legge non apparterebbe all'essenza stessa della legge, ma sarebbe necessaria per il suo *esse*, per la sua esistenza (cf. L. ÖRSY, sub *cann. 1-28*, in *The Code of Canon Law. A text and commentary*, a cura di J.A. CORIDEN, T.J. GREEN, D.E. HEINTSCHEL, New York 1985, 29-30). Ritengo che la legge incominci ad esistere mediante la sua promulgazione e a partire dalla sua entrata in vigore, se non è inficiata da irrazionalità, obbliga ad essere osservata (efficacia giuridica), anche se non viene rispettata (inefficacia di fatto); qualora non si osservasse affatto da tutta la comunità (quindi, la medesima autorità compresa) la legge smetterebbe di esistere in forza della *desuetudo* o, come è tradizionale dire nella canonistica, per cessazione della legge *ab intrinseco*.

³⁶ Le cause di irrazionalità delle consuetudini non si limitano agli esempi citati. Sarebbero anche irrazionali non solo le consuetudini che impedissero il libero esercizio dei diritti fondamentali dei fedeli (perché, in realtà, contrarie al diritto divino), ma anche quelle contrarie all'essenza degli istituti giuridici (per esempio, sarebbe irrazionale, assurda, la consuetudine che pretendesse esercitare l'appello all'interno della stessa istanza processuale). Si comprende, dunque, perché il legislatore riprovi consuetudini (ne dichiari, cioè l'irrazionalità) non direttamente contrarie al diritto divino ma opposte comunque al "nervo" della disciplina ecclesiastica. Il Codice del 1983, per esempio, ha riprovato giustamente le eventuali consuetudini contrarie ai seguenti principi legali: la libertà del vescovo di scegliere gli accompagnatori o aiutanti nelle visite pastorali (can. 396 § 2); la nomina di un solo Amministratore diocesano (423 § 1); l'esistenza di un solo parroco o moderatore nella medesima parrocchia (can. 526 § 2); l'introduzione di nuovi impedimenti matrimoniali o l'abolizione di quelli esistenti per via consuetudinaria (1076); l'obbligo del rendiconto all'Ordinario del luogo da parte degli amministratori di beni ecclesiastici (1287 § 1); la riserva di determinate cause a tribunali collegiali (1425 § 1).

³⁷ Come è noto, il principio sul valore interpretativo della consuetudine, presente già nelle Decretali (cf. X 1.4.8, e anche VI° Reg. 45), proviene dal diritto romano, concretamente da questo testo di PAULUS: «Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpretis consuetudo» (*Dig. 1.3.37*). Cf. anche *Dig. 1.3.38* dove si riferisce che l'Imperatore Severo affermò che nei casi ambigui la consuetudine otteneva forza di legge.

³⁸ Sono molto interessanti le considerazioni circa la normativa del vero, dell'esperienza vissuta del vero e della convinzione dell'esistenza di un bene vero, proposte da K. WOJTYLA, *Persona e atto*, Città del Vaticano 1982, 190-191.

la realtà è ordinata³⁹. Partendo da questo presupposto non desta, dunque, meraviglia, la facilità con cui è stata da sempre attribuita alla consuetudine la sua condizione di fonte suppletiva⁴⁰; in effetti, se la realtà sociale, come sopra rilevato, costringe il legislatore a tenerne conto al momento di legiferare e le consuetudini devono essere considerate come le migliori interpreti della legge e della realtà, ne consegue l'obbligo anche per i membri della comunità di rispettare le legittime consuetudini, cioè, la normatività per tutta la comunità delle consuetudini *praeter legem* e *secundum legem*.

A mio parere, il motivare la forza giuridica della consuetudine in virtù dell'ordine stabilito dalla realtà sociale, anziché tentare di darne una spiegazione cercando di individuare il potere di normazione della comunità, può illuminare le problematiche canoniche attorno alla consuetudine. Ad esempio, pur senza voler studiare il merito delle questioni relative alla necessità o meno dell'*animus iuris inducendi* e dell'*opinio iuris*, che esulano dai limiti della presente relazione, può essere tuttavia utile accennare alla possibilità di prospettare una spiegazione di questi elementi alla luce di quanto rilevato circa la razionalità insita nella realtà sociale⁴¹. E, continuando il discorso sotto questo profilo, si può ben comprendere il perché della vicinanza della consuetudine con l'istituto della prescrizione.

c) Portata giuridica della prescrizione legittima delle consuetudini

Penso, infatti, che dagli stessi presupposti sinora esposti muova la celebre decretale *Quum tanto*, primo testo legale ad ammettere la consuetudine contraria alla legge e punto di partenza delle

³⁹ Penso che sia questo il sottofondo del principio romanista relativo al valore normativo-interpretativo della consuetudine espresso da PAULUS: «minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt» (*Dig.* 1.3.23).

⁴⁰ IULIANUS: «De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est» (*Dig.* 1.3.32). Il principio romanista si introdusse anche nell'ambito canonico. Così, TERTULLIANO affermava: «Consuetudo autem etiam in civilibus rebus pro lege suscipitur cum deficit lex: nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat» (*De corona*, cap. 4 [PL 2.81]); la stessa idea fu ripetuta da ISIDORO DI SIVIGLIA (*Etymologiarum*, L. 2, cap. 10, nn. 2-3 [PL 82.131]) e da GRAZIANO (D.1 c.5). Anche sant'Agostino scriveva: «In his enim rebus de quibus nihil certi statuit divina Scriptura, mos populi Dei et instituta maiorum pro lege tenenda sunt» (AGOSTINO, *Epistola 36 Casulano presbytero*, cap. 1, n. 2 [PL 33.136]); anche questo testo fu raccolto dal Decreto (cf. D.11 c.7).

⁴¹ Pur restando ferma, giustamente, la distinzione tra l'*animus ius inducendi* e l'*opinio iuris*, nulla osterebbe a trovare le radici comuni di questi due elementi. Si osserva un determinato comportamento perché si pensa che *hic et nunc* sia il modo più giusto di farlo, e lo si fa volendo che tale sia la regola valida del comportamento («eo animo fiat, ut credant se ius habere, et in posterum illud intendunt facere» D.8 c.7 gl v. *consuetudinem* e X 1.4.11 gl v. *legitime sit praescripta*). E se da antico si è sempre osservata tale condotta, essa godrà, logicamente, della presunzione di giustizia. Mi pare che solo muovendo da questi presupposti si possa uscire dal circolo vizioso additato da Bobbio, quando rileva che sarebbe contraddittorio considerare l'*opinio iuris* quale elemento costitutivo della norma consuetudinaria, cioè presupposto necessario dell'obbligatorietà, se l'*opinio* significa appunto la convizione dell'esistenza di una norma già costituita (cf. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova 1942, 53).

prime riflessioni dottrinali in materia⁴². Come è noto, questa decretale di Gregorio IX, dopo aver dichiarato l'inderogabilità del diritto naturale attraverso la consuetudine, raccoglieva il testo di una costituzione imperiale di Costantino, riflesso, da una parte, dell'apprezzamento del diritto romano verso le consuetudini e gli usi antichi, ma, dall'altra, della concezione della norma, propria del Basso Impero, fortemente ancorata nel potere dell'imperatore; dice così il testo costantiniano: «consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem»⁴³. Ebbene, la citata decretale aggiungeva al testo imperiale citato ancora un'altra avversativa: «nisi fuerit rationabilis et legitime sit praescripta»⁴⁴. In effetti, ritengo che siano questi due elementi, razionalità e prescrizione, a costituire la chiave di volta per capire la consuetudine, specie quella *contra legem*.

E' ormai classica la maniera di iniziare la trattazione della consuetudine canonica con la distinzione di questa fonte normativa rispetto a figure affini: prassi della Curia Romana, meri usi, e via discorrendo, e tra questi istituti che presentano certe somiglianze con la consuetudine ma che non sono certamente inquadrabili in essa si annovera la prescrizione, affermando che la consuetudine è una condotta di tutta una comunità volta a dare una norma (di diritto oggettivo) per la comunità stessa, mentre la prescrizione è il modo originario di acquisire diritti e liberarsi da obblighi nei confronti di terzi⁴⁵. Appaiono invero ineccepibili le ragioni che hanno motivato la dottrina a distinguere l'istituto della prescrizione dalla consuetudine, tuttavia sembra che il distacco che si è venuto a creare tra questi due fenomeni sia alquanto esagerato e metta in penombra aspetti comuni che invece potrebbero illuminare la comprensione giuridica della consuetudine⁴⁶.

C'è da notare, però, che nei primi passi della riflessione dottrinale sulla consuetudine vi era una certa confusione tra la consuetudine e la prescrizione, fra l'altro perché non sempre è facile operare la distinzione nella pratica. Resta comunque il fatto che la canonistica classica parlava della prescrizione — intesa quale situazione consolidata pacificamente mediante il decorso del tempo —

⁴² In un passo della Glossa ordinaria al Decreto, firmato da BARTOLOMEO DA BRESCIA (probabilmente posteriore al 1245), si ammette la consuetudine contraria alla legge; soltanto «requiritur ut sit praescripta» (D. 8 c.7, gl. v. *consuetudinem*).

⁴³ Cod. 8.52. 2.

⁴⁴ X 1.4.11. Il testo completo di questo *caput* è il seguente: «Quum tanto sint graviora peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sanae mentis intelligit, naturali iuri, cuius transgressio periculum salutis inducit, quacumque consuetudine, quae dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari. Licet etiam longaevae non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel iuri positivo debeat praeiudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime sit praescripta».

⁴⁵ Cf., per esempio, A. REIFFENSTÜL, *Ius canonicum universum*, I, Venetiis 1735, lib. I, tit. IV, § I, nn. 23-28, 156-157; M. CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, I, Taurini 1950, 52; B. OJETTI, *Commentarium in Codicem Iuris Canonici. Liber Primus. Normae Generales (can. 1-86)*, Romae 1927, 168.

⁴⁶ Il Codice del 1983 ha voluto abbandonare l'espressione «legitime praescripta» per adoperare quella di «legitime servata». Sul punto, vd. P. LOMBARDIA, *Lezioni di Diritto canonico. Introduzione, Diritto Costituzionale, Parte generale*, ed. italiana a cura di G. LO CASTRO, Milano 1985, 212-213 e ROMANO GIACOMAZZO, *La consuetudine...*, 71.

quale elemento essenziale della consuetudine⁴⁷. Sembra che sia stato Suárez il primo autore a pensare che la prescrizione non sia dell'essenza stessa della consuetudine⁴⁸, coerente con il suo schema di pensiero secondo cui l'obbligo giuridico della consuetudine non può che emanare da un qualche intervento del superiore⁴⁹. La tesi suareziana trovò riscontro nei canonisti posteriori⁵⁰, ma venne contestata anche prima della codificazione⁵¹, sebbene un qualche riflesso di questa particolare tesi possa riscontrarsi ancora nell'attuale can. 26, il quale richiede che la consuetudine sia legittimamente osservata «nisi a competenti legislatore specialiter fuerit probata»⁵².

Pur restando ferma la distinzione tra l'istituto della prescrizione e la norma consuetudinaria, penso che la stessa natura delle cose porti ad un accostamento tra queste due figure. Infatti, se si parte dal riconoscimento dell'obbligatorietà giuridica dell'ordine giusto introdotto dalla vita comunitaria, esso non si sostanzierebbe se non attraverso appunto la ripetizione pubblica e pacifica della condotta consuetudinaria, il che garantisce, del resto, il consenso da parte dell'autorità. La similitudine non si riduce, però, all'elemento materiale e ai suoi requisiti (libertà degli atti, pubblicità, frequenza, e via dicendo), ma si trova anche nel fondamento della legittimità giuridica, e cioè nel fatto che è giusto che si riconosca valenza giuridica alla situazione di fatto che si è consolidata mediante il trascorrere del tempo. Stabilendo, dunque, un parallelismo tra la legittimazione giuridica della prescrizione e quella della consuetudine, si può asserire che, come si suole appuntare quale fondamento della prescrizione la necessità di certezza giuridica e di adattamento delle esigenze giuridiche alla realtà delle cose, così anche si può affermare che l'obbligatorietà della consuetudine risponde al bisogno di rispettare le giuste aspettative dei membri della comunità, i quali attendono che si segua un determinato comportamento, e ciò non in virtù di una mera "aspettativa" — conformemente all'accezione che tecnicamente la locuzione è venuta assumendo in dottrina per riferirsi alla situazione di chi non gode di un vero diritto nel senso forte

⁴⁷ La canonistica, nel commentare l'espressione «consuetudo praescripta» dei cann. 27 § 1 e 28 del vecchio Codice, ha ritenuto che il termine prescrizione andasse inteso in senso non tecnico, semplicemente come decorso di un certo periodo di tempo (cf. VAN HOVE, *De consuetudine...*, 167; X. WERNZ - RN VIDAL, *Ius Canonicum*, I: *Normae Generales*, Romae 1938, 361; A. VERMEERSH - RMEEREUSEN, *Epitome Iuris Canonici*, Mechliniae-Romae 1949, 141). Innocenzo III è stato probabilmente il primo a richiedere la prescrizione tra gli elementi della consuetudine in una decisione del 1200, raccolta in X 2.12.3 (cf. ROMANO GIACOMAZZO, *La consuetudine...*, 53-54).

⁴⁸ Cf. J.A. FERNÁNDEZ ARRUTI, *La costumbre en la nueva codificación canónica*, in *The new Code of Canon Law. Proceedings of the 5° International Congress of Canon Law, organized by Saint Paul University and held at the University of Ottawa, August 19-25, 1984*, a cura di M. Thériault e J. Thorn, Ottawa 1986, vol. I, 165-166.

⁴⁹ «Existimo enim dari consuetudinem iuris absque praescriptione, et certi temporis determinatione, ut est illa, quae sit cum scientia, et patientia Principis, illa enim inducit ius non in modum praescriptionis, sed in vi personalis consensus taciti, quem sufficienter indicare potest consuetudo non praescripta, ut per se clarum videtur» (SUÁREZ, *Tractatus de legibus...*, L. VII, cap. 8.16).

⁵⁰ Cf. A. REIFFENSTÜL, *Ius canonicum...*, I, lib. I, tit. IV, § IV, 163-166 e F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, I, Neapoli 1738, lib. I, pars I, tit. IV, §§ 3 e 4, 77-79.

⁵¹ Cf., per esempio, D. BOUIX, *Tractatus Iuris Canonici*, Parisiis 1852, 354.

⁵² Un'approvazione "speciale" fatta dal "legislatore" sarebbe invero una legge tratta dalla realtà sociale. In questo senso, cf. P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, in AA. VV., *Il nuovo Codice di diritto canonico*, a cura di S. FERRARI, Bologna 1983, 87-88.

del termine —, ma sulla base del diritto a conoscere con certezza le conseguenze giuridiche del proprio agire e a ricevere lo stesso trattamento a quello conferito precedentemente ai casi uguali⁵³. E come vi sono realtà che non possono essere oggetto di prescrizione, così anche ci sono esigenze giuridiche che non possono essere intaccate dalla consuetudine sotto pena di irrazionalità⁵⁴.

Trattando della prescrizione viene subito da chiedersi quale sia la valenza giuridica della consuetudine *inchoata*, quella cioè che non ha ancora raggiunto il tempo della prescrizione legalmente previsto. Proprio perché è un'abitudine della comunità, la tendenza sarà, logicamente, quella di osservare l'incipiente consuetudine, ma il problema radica nell'individuare l'obbligatorietà giuridica, al di là dell'efficacia pratica che possa avere la coercizione inerente agli usi sociali. La questione si porrà comunque in caso di conflitto, quando, cioè, cessi la "pacifica" prescrizione e sorga un conflitto o un dubbio di diritto. Naturalmente in tal caso è necessario affidarsi ad un giudizio prudenziale, essendo pressoché impossibile darne una risposta aprioristica soddisfacente. Ad ogni modo, è possibile affermare in linea di massima che, non avendo una norma consuetudinaria consolidata, costitutiva di un titolo giuridico, difficilmente si potrà far valere, dinanzi ad una resistenza, un diritto poggiato nella sola condotta consuetudinaria, mentre ritengo che sarebbe legittimo opporre l'eccezione in caso di richiesta di responsabilità per aver seguito un uso comunitario avente tutti i requisiti necessari per essere consuetudine canonica, eccezion fatta del decorso del tempo stabilito. In altre parole, la distinzione fra quella che potremmo chiamare "consuetudine-legge", avente cioè lo stesso valore formale della legge, e la "consuetudine sociologica" non deve portare però a misconoscere la rilevanza giuridica di quest'ultima; negarne l'efficacia giuridica è un tipico prodotto del normativismo formalista.

La questione ora considerata evidenzia, comunque, quanto sia necessaria la formalizzazione della fonte consuetudinaria. La consuetudine, infatti, si presenta, sì, come il tipo di norma che meglio si adatta alle necessità reali delle distinte comunità, ma si rivela anche un sistema alquanto

⁵³ Si potrebbe anche scorgere un'analogia tra la prescrizione e la consuetudine *contra legem* in uno dei fondamenti solitamente segnalati come legittimanti la prescrizione: la presunzione di abbandono da parte di colui che aveva il diritto perso per prescrizione; si potrebbe, infatti, nel caso della consuetudine contraria alla legge presumere un'abbandono da parte dell'autorità di far valere la legge. Pur essendo giusto, a mio parere, siffatto paragone, ritengo però che non possa essere allegata come fondamento della consuetudine contraria alla legge la sola presunzione di abbandono da parte del legislatore, poiché, a parte il fatto che occorrerebbe precisare quale sia esattamente l'atteggiamento dell'autorità (se si tratta, cioè, di approvazione o di mera tolleranza oppure di illegittima connivenza), una tale spiegazione comporterebbe accettare il legalismo volontarista.

⁵⁴ Riguardo a queste realtà immutabili è pienamente applicabile la regola del Sesto: «non firmatur tractu temporis quod de iure ab initio non subsistit» (VI° Reg. 18). Le materie escluse dalla prescrizione, come si può evincere dalla lettura del can. 199, lo sono o per propria natura ovvero per disposizione positiva, rispondente, però, non ad una decisione arbitraria ma ad un valore talmente prezioso per la vita della Chiesa tale da non vedere conveniente il sottoporlo al processo della prescrizione. Allo stesso modo, l'irrazionalità della consuetudine può avvenire o per la propria natura delle cose oppure per una riprovazione da parte dell'autorità competente mediante la quale intende tutelare un bene specialmente importante per la Chiesa.

precario per la tutela delle esigenze giuridiche della vita sociale. A ciò si aggiunga che, accanto alla funzione di adattamento delle norme alla realtà sociale, la consuetudine si può spesso presentare «come un'eco eccessivamente immediata della debolezza umana» e di conseguenza può «provocare il rilassamento della disciplina»⁵⁵. Ne consegue la necessità di un'attenta vigilanza degli usi comunitari da parte dell'autorità ecclesiastica nonché la convenienza di statuire in sede di regole di normazione dei requisiti legali affinché la consuetudine assurga a norma canonica.

3. La formalizzazione della norma consuetudinaria e il ruolo della consuetudine nell'edificazione dell'ordine ecclesiale giusto

E' fuori dubbio che il momento propizio per la formalizzazione della fonte consuetudinaria giunse con la codificazione. Già nel Codice piano-benedettino si chiarirono alcuni punti che fino ad allora erano oggetto di discussione, come, per esempio, la fissazione del tempo necessario per la prescrizione di una consuetudine e il distinto valore delle consuetudini chiamate centenarie e immemorabili, avente un significato più preciso di altri aggettivi come *longa* o *antiqua*. A dir il vero, molti punti rimangono tuttavia indeterminati, come, ad esempio, il concetto di comunità capace⁵⁶, il tipo di approvazione necessario⁵⁷ o il significato preciso dell'*animus iuris inducendi*.

In un rapido riferimento comparatistico fra il Codice del 1917 e quello del 1983, si osserva subito che il Codice precedente faceva molti più rinvii al diritto consuetudinario di quanti ne operi l'attuale Codice, senonché ci sono altri dati che consentono di affermare come il Codice posteriore al Vaticano II abbia recepito con molta più ampiezza la norma consuetudinaria⁵⁸. A parte il minore tempo richiesto per la prescrizione e il maggiore riconoscimento del ruolo della comunità nell'introduzione della consuetudine, la consuetudine, infatti, viene considerata espressamente come fonte primaria, poiché il richiamo alle fonti suppletive del can. 19, diversamente da quanto stabilito nel correlativo can. 20 del vecchio Codice, si rende solo operativo nei casi di lacuna di

⁵⁵ LOMBARDÍA, *Lezioni...*, 209.

⁵⁶ A partire dalla migliore formalizzazione delle fonti normative operata dall'ultimo Codice, si può ormai parlare in diritto canonico di un concetto formale di legge, e con ciò l'espressione *communitas capax recipiendae legis* acquista una valenza particolare. Una siffatta comunità sarà capace di introdurre una consuetudine dello stesso rango di una legge formale, senza che ciò escluda la possibilità di norme consuetudinarie inferiori alle leggi (naturalmente, non *contra legem*).

⁵⁷ Anche se, a mio avviso, la dizione del vigente can. 23 non è ancora del tutto chiara, sembra pacifico che il Codice ammetta l'approvazione legale come sufficiente (cf. OTADUY, sub *can. 23*, in *ComEx*, 431-434).

⁵⁸ Cf. P. LOMBARDÍA, *Legge e consuetudine del nuovo Codice*, in *L'Osservatore Romano*, n. 41, 19.II.1983, 4.

legge o di consuetudine⁵⁹; è anche significativo a questi effetti come nell'attuale disciplina, in cui si è creata una certa gerarchia normativa e si è voluto sottomettere la funzione amministrativa al principio di legalità, vi sia il disposto del can. 38 in cui si priva di effetto l'atto amministrativo contrario ad una consuetudine approvata.

Nell'attuale assetto normativo della Chiesa, dunque, la consuetudine appare come una fonte normativa posta sullo stesso livello formale della legge e perfettamente tratteggiata nei suoi profili essenziali, in modo da superare gli ostacoli derivati dalle incertezze caratteristiche della norma consuetudinaria. Muovendo da questa situazione si potrebbe pensare che mai come oggi la consuetudine è stata in grado di sviluppare la sua funzione di adattamento della norma canonica alle esigenze reali del popolo di Dio, senonché un punto di realismo costringe a ridimensionare un siffatto entusiasta apprezzamento, e porta a considerare l'effetto negativo che la codificazione produce nei confronti del fenomeno consuetudinario. Benché la codificazione nella Chiesa, specie quella operata dopo il Concilio Vaticano II, risponda a tutt'altro spirito di quello che animava invece la codificazione di stampo napoleonico, resta comunque il fatto che un corpo normativo codificato tende per propria natura ad essere esauriente, a inglobare nella sua sistematicità tutta la realtà regolata, lasciando di fatto poco spazio allo sviluppo naturale della consuetudine⁶⁰. A ciò si aggiunga il disposto del can. 5, spesso dimenticato nel parlare della consuetudine. Trattasi di un canone che obbliga a considerare un'importante suddivisione all'interno delle consuetudini contrarie alla legge, e cioè la consuetudine *contra Codicem*, la quale, solo se è centenaria o immemorabile e a giudizio dell'Ordinario non può essere rimossa a causa di circostanze di luogo e di persone, può essere tollerata⁶¹.

Nel muovere questo rilievo non intendo negare la portata pratica che possa avere oggi la consuetudine, poiché, al di là di quali siano i confini formali segnalati dal Codice, la consuetudine, in quanto manifestazione naturale della vita comunitaria, continuerà per forza ad avere un ruolo importante nell'edificazione dell'ordine giusto del popolo di Dio, sebbene in molti casi sarà circoscritta ad ambiti comunitari ristretti e a materie non necessariamente decisive per la vita ecclesiale.

⁵⁹ Desta un po' di perplessità la dizione del can. 1501 del CCEO, in quanto annovera la consuetudine fra le fonti suppletive, eppure ammette la consuetudine con forza giuridica (cf. cann. 1493, 1506 § 1), addirittura anche quella contraria alla legge (can. 1507 § 3), e dichiara la sua superiorità rispetto ai decreti amministrativi singolari (cf. can. 1515, corrispondente al can. 38 del Codice latino).

⁶⁰ Sulla differenza fra la codificazione civile e quella canonica nonché il divario fra i due Codici latini, vd. G. FELICIANI, *Dal Codice del 1917 al Codice del 1983*, in *Il nuovo Codice...*, 23-35, il quale insiste però nella possibilità di interpretare l'attuale Codice in maniera da superare il mito della codificazione, fra l'altro facendo perno sul maggiore rilievo dato alla legislazione particolare.

⁶¹ Il can. 5 del Codice piano-benedettino conteneva una disposizione simile, forse ancora più restrittiva. Il can. 6, 2° del CCEO stabilisce che con l'entrata in vigore del Codice «*revocatae sunt omnes consuetudines, quae canonibus Codicis reprobantur aut quae eis contrariae sunt nec centenariae vel immemorabiles*».

Ed è appellandosi ancora una volta alla forza della realtà stessa della vita di una comunità che vorrei, ormai in sede conclusiva, proporre una breve riflessione circa il fondamento teologico della norma consuetudinaria nella Chiesa. Non intendo, naturalmente, trattare approfonditamente il tema, ma soltanto prospettare una possibile via di spiegazione, a mio avviso non ancora sufficientemente considerata, che muova non dal tentativo di giustificare il potere vincolante della comunità, ma dall'esigenza di giustizia di serbare l'ordine (razionale) naturalmente costituito dagli usi comunitari. Da questa prospettiva, la consuetudine appare come un modo *naturale* (anche se precario) di produrre norme; le comunità umane si organizzano naturalmente mediante le abitudini, le quali, sebbene, data la situazione della natura umana caduta, possano talvolta provocare dei disordini e delle ingiustizie, riflettono in linea di massima il modo migliore di vivere e, comunque, al momento di ordinare la società non si può prescindere del dato di fatto degli usi sociali. Essendo questa la condizione delle comunità umane, non può accadere altrimenti nella Chiesa, la quale, pur non essendo un'istituzione solo umana, contiene tuttavia con tutto il suo vigore un elemento umano. Infatti, non va dimenticato l'importante passo della *Lumen Gentium*, n. 8, in cui si afferma che «la società costituita di organi gerarchici e il corpo mistico di Cristo, l'assemblea visibile e la comunità spirituale, la Chiesa della terra e la Chiesa ormai in possesso dei beni celesti, non si devono considerare come due realtà, ma formano una sola complessa realtà risultante di un elemento umano e di un elemento divino. Per una non debole analogia, quindi, è paragonata al mistero del Verbo incarnato. Infatti, come la natura assunta è a servizio del Verbo divino come vivo organo di salvezza, a lui indissolubilmente unito, in modo non dissimile l'organismo sociale della Chiesa è a servizio dello Spirito di Cristo che lo vivifica, per la crescita del corpo».

Facendo tesoro di queste considerazioni, ben si comprende come non si possa fare a meno dell'ordine naturalmente stabilito dalla medesima comunità ecclesiale, quando essa (esercitando il sacerdozio comune, in comunione con la gerarchia, assistita dallo Spirito Santo) esprime mediante i suoi usi il modo spontaneo di organizzarsi. La consuetudine riflette, dunque, la realtà, la quale non può essere indifferente all'autorità ecclesiastica, proprio perché la realtà della vita sociale porta con sé delle esigenze ineludibili di giustizia. Ne deriva la necessità del legislatore ecclesiastico di stabilire i canali formali di produzione della norma consuetudinaria e, soprattutto, l'esigenza di tenere conto della realtà sociale al momento di legiferare, sapendo che le migliori leggi sono quelle che formalizzano consuetudini precedenti (o quanto meno che sono «*secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens*»). Inoltre, la realtà consuetudinaria dovrà senz'altro essere presente al momento applicativo del diritto (essa è la migliore interprete della legge). Se, poi, come accade attualmente nell'ordinamento canonico, alla consuetudine che gode di determinati requisiti legali le viene riconosciuto lo stesso valore formale della legge, sarà compito del giurista accertare

se si danno o meno tutti gli elementi costitutivi della consuetudine canonica, il che, per le ragioni sopra esposte, forse non avverrà molto frequentemente, ma non perciò diminuisce la portata pratica della realtà consuetudinaria, poiché rimarrà comunque la funzione delle abitudini sociali di adeguare l'emanazione e l'applicazione delle leggi alla realtà.

In ogni caso, si palesa come la considerazione del fenomeno consuetudinario costituisca un richiamo al giurista perché si confronti con la realtà, poiché il suo ruolo non può mai ridursi ad una mera applicazione tecnica di una norma scritta, ma occorre il giudizio prudente per praticare l'*ars boni et aequi*.

Eduardo Baura