



Salvatore Berlingò
(ordinario di Diritto canonico nella Facoltà di Giurisprudenza
dell’Università degli Studi di Messina)

Generalia iuris principia (c. 19) *

Sommario: 1. Un breve prologo - 2. La problematica della funzione integrativa dei principi - 3. La dialettica fra il *dover-essere* e il *dover-fare* nell’esperienza giuridica della Chiesa - 4. La tipicità dell’*analogia iuris* dei canonisti - 5. La subordinazione delle tecniche di formalizzazione alla *causa hominis* - 6. I *generalia iuris principia* e le lacune «*materiali*» dell’ordinamento della Chiesa - 7. Il nesso tra i principi e il carattere aperto e dialogico del diritto canonico - 8. La continua verifica della «*generalità*» dei principi alla stregua della *ratio fundamentalis* dell’ordinamento

1 - Un breve prologo

Un principio generale caro al giurista romano Giavoleno suona così: «*Omnis definitio in iure pericolosa est; parum est enim ut non subverti potest*» (D. 50, 17, 202)!

Intendo attenermi a questo assioma anche nella ricerca dei *generalia iuris principia* di matrice canonistica. Infatti, sebbene ogni «principio» sia identificato nel noto *incipit* giovanneo con il «*logos*» (che potrebbe indurre ad evocare una predefinita astrazione), nel medesimo testo evangelico risulta espresso il significato dinamico ed esistenziale che il «*Verbo*» assume in seno alla Rivelazione cristiana, sottraendolo ad ogni tentativo di precostituita specificazione. A Tommaso, che Gli chiede di precisare il «*dove*» Egli vada, per potersi incamminare verso un obiettivo prefissato e ben circoscritto («Signore, non sappiamo *dove* vai, e come possiamo conoscere la *via*?»), Gesù risponde: «*Io* sono la via, la verità e la vita ...» (Gv 14, 5 s.).

Concentrermi, quindi, l’indagine, piuttosto che su di una aprioristica e statica definizione dei principi, sulla «*via*» che possono aiutare a percorrere, e cioè sulla funzione che essi possono esplicare in seno all’ordinamento della Chiesa, limitandomi ad individuarne ed indicarne alcuni che meglio si prestano a detta funzione.

* Relazione svolta al XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico (Venezia, 17-21 settembre 2008) sul tema “Il *Ius divinum* nella vita della Chiesa”, con alcune integrazioni al testo e l’aggiunta delle note



2 – La problematica della funzione integrativa dei principi

Se nella Chiesa la «*salus animarum*» è il principio fondamentale esplicito, correlato al suo interesse di base o primigenio («*Grundwert*»), e se l'«*aequitas canonica*» può raffigurarsi come la strada maestra per il suo conseguimento, i «*generalia iuris principia*» potrebbero fungere da pietre miliari di questo itinerario *viatoris*¹. L'utilizzo della metafora non va, però, frainteso; e occorre subito dissipare l'equivoco che si tratti di un cammino contrappuntato da archetipi arroccati nella loro immobilità. Nell'esperienza ecclesiale il principio è sempre un nuovo inizio. Preme dire, inoltre, che il problema principale degli ordinamenti secolari consiste nell'occultare l'evidenza della loro porosità, ossia delle loro discrepanze formali e procedurali; nella Chiesa, invece, l'esigenza primaria è quella di penetrare, per la via dei pori o delle lacune, nel fondo della sua dimensione giuridica, al fine di farne affiorare la più

¹ Sulla nozione di principio fondamentale esplicito e sul suo collegamento con l'interesse di base di una società, cfr., per tutti, A. FALZEA, I principi generali del diritto, in *Panorami* 3 (1991), 12 s. Di un «sentiero equitativo» verso la *salus animarum* scrive suggestivamente P. GROSSI, L'ordine giuridico medievale, Laterza, Roma-Bari, 2002, 119 s., 214, rifacendosi, per altro, ad un'immagine tratta dalle fonti: «*Nos autem per aequitatis semitam incedentes*» (*Decretales*, I, 29, 26). Sul tema, si v. già G. FELICIANI, *L'analogia nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 1968, 97 (anche per i richiami a G. CAPOGRASSI, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in *Eph. iur. can.*, V (1949), 21 ss. ed a P.G. CARON, «*Aequitas* romana, «*misericordia*» patristica ed «*epicheia*» aristotelica nella dottrina dell'«*aequitas canonica*», Giuffrè, Milano, 1968, 32), nonché: O. BUCCI, *Per una storia dell'equità*, in *Apollinaris*, 63 (1990), 257-317; O. FUMAGALLI CARULLI, *Equità. III) Equità canonica*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 1-5; T. SCHÜLLER, *Die Barmherzigkeit als Prinzip der Rechtsapplikation in der Kirche im Dienste der salus animarum. Ein kanonistischer Beitrag zu Methodenproblemen der Kincherechtstheorie*, Echter, Würzburg, 1993; e, in particolare, M.F. POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, in S. Gherro (a cura di), *Studi sul primo libro del Codex Iuris Canonici*, Cedam, Padova, 1993, in ispecie 28 ss. Ampie ed aggiornate referenze sulla *salus animarum* e sull'*aequitas canonica*, rispettivamente, nei contributi di vari autori al fascicolo n. 2 della rivista *Ius Eccl.*, XII (2000) ed inoltre in: V. BERTOLONE, *La salus animarum nell'ordinamento giuridico della chiesa*, Roma, 1987; P. ERDÖ, *Salus animarum: Suprema lex. La funzione dei riferimenti alla salvezza delle anime nei due codici della Chiesa Cattolica*, in *Atti del Simposio internazionale per il decennale dell'entrata in vigore del CCEO*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2004, 579 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, il Mulino, Bologna, 2007, *passim*; B. SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, Jovene, Napoli, 2007, *passim*.



riposta «coerenza assiologica», in linea con il senso più autentico e misterioso della sua realtà².

Per questo è bene chiarire preliminarmente che i principi giuridici generali dell'esperienza di Chiesa non sono quelli o, almeno, non sono solo quelli riconducibili al megasistema d'impronta romanistica. Senza dubbio il diritto canonico, che per antonomasia ha assunto questa denominazione nel corso della storia, è il diritto prodotto *dalla* o principalmente riferito *alla* Chiesa latina³. Questa stessa Chiesa, tuttavia, non ha mai obliterato le legittime istanze di differenziazione plurale delle varie Chiese «*sui iuris*», e, soprattutto, non può appagarsi dall'essere investita – come pretese, a suo tempo, il filosofo idealista italiano Benedetto Croce – del ruolo di «sopravvivente antico impero romano convertito in ispirituale e teocratico»⁴.

In vero, gli storici e gli studiosi dei «grandi sistemi», propensi a ricondurre la categoria dei principi generali del diritto all'eredità forgiata dal conio romano-latino, non rinnegano né contraddicono il nesso, che viepiù emerge nel contesto delle esperienze giuridiche coeve, tra la funzione dell'*analogia iuris*, in cui questi principi sono utilizzati, ed una concezione dinamica della positività giuridica, che induce ad intervenire sulle norme «sviluppandone le potenzialità e il dover essere *latenti*»⁵. L'indirizzo appena richiamato, infatti, tende ad individuare «nuovi e più profondi centri di unità del diritto, che non sono i singoli ordinamenti ma, in un significato particolare del termine, ampi 'sistemi giuridici', fondati su realtà, oltre che giuridiche, etniche,

² «Coerenza assiologica» è espressione mutuata da G. FELICIANI, *Analogia. III) Diritto canonico*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 1 s.. Sulla problematica delle «lacune», per uno svolgimento più approfondito, rinvio a S. BERLINGÒ, *Lacuna della legge*, destinato al *Dicionario General de Derecho Canónico*, in preparazione a cura dell'Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico dell'Universidad de Navarra, e fin da ora consultabile in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it).

³ Cfr., S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1991, 113-139.

⁴ Questo asserto è discusso in S. BERLINGÒ e M. TIGANO, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2008, 29. Per un'impostazione corretta, documentata ed equilibrata dei rapporti fra diritto romano e diritto canonico, cfr., da ultimo, J. GAUDEMÉT, *Formation du droit canonique et gouvernement de l'église de l'antiquité à l'âge classique. Recueil d'articles*, Presses Universitaires, Strasbourg, 2008.

⁵ Cfr. G. CARCATERRA, *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, cit., 23. G. ALPA, *Principi generali*, in *Digesto discipline privatistiche*, Sez. civ., XIV, Utet, Torino, 1996, 369, ascrive ad una delle funzioni svolte dai principi quella «un tempo assolta dal diritto romano: tendono all'omologazione degli ordinamenti, diversi per tradizione e per storia interna».



ideologiche ed economiche, e che sorpassano e insieme inglobano gli ordinamenti statali»⁶.

Potrebbe parlarsi, al riguardo, di una sorta di novello *ius gentium*, propiziato dall'ispezzirsi dei rapporti di relazione resi più intensi dal fenomeno della mondializzazione. Proprio nel momento in cui si avverte la necessità di superare ogni rigida chiusura ordinamentale, le aperture allo scambio reciproco mettono in luce riposte convergenze, sorprendenti somiglianze. Si giunge persino a scoprire – andando oltre la netta dicotomia fra auto- ed etero-integrazione – che molti principi giuridici metanazionali, assunti come «esterni» a ciascun singolo ordinamento, proprio perché principi generali *comuni* (sia pure inespressi), sono immanenti «nei diritti positivi di tutte le società umane, o almeno di tutte quelle società la cui cultura è pervenuta alla soglia della civiltà»⁷.

Tuttavia, una questione si prospetta, in proposito, come dirimente e come difficilmente risolvibile: a quali livelli ed in quali ambiti individuare la soglia di civiltà che abilita all'inclusione fra i diritti positivi le cui regole comuni (per quanto implicite) possono assurgere ad «universalì giuridici sostanziali»⁸? A parte la difficoltà teorica ad identificare in un unico processo lineare il cammino della civilizzazione, da un punto di vista pratico, ed empiricamente rilevabile, è sempre il fenomeno della globalizzazione, con la conseguenza del multiculturalismo diffusosi in ogni parte del pianeta, a riproporre un interrogativo viepiù pregnante: il frutto di una civiltà con una marcata impronta geo-politica (latino-occidentale) può *da solo* proporsi come *strumento universale di integrazione* di tutte le esperienze giuridiche o non deve, a sua volta, flettersi ed aprirsi rispetto ad *altre, differenti* opportunità di integrazione⁹?

⁶ Cfr. G. CARCATERRA, *Analogia*, cit. (*supra*, nt. 5) 20, con precise referenze a P. CATALANO, *Résistance des traditions, pluralité des ordres et rencontre des systèmes juridiques dans l'aire méditerranéenne*, in *Beryte*, III/6 (dicembre 1981), 7-19; e a S. SCHIPANI, *Il codice civile del Perù del 1984 e il sistema giuridico latino-americano*, in *Rass. dir. civ.*, I, VIII (1987), 186-222.

⁷ Cfr. A. FALZEA, *I principi*, cit. (*supra*, nt. 1), 22.

⁸ Si v. ancora, per quest'espressione, A. FALZEA, op. et loc. ult. cit.

⁹ Ha osservato di recente F. VIOLA, *La cooperazione nel regime del disaccordo*, in E. Aronadio (a cura di), *Il dialogo dei saperi. Per una "riapertura" della ragione del cuore* (Quaderni Arces, n. 5), Palumbo, Palermo, 2008, 96, come una «morale dell'eccellenza», mirata «alla realizzazione massima possibile dei valori universali in determinati contesti storico-sociali», presupponga «una disponibilità al dialogo tra i valori che pretendono una universalità da qualsiasi luogo culturale provengano» e debba accettare «nel suo seno il conflitto come spinta incessante all'opera di rivalutazione», escludendo solo «quelle concezioni dei valori che distruggerebbero il



Tende quindi a ripresentarsi, in termini più aggiornati ed incalzanti, il rapporto dilemmatico, cui prima si accennava, fra auto- ed etero-integrazione.

3 – La dialettica fra il *dover-essere* e il *dover-fare* nell’esperienza giuridica della Chiesa

Alla luce di queste considerazioni parrebbe incongruo e controproducente, quale che sia stato l’intento dei codificatori¹⁰, sovrapporre senza residui i principi generali del diritto della Chiesa e quelli di qualsiasi altra realtà o esperienza giuridica secolare, anche la più umanamente aperta ed inclusiva, fosse pure quella orientata verso una sorta di «escatologia mondana» segnata dagli «ottativi categorici» delle più o meno condivise esplicitazioni e “generazioni” dei diritti umani¹¹.

E’ connaturato, infatti, a queste esperienze quasi un enigma o un paradosso, che conduce spesso all’esito di una positivazione non effettiva. In molti di questi processi di giuridificazione - proprio a garanzia della loro dinamicità, del «superamento del livello medio di vita sociale» e del miglioramento della sua “qualità” – risulta accordata una assoluta primazia alla esplicazione convenzionale e solenne, e quindi alla «formalizzazione», dei valori ideali fondamentali, come passaggio obbligato *previo* rispetto alla loro «positivazione»¹². Si tratta di un paradosso, del resto, in qualche modo comprensibile, ove si

senso generale della vita etica e sociale, ponendosi in contrasto con l’idea di una comune umanità, nell’anima come nella città».

¹⁰ Critici sulle asserite intenzioni conservatrici dei codificatori si mostrano J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Dottrina, giurisprudenza e prassi nella costruzione del sistema canonico*, in J. I. Arrieta e G.P. Milano (a cura di), *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1999, 401 ss, 407 ss, 414 e A. VITALE, *Il valore della ‘communis constansque doctorum sententia’*, in AA.VV., *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1996, 90 ss. Una ricostruzione puntuale dei lavori preparatori in J. OTADUY, *sub cc. 7-22*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*², I, Eunsa, Pamplona, 1997, 380 ss. e in H. SOCHA, *sub can. 19*, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Ludgerus Verlag, Essen, 1985, 19/3 ss.

¹¹¹¹ Sulle tematiche e per la terminologia richiamate da ultimo nel testo, si v., per tutti, A. FALZEA, *I principi*, cit. (*supra*, nt. 1), 20; P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in AA.VV., *Laurea magistrale honoris causa in Giurisprudenza a Paolo Grossi*, Università degli Studi “Suor Orsola Benincasa”, Napoli, 2008, 58-68; R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Digesto discipline privatistiche*, Sez. Civ., XIV, cit. (*supra*, nt. 5), 344.

¹² Cfr. A. FALZEA, *I principi*, cit. (*supra*, nt. 1), 19.



consideri che l'adesione alle comunità politiche è frutto di una *convenzione* piuttosto che di una *convinzione*. Per tanto, il *dover-essere* della situazione finale dichiarata e convenuta è (solo) l'obiettivo (pur sempre realizzabile e dunque fonte di legittimazione) della norma del *dover-fare*; quest'ultima, però, è l'unica ad avere un immediato impatto con specifiche e determinate realtà (strumentali, fra le altre o insieme con altre, alla realizzazione del principio-obiettivo)¹³.

Spesso lo scarto tra l'obiettivo e la sua realizzazione, pur nulla togliendo alla positività del principio fondamentale esplicito quanto alla funzione ermeneutica di *controllo* e di *direttiva*¹⁴, è così ampio che il fine perseguito rimane a lungo non concretizzato; e, quindi, risulta non integrata la "lacuna" che ne deriva. Gli ordinamenti secolari più strettamente connessi con i dogmi dello stato di diritto moderno si mostrano proclivi a porre rimedio a questo scarto facendo ricorso all'argomento *a contrario*, ossia ad uno strumento concettuale o di principio, anch'esso servente alla saturazione dell'ordinamento, ma in senso diametralmente opposto al principio di analogia. Come quest'ultimo ne favorisce lo sviluppo dinamico, il primo ne preserva l'assetto statico e, rispondendo ad esigenze formali di certezza, coerentemente, tende «a subordinare gli organi dell'applicazione di fronte agli organi della produzione normativa»¹⁵.

Se ne deduce che solo guardando alle note caratteristiche di fondo di un ordinamento può dirsi quale dei due argomenti o principi può rivendicare una prevalenza. Sembra, per altro, abbastanza plausibile che in esperienze giuridiche fondate più sulle *convenzioni* che non sulla *convinzione*, l'interesse alla *prevenzione* faccia aggio sull'interesse alla *partecipazione* e che gli ideali, pur precorrendo le norme nella loro formalizzazione di principio, siano destinati ad "attendere" a lungo una concreta e determinata positivazione. Più volte essi rimangono per molto tempo "disattesi", e sono costretti a flettersi ed a piegarsi all'impellenza dello *ius constitutum*, la cui rigidità prevarica con l'urgenza del *dover-fare* le idealità del *dover-essere* («*summum ius, summa iniuria*»).

¹³ Si v. ancora A. FALZEA, *I principi*, cit. (*supra*, nt. 1), 20 s. . Da ultimo, cfr. pure, per analoghe considerazioni, G. CASUSCELLI, *La "supremazia" del principio di laicità nei percorsi giurisprudenziali; il giudice ordinario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit. (*supra*, nt. 2), 4 ss. e G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed egualanza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 26.

¹⁴ Cfr. A. FALZEA, *I principi*, cit. (*supra*, nt. 1), 11 ss., 20.

¹⁵ Cfr. G. CARCATERRA, *Analogia*, cit. (*supra*, nt. 5), 23.



4 – La tipicità dell'*analogia iuris* dei canonisti

Una declinazione dei principi generali del diritto, quale quella appena illustrata, poco si attaglia alla realtà canonica, che non per nulla si è mostrata, anche di recente, refrattaria alla formalizzazione di una *Lex Ecclesiae fundamentalis* esemplata sul modello delle coeve *Carte dei diritti*¹⁶.

Nella Chiesa e per la Chiesa il principio fondamentale esplicito della *salus animae* può essere perseguito non già sulla base di una mera dichiarazione d'intenti o di una adesione puramente formale alla realtà rivelata dalla fede cristiana, ma solo in forza di una reale interiorizzazione e di una pratica e diffusa attuazione del primo precezzo evangelico. Solo se ci si fa catturare dall'iniziativa di un Dio che ama sempre per primo e che della sua carità sostanzia e alimenta il sentimento di giustizia dei fedeli, ogni persona umana può davvero trasformarsi ed essere trattata come «diritto sussistente», come «ius aequissimum»¹⁷; e così, chi si lascia «regolare e misurare» alla stregua dell'agape divina, in qualche modo può rendersi partecipe della «regola e della misura» (*I^a II^a*, q. 91, a. 2)¹⁸.

In questa prospettiva tende a cadere o, quanto meno, a divenire permeabile, il diaframma tra le regole fondamentali di *competenza* (i presidi e, ad un tempo, i vincoli procedurali e formali cui si affida il *dover-essere* dell'ordinamento) e le regole specifiche di comportamento o di *condotta* (il *dover-fare* delle prescrizioni affidate all'osservanza dei destinatari delle norme). Nell'esperienza canonica la carità non è imposta nelle sue frazionate o molteplici manifestazioni dalla giustizia di una comunità politica, anche la più evoluta in termini di solidarietà, benessere, qualità della vita, perché è invece la giustizia ad essere sollecitata e spinta dalla carità verso il suo totale compimento, a seguito della gratuita iniziativa di una precorritrice paternità divina¹⁹.

¹⁶ Cfr. D. CENALMOR, *La Ley Fundamental de la Iglesia. Historia y análisis de un proyecto legislativo*, Eunsa, Pamplona, 1991.

¹⁷ Identifica con la persona umana il «diritto sussistente» A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, I (R. Orecchia ed.), Cedam, Padova, 1967, 192; mentre di «ius aequissimum» parla P. GROSSI, *L'ordine*, cit. (*supra*, nt. 1), 179.

¹⁸ Cfr. S. BERLINGÒ, *Ordinamento canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit. (*supra*, nt. 2), 4.

¹⁹ Per più ampi svolgimenti, S. BERLINGÒ, *Il ministero pastorale di governo: titolari e contenuto*, in J.I. Arrieta (a cura di), *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, Marcianum Press, Venezia, 2008, 30 ss.. Del diritto come via al perfezionamento della «totalità dell'amore», scrive Benedetto XVI, *Deus caritas est*, nt.



Nell’ambientazione offerta dall’esperienza di fede, l’*analogia iuris* può legittimamente pretendere *di o*, se non altro, aspirare *a* realizzarsi nella sua massima estensione, garantita dal nesso «*aequitas sive Deus*» o «*Nichil autem est aequitas quam Deus*», reso esplicito proprio dai classici della canonistica²⁰. Pur a fronte di un’unitaria esigenza di fondo - volta a garantire l’*hominis ad hominem proportio* della «giustizia-eguaglianza» in un’armonica e pacifica vita di relazione – essi avevano intuito, ed espresso con sintesi ardita ma felice, quanto fosse diverso il loro modo di procedere *secundum rationem iuris* rispetto a quello dei legisti: guidati dalle ragioni provenienti dal basso degli interessi egoistici (quantomeno immanenti) i cultori dello *ius civile*; ispirati o, meglio ancora, animati dalle ragioni scaturenti «dall’alto della fraternità responsabile» gli uni *degli* (e *per gli*) altri, i cultori dello *ius canonicum*²¹. Bene è stato osservato, al riguardo: «Nei tribunali canonici di sempre, anche in quelli odierni, sarebbe inconcepibile la scritta ‘la legge è uguale per tutti’, che noi laici amiamo ostentare con ingenua vanagloria nelle nostre aule giudiziarie, perché la legge canonica non può essere uguale per tutti se tutti non sono concretamente uguali, perché la legge canonica – che non è una garanzia formale ma un aiuto sostanziale – deve tener conto delle *humanae fragilitates* che ha di fronte e, per ordinarle adeguatamente, deve conformarsi ad esse, sacrificare logicità, sistematicità, unitarietà formali ed “elasticizzarsi” come una veste che vuol essere adeguata ai diversi corpi sottostanti»²².

5 – La tipicità dell’*analogia iuris* dei canonisti

È significativo, per altro, che questa funzione massimamente dinamica dell’*analogia iuris* sia stata espressamente riconosciuta all’*aequitas canonica* proprio nell’epoca di contorno alla riforma gregoriana, in cui

17; mentre alla *charitas* «quae est plenitudo legis», rinvia già Ivo di Chartres, come ricorda P. GROSSI, *L’ordine*, cit. (*supra*, nt. 1), 120 (in nota).

²⁰ Cfr., per questo ricorrente richiamo, il noto *Fragmentum Pragense* (ed. in H. FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Buchhandlung Waisenhans, Halle, 1876, 216), su cui, per tutti, P. GROSSI, *L’ordine*, cit. (*supra*, nt. 1), 175 ss., 210 ss.

²¹ Sul concetto e la definizione della «fraternità responsabile» discendente «dall’alto», cfr. D. FARÍAS, *L’ermeneutica dell’ovvio. Studi sull’esplicitazione dei principi più evidenti*, I, Giuffrè, Milano, 1990, 151, ripreso spesso pure da E. DIENI, *Il diritto come «cura». Suggestioni dell’esperienza canonistica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit. (*supra*, nt. 2). Per un’analoga impostazione del rapporto fra il principio di eguaglianza formale ‘legisticamente’ inteso ed il principio di giustizia sostanziale e solidale, si v. W. SADURSKI, *Equality and Legitimacy*, University Press, Oxford, 2008.

²² Cfr. P. GROSSI, *L’ordine*, cit. (*supra*, nt. 1), 120.



può registrarsi un notevole impegno per la riduzione ad unità dei *disiecta membra* dell'esperienza canonistica. Stephan Kuttner ha magistralmente designato con l'espressione *Harmony from Dissonance* l'obiettivo caratteristico di quell'epoca, secondo un progetto di cui erano ben consapevoli i Maestri del tempo, protesi a cogliere la *concordia discors* della *consonantia canonum*²³. Del resto, pur emergendo nel pieno del fervore del periodo aureo della canonistica, questa nota peculiare rappresenta una costante essenziale del *nexus mysteriorum* e della *complexio oppositorum* di cui si sostanziano le vicende millenarie della fede cristiana. Il suo vissuto si propone come una «storia della redenzione dell'uomo libero», che «condiziona in profondità l'esperienza giuridica, il modo di concepire il diritto e di farlo progredire», nel senso della sua reale *universalità*, sovvertitrice di ogni piatta e chiusa *uniformità*²⁴.

In fondo, com'è rilevato da attenta dottrina – a proposito dell'immedesimazione della singola anima eremita (di San Pier Damiani) con l'universale assoluto della Chiesa²⁵ – scopo dell'Eucaristia, sacramento universale di salvezza, è quello di «trasformare un numero infinito di persone in una realtà nuova: il corpo di Cristo, che è la Chiesa, in cui ciascuna di quelle persone conserva la sua personalità unica e la sua funzione propria»²⁶. La caratteristica dell'escatologia cristiana sta nel prolungamento, per quanto transepocale e misterioso, di questa trasformazione, che comincia a compiersi nella storia. È vero: «ciò che saremo non è ancora apparso» (Gv 3, 2); ma incoativamente già lo è, ha il suo inizio qui ed ora; nel nostro concreto *dover-fare* c'è il pegno del nostro *dover-essere*, presente e futuro, che occorre solo scoprire e manifestare al mondo. Il «sentiero equitativo» da seguire per meglio curare ogni «*causa hominis*» è una delle vie, forse la via maestra e ordinaria, per operare questa scoperta, la *dispensatio-revelatio Ecclesiae*. Ancora una volta l'escatologia cristiana, pur nel comune afflato della tensione dinamica, marca la sua tipicità o, se si preferisce, la sua differenza: il già precede il *non ancora*, la

²³ Cfr. S. KUTTNER, *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*, Variorum Reprints, London, 1980, 4, cui fa espresso riferimento P. GROSSI, *L'ordine*, cit. (supra, nt. 1), 118 s.

²⁴ Cfr. G. LO CASTRO, *sub cc.1-203*, in *Comentario*, cit. (supra, nt. 10), 254 e, per analoghi rilievi, F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue des cultures*, Fayard, Paris, 2008, 149 ss., 247 s.

²⁵ Cfr. J. LECLERCQ, *Ecclesia* «*Corpus christi*» et «*Sacramentum Fidei*», in AA.VV., *Chiesa diritto e ordinamento della "Societas Christiana" nei secoli XI e XII* (Miscellanea del Centro di Studi Medioevali, XI), Vita e Pensiero, Milano, 1984, 17 s.

²⁶ Cfr. ancora J. LECLERCQ, *Ecclesia*, cit. (supra, nt. 25), 21 s.



positivazione (in senso, appunto, dinamico) primeggia a fronte della *formalizzazione*²⁷.

Seguendo questa traccia, al canonista s'impone, anzitutto, di non dare meramente corso al *diritto formalmente vigente*, ma di andare alla ricerca del *diritto effettivamente vigente*, che (almeno nella Chiesa) non è (o almeno non dovrebbe essere solo) quello (il più) agevolmente e direttamente proponibile davanti ai giudici o nei tribunali, quanto quello «nascosto» tra le pieghe del «*sensus Ecclesiae*» e alimentato dalla «*singularis ... Antistitum et fidelium conspiratio*», sorretta dallo Spirito²⁸.

Si tratta di una ricerca che il canonista ha da compiere utilizzando tutti gli strumenti che la sua esperienza o, forse meglio, la sua «arte» di giurista e, in particolare, di giurista di Chiesa gli mettono a disposizione. In questo senso, la circostanza che nella codificazione del 1983 si sia sostituita l'espressione «*norma sumenda est*» con «*causa dirimenda est*» non deve pregiudicare e, anzi, può addirittura rafforzare la tesi che non sia da instaurare una successione gerarchica o seriale fra i vari elementi del c.d. diritto suppletorio. Questi debbono, piuttosto, armonizzarsi e, in ogni caso, completarsi a vicenda²⁹. Ancor meno detta circostanza autorizza, a mio avviso, un capovolgimento improprio del principio difeso dal giureconsulto romano Paolo: «*Non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*» (D. 50, 17,1). I glossatori rovesceranno il detto di Paolo, non già, però, nel senso che la massima di condotta contenuta nella «*regula*» possa prescindere da qualsiasi «*ratio iuris*», bensì nel senso di una esaltazione della funzione creativa della «*iurisprudentia*» (o «*interpretatio*» del giurista)³⁰. Si doveva, cioè, far

²⁷ Sulle categorie della «*positivazione*» e della «*formalizzazione*», applicate all'esperienza canonistica, cfr., per tutti, P. LOMBARDÌA, *Lezioni di diritto canonico* (ed. it. curata da G. Lo Castro), Giuffrè, Milano, 1985, 170; J. HERVADA, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Eunsa, Pamplona, 1987, 26 e, già prima, ID., *El ordenamiento canónico*, I, Eunsa, Pamplona, 1966, 119 ss. Sulle caratteristiche generali della «*nomodinamica*», in cui emergono le variegate e molteplici fasi della «*positivazione*», cfr. L. LOMBARDI (VALLAURI), *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975, 467 s., 519 ss., 526 s., 531 s., che, fra gli altri, si rifà a S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, 49-86, in ispecie 69, dove si parla di un «*ciclo vitale del diritto*».

²⁸ Cfr. LG, 12; DV, 10.

²⁹ Cfr. G. FELICIANI, *L'analogia*, cit. (*supra*, nt. 1), 129; J.M. GONZÀLEZ DEL VALLE, *Dottrina*, cit. (*supra*, nt. 10), 401 e 414; T. MAURO, *Le fonti del diritto canonico dalla promulgazione del Codex fino al Concilio Vaticano II*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 1979, 573 ss.; H. SOCHA, *sub can.* 19, cit. (*supra*, nt. 10), 19/10 e, ivi, ulteriori referenze.

³⁰ Cfr. L. LOMBARDI (VALLAURI), *Saggio*, cit. (*supra*, nt. 27), 184 ss.



corrispondere il diritto, ossia quello che era il *giusto*, con quel che come tale era reso manifesto alla luce del *consilium sapientis*: «nec ex verbis, nec ex mente legislatoris, sed *ex ratione*»³¹.

6 – I *generalia iuris principia* e le lacune «materiali» dell’ordinamento della Chiesa

I principi generali del diritto animati dall’equità canonica – insieme con tutti gli altri elementi del c.d. diritto suppletorio ma, in un certo senso, in modo più «generale», ossia più comprensivo ed esteso rispetto ad altri – hanno, dunque, un compito primario di *Rechtsfindung*. Sembra opportuno, per tanto, aggiungere qualcosa alla pur condivisibile distinzione tra «fonti del Diritto Normativo» e «strumenti giuridici di supplenza» chiamati ad integrare l’ordinamento in caso di lacuna³². Ritengo che ad essa debba affiancarsi la precisazione secondo cui qualsiasi «prescrizione pratica di Diritto» (o «massima di decisione»)³³ non può essere emanata se non si sia *a priori* identificata ed individuata una *nuova* (fino a quel momento «*latente*») *ratio iuris*, idonea a giustificarla oltre ogni contingenza meramente fattuale.

Se non fosse così, si correrebbe, davvero, il rischio di subordinare il diritto non solo o non tanto ad un’*aequitas* formalmente *constituta*, ma altresì ad un’*aequitas* meramente *bursalis* o *cerebrina*³⁴; com’è stato autorevolmente osservato, anche di recente, la decisione di un giudice «incarna la giustizia» sempre che «la giustizia preesista alla decisione»: altrimenti i tribunali amministrerebbero il diritto in modo residuale ed inappagante, alla stregua di quel guardiano che, secondo il colorito apologetico di Kahn-Freund, si affretta a chiudere la porta del recinto solo dopo che il primo cavallo se l’è data a gambe³⁵! Il contrario è tanto più

³¹ Cfr. P. GROSSI, *L’ordine*, cit. (*supra*, nt. 1), 170 s., a proposito della ricostruzione del fondamento delle *actiones utiles*.

³² Cfr. J. OTADUY, sub cc. 7-22, cit. (*supra*, nt. 10), 383.

³³ Per quest’ultima espressione, cfr. G. FELICIANI, *L’analogia*, cit. (*supra*, nt. 1), 119.

³⁴ Cfr., per più diffuse riflessioni in proposito, S. BERLINGÒ, *Giustizia*, cit. (*supra*, nt. 3), 5 ss.

³⁵ Ricorda l’apologetico A. FALZEA, *I principi*, cit. (*supra*, nt. 1) 9. Per altro, un ragionamento simile a quello svolto nel testo, si rinvie già in F. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza nell’ordinamento canonico*, in AA.VV., *La norma*, cit. (*supra*, nt. 29), 996. In argomento, si può, inoltre, tener conto, per un’approfondita disamina delle tesi di Mengoni sul ruolo della giurisdizione (tesi sviluppate, fra l’altro, in L. MENGONI, *I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992, 317-330), di un successivo contributo di A. FALZEA, *Interpretazione giuridica*, in Di Lucia e F. Mercogliano (a cura di), *Lezioni Emilio Betti*, Satura Editrice, Camerino, 2006, 25-32.



auspicabile, legittimo e possibile nell'esperienza giuridica canonica, proprio per i motivi in base ai quali si è cercato di spiegare in che senso la *positivazione*, come obiettivazione del diritto ed emersione dalla sua «latenza», è in grado di precedere e, in determinati casi, può e deve precedere – atteso il cogente ed impreveribile imperativo della *salus animae* - la fase della *formalizzazione*. È tale, del resto, la successione tipica, secondo Agostino, della esternazione del diritto divino rivelato: «Ne sibi homines aliquid defuisse quaererentur», «scriptum est in tabulis quod in cordibus non legebant» (*En. in Ps. LVII*, 1: PL 36, 373), pur essendo quel medesimo diritto già in essi presente e per tutti vincolante³⁶. Volendo richiamare solo alcune classiche *sententiae*, che possono assurgere a dignità di principio: «Romana itaque aecclesia ... debet ... tradita sibi a Christo potestate non ad suam voluntatem uti, sed secundum Christi traditionem»; e, per tanto: «Liquido ostenditur non ad placitum, sed ex regulis ecclesiae ligandum esse et solvendum»³⁷.

D'altra parte, nella Chiesa, il compito di alimentare sostenere e, se necessario, potare la pianta del diritto canonico non è mai stato affidato – tanto meno questo può dirsi nella realtà odierna – unicamente agli organi formalmente investiti della funzione normativa; così come, per converso, l'invito a lasciarsi penetrare e illuminare dallo spirito dell'equità canonica non è mai stato rivolto in maniera riservata ed esclusiva ai giudici³⁸. Da ultimo, al momento della promulgazione e presentazione del Codice del 1983, il Sommo Pontefice, Giovanni Paolo II, ebbe a dire: «Questo nuovo Codice io consegno ai Pastori ed ai Fedeli, ai Giudici, ed agli Officiali dei Tribunali Ecclesiastici, ai Religiosi ed alle Religiose, ai Missionari ed alle Missionarie, come anche agli studiosi e ai cultori di Diritto Canonico»³⁹. E sempre Giovanni Paolo II, facendo proprio il terzo principio formulato dal Sinodo dei Vescovi per la riforma del medesimo Codice, nella *Praefatio* ad esso, raccomanda: «... aequitati studeatur non solum in applicatione legum ab animarum pastoribus facienda, sed in ipsa legislatione»⁴⁰.

L'esplicito richiamo, ora rinvenibile in seno al can. 19 C.i.c., oltre che all'«*expressum legis ... praescriptum*», anche alla «*consuetudo*», può

³⁶ Sul punto, rinvio ancora a S. BERLINGÒ, *Giustizia*, cit. (*supra*, nt. 3), 21.

³⁷ Cfr. G. M. CANTARELLA, *Sondaggio sulla 'dispensatio'* (sec. XI- XII), in AA. VV., *Chiesa diritto e ordinamento*, cit. (*supra*, nt. 25), 474 s. e P. GROSSI, *L'ordine*, cit. (*supra*, nt. 1), 211, anche nelle note.

³⁸ Cfr. H. SOCHA, *sub can. 19*, cit. (*supra*, nt. 10), 19/3.

³⁹ Per un congruo e calibrato inquadramento di questa citazione, si v. P. G. MARCUZZI, *Le forme dell'interpretazione canonica tra diritto ed equità*, in AA. VV., *Il diritto della Chiesa*, cit. (*supra*, nt. 10), 37-64.

⁴⁰ Cfr. J. OTADUY, *sub cc. 7-22*, cit (*supra*, nt. 10), 392.



essere interpretato non tanto nel senso di un limite all'impiego dello strumentario giuridico c.d. suppletorio, bensì come una conferma di quanto prima si diceva della necessaria, nella Chiesa, «*Antistitum et fidelium conspiratio*».

La prospettiva così illustrata agevola, inoltre, l'impiego del diritto suppletorio e, in modo precipuo, dei *generalia iuris principia* ricostruiti in base all'equità canonica, anche e, direi, soprattutto nel caso di lacune non solo *formali* ma altresì *materiali*⁴¹. Nelle ipotesi in cui, pure ricorrendo formalmente il dettato normativo (legislativo o consuetudinario), la sua applicazione si rivelasse, in concreto, *enutritiva peccati*, e dunque una *iuris corruptio* contraria alla *ratio fundamentalis* della *salus animarum*, non può non darsi corso al principio generale dell'*economia-dispensa* e, più ancora in radice, dell'*epicheia* o, in altri termini, al principio della legittimità canonica dell'atto *contra legem*, ma *secundum tenorem rationis*⁴².

Si tratta, in realtà, di un principio generale tipico dell'ordinamento della Chiesa, accettato e reso esplicito anche dai canonisti dell'epoca classica, a cominciare da quelli più noti per il loro rigore, come, ad esempio, Uguccio da Pisa. Quest'ultimo Autore praticamente escludeva dalla possibilità di deroga e di dispensa solo il fondamentale comandamento evangelico della carità cristiana, in armonia, del resto, con l'insegnamento, se bene inteso, di Agostino: «*Dilege, et quod vis fac*» (*In epist. Joannis VII*, 8: PL, 35, 2033)⁴³. Un'autentica e profonda adesione ed immedesimazione del fedele con questo precetto lo costituisce nella veste di una sorta di carità animata ed incarnata, capace di dare legge a se stessa («*ipsi sibi sunt lex*»: *Rm* 2,15) e di rendere *rationabilis*, non solo da un punto di vista morale bensì pure giuridico, un comportamento epicheietico⁴⁴. Per altro, su questa *rationabilitas* può essere chiamata a pronunziarsi, con una valutazione equitativa *ex post* (una sorta di *dispensatio post factum*), l'autorità competente⁴⁵.

⁴¹ Cfr. S. BERLINGÒ, *Lacuna*, cit. (*supra*, nt. 3), 7.

⁴² Cfr., per tutti, M. F. POMPEDDA, *L'equità*, cit. (*supra*, nt. 1), 13-16.

⁴³ Cfr., ancora, M. F. POMPEDDA, *L'equità*, cit. (*supra*, nt. 1), 8 e 27, nonché, per la dottrina di Uguccio, R. WEIGAND, *Das goettliche Recht, Voraussetzung der mittelalterlichen Ordnung*, in AA.VV., *Chiesa diritto e ordinamento*, cit. (*supra*, nt. 25), 125. Sull'insegnamento di Agostino si v., invece, anche per più distesi rilievi, S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, Giappichelli, Torino, 1998, 108.

⁴⁴ Cfr., in questo medesimo senso, P. G. MARCUZZI, *Le forme*, cit. (*supra*, nt. 39), 58.

⁴⁵ Per altro, il giudizio riabilitativo dell'autorità ecclesiastica può giungere anche dopo anni o addirittura secoli dal verificarsi del comportamento *sub iudice*, come



7 – Il nesso tra i principi e il carattere aperto e dialogico del diritto canonico

I principi generali propri dell’ordinamento della Chiesa, che l’equità canonica contribuisce a connotare nella loro peculiarità – anche se alcuni fra essi esibiscono profili comuni ad altre esperienze giuridiche –, non possono raffigurarsi come «stelle fisse», incastonate in un iperuranio astratto e indifferente alle mutevoli sorti dell’umanità ed alle variegate esigenze delle singole persone. Essi devono connettersi con le note caratteristiche dell’ordinamento giuridico ecclesiale, con la sua dinamicità e flessibilità, con la sua apertura e adattività, con la sua coesione e tendenza all’interiorizzazione⁴⁶. Da più parti se ne sono fatte alcune esemplificazioni, ovviamente non esaustive, né tanto meno tassative⁴⁷. Vale, infatti, sottolineare, ancora una volta, che detti principi non sono riducibili a - o deducibili soltanto da - dettati normativi pervenuti allo stadio della formalizzazione, ma risultano (devono risultare) apprensibili dall’intero «ciclo vitale» del diritto, da tutta la «grande tradizione» della Chiesa⁴⁸. Nell’insieme sono chiamati ad integrare di continuo il diritto formalmente in vigore perché risultano, a

avviene, mantenendo un preciso rilievo anche sul versante canonistico (e non solo su quello storico-dottrinale o culturale) nei processi di beatificazione relativi a personalità severamente censurate durante il loro contrastato viatico terreno. Su queste procedure, cfr. G. DALLA TORRE, *Santità e diritto. Sondaggi nella storia del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1999. Del resto, un altro principio generale, tipico dell’ordinamento della Chiesa, impone che non debbano mai essere considerate irreformabili le pronunzie sullo *status* personale dei soggetti (v. S. BERLINGÒ, *Giustizia*, cit., *supra* nt. 3, 207 ss.). Anche con il ricorso a questi strumenti tecnico-processuali la Chiesa fa fronte al «paradosso» del suo diritto che, per G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno. I). Lo Jus Publicum ecclesiasticum*, 2^a ed., Cedam, Padova, 1987, 142, consiste nella pretesa di investire di «vere e proprie valutazioni giuridiche i regni dell’invisibile»; mentre per E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del “come se” tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano, 2004, si identifica, più «terrenamente», coll’improbo sforzo di dover fare emergere e valorizzare la sua costante «latenza».

⁴⁶ Cfr. M.F. POMPEDDA, *L’equità*, cit. (*supra* nt. 1), 24 ss. Sulle note caratteristiche dell’ordinamento canonico richiamate nel testo, sia consentito il rinvio, per tutti e da ultimo, alla voce *Ordenamiento canónico*, cit. (*supra*, nt. 18), *passim*.

⁴⁷ Si v., per tutti, H. Socha, *sub can.* 19, cit. (*supra*, nt. 10), 19/5 ss.; J. Otaduy, *sub cc.* 7-22, cit. (*supra*, nt. 10), 389 ss.

⁴⁸ Cfr. L. ORSY, in J. A. Coriden, T. J. Green, D. E. Heintschel (edd.), *The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, Collins, London, 1985, *sub can.* 19; H. SOCHA, *sub can.* 19, cit. (*supra*, nt. 10), 19/7.



loro volta, perennemente suscettibili di aggiornamenti ed adattamenti, sia pure con il limite della irreversibilità dei propri tratti essenziali⁴⁹.

Fatte queste premesse, oltre al già richiamato e comprensivo principio dell'economia-dispensa, con le sue molteplici declinazioni in chiave di «autonomia della progenitura»⁵⁰ - (tra cui: il principio del «*favor personae*» e dell'eguale dignità di tutti i *christifideles*; il principio di sussidiarietà e/o varietà e circolarità tripolare delle funzioni, di pluralità e libertà di scelta dei ministeri tutti parimente dignificati; il principio della *sollicitudo* nella pratica della collegialità e della sinodalità, come in quella dell'esercizio del *munus petrinum*, ecc.)⁵¹ – si possono ancora ricordare: l'eccezionale e caratteristica rilevanza offerta alla «ignoranza», all'«errore di diritto», alla «*receptio*»; la prevalenza accordata all'interno volere rispetto al dato negoziale esterno; i limiti del ricorso alla *fictio* meramente strumentale della persona giuridica; la definitività solo provvisoria del giudicato nelle cause di *status*; la preferenza per le soluzioni conciliative, transattive e per ogni forma processuale meno proclive allo *strepitum iudicii*; l'automatica inflizione delle pene *latae sententiae*; la finalizzazione – sia pure recente – non più solo alla *libertas Ecclesiae* ma ad un'ampia *legislatio libertatis* nella prassi concordataria (con un'applicazione la più fedele possibile del tipico principio cristiano del dualismo giurisdizionale, esemplare modello di rispetto per il valore della laicità della comunità politica)⁵².

Proprio il carattere aperto e dialogico di questi principi induce a ritenere, anche sulla base di alcuni indizi offerti dai lavori preparatori, che essi possono completarsi ed armonizzarsi con altri principi della tradizione giusnaturalista, purché liberati della impronta statica ed astratta della «metistorica» matrice illuministica che ha, in vero, deturpato la genuina essenza del fondamento cui faceva capo la stessa cristianità medioevale⁵³. È sufficiente richiamare in proposito il sintetico

⁴⁹Cfr. S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1995, 51.

⁵⁰ Su questo concetto si v. V. JANKÉLÉVITCH, *Trattato delle virtù*, trad. it, Garzanti, Milano, 1987, 106 s.

⁵¹ Cfr. ancora S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit. (*supra*, nt. 49), *passim*.

⁵² In particolare, su quest'ultimo principio richiamato nel testo, rinvio agli svolgimenti compiuti in S. BERLINGÒ, *La «iusta libertas» dei laici (LG 37) e la fondazione del diritto secolare*, in G. Filoromo (ed.), *Teologie politiche. Modelli a confronto*, Morcelliana, Brescia, 2005, 247-262.

⁵³ Per puntuali richiami ai lavori preparatori del *Codex latino*, cfr. J. OTADUY, *sub cc.* 7-22, cit. (*supra*, nt. 10), 389 e H. SOCHA, *sub can.* 19, cit. (*supra*, nt. 10), 19/1-6. Per una critica del «*Prinzipiendoktrinismus*» ed una promozione del carattere «dialogico» delle norme-principio, cfr. L. LOMBARDI (VALLAURI), *Saggio*, cit. (*supra*, nt. 27), 297 e 466 ss.



ma autorevole rilievo di Rudolf Weigand: «Il diritto divino – in cui, per la Chiesa, si compendia altresì il diritto creaturale⁵⁴ – era, senza dubbio, alla base della Chiesa medioevale, anzi dell'intera *societas christiana*. Ma il *ius divinum* non era affatto una realtà chiusa o rigida, bensì, al contrario, flessibile ed entro certi limiti adattabile»⁵⁵.

8 – La continua verifica della «generalità» dei principi alla stregua della *ratio fundamentalis* dell'ordinamento

Per quel che riguarda, inoltre, quella sorta di «precipitato» del sapere giuridico, sia pure di ascendenza romanistica, rappresentato dai brocardi e dalle *Regulae iuris in VI*, anch'esso è da tenere in conto, purché dette regole abbiano conseguito un «riconoscimento universale»⁵⁶, e sempre che queste massime non siano recepite in modo fiacco o per semplice trascinamento ed ossequio ad autorità non più attuali⁵⁷.

Quanto ai principi deducibili dalle norme canoniche formalizzate, interpretate con metodo sistematico, può essere opportuno privilegiare una loro individuazione per settori o istituti, attesa la difficoltà di pervenire ad un grado sufficiente di certezza sui caratteri salienti e rilevanti degli stessi, ove la ricerca ed il reperimento

⁵⁴ Cfr. D. FARIAS, *L'esplicitazione dei principi del diritto naturale e le sue difficoltà*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il problema del diritto naturale nell'esperienza giuridica della Chiesa*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1993, 111 ss.; ma si v. pure L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritto naturale*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, VI, Utet, Torino, 1990, 324, dove si parla di un «ordine ... della creazione».

⁵⁵ Cfr. R. WEIGAND, *Das Goettliche Recht*, cit. (*supra*, nt. 43), 132. La tesi che il diritto divino di cui fruisce la Chiesa non ottunde gli spazi di libertà necessari per una continua riforma dell'ordinamento, è propugnata, di recente, anche da Per la tesi che il diritto divino di cui fruisce la Chiesa non ottunde gli spazi di libertà necessari per una continua riforma dell'ordinamento, si può v., di recente, P. KISTNER, *Das goettliche Recht und die Kirchenverfassung. Der Freiraum fuer eine Reform*, LIT Verlag, Muenster-Hamburg-Berlin-Wien-London, 2009.

⁵⁶ Cfr. J. OTADUY, *sub cc. 7-22*, cit. (*supra*, nt. 10), 388. Sulla genesi e sull'utilizzo delle «*regulae iuris*», si v., per tutti, J. H. HERRYMAN, *General Principles of Law and the Convergence of Legal Systems*, nonché P. STEIN, *Principi generali nel pensiero dei glossatori e commentatori medievali*, entrambi in AA. VV., *I principi generali del diritto*, cit. (*supra*, nt. 35), rispettivamente, 47-58 e 127-134.

⁵⁷ Contro questo tipo di «osservanza» si leva l'aspra critica di F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè, Milano, 1967, 17 e *passim*.



di detti principi pretendesse di estendersi alla totalità dell'ordinamento⁵⁸.

Si possono, per tanto, individuare - sempre a titolo esemplificativo - il principio di consensualità o il principio del *favor matrimonii*, per quanto concerne l'istituto matrimoniale; oppure il principio dell'iniziativa di parte in ambito processuale; e ancora il principio di legalità e quello di responsabilità per dolo o colpa, con riguardo al diritto penale, ecc..

È bene precisare che anche questi principi non possono applicarsi meccanicamente e soffrono, com'è ovvio, di eccezioni.

Forse, però, almeno per il diritto canonico, è il caso di andare oltre questa precisazione. È vero che nelle esperienze giuridiche secolari o profane più si restringe e determina l'ambito degli interessi da curare, più la tutela assume concretezza, certezza ed efficacia⁵⁹. Sono persuaso, tuttavia, anche in forza di quanto ho prima chiarito sui rapporti fra positivazione e formalizzazione, che nell'esperienza giuridica della Chiesa, ai fini della vigenza «*materiale*», nel senso di sostanziale ed effettiva, di una regola, non assuma rilievo solo la maggiore o minore latitudine o specificazione della cerchia assiologica meritevole di tutela. Conta, piuttosto, la maggiore o minore immedesimazione del preceppo con l'uomo interiore, con l'animo di ciascun *christifidelis*, con il suo atteggiamento più profondo, che prelude all'attuazione spontanea della regola medesima, alla sua «*osservanza*» non meramente pedissequa o rutinaria.

Questa forma di positivazione sarà tanto più diffusa e generale quanto più la concretizzazione dello specifico preceppo sarà interiormente e convintamente ancorata al fondamentale comando della carità evangelica, correlato con l'interesse altrettanto basilare al conseguimento del bene-essere spirituale, della *salus animae* del fedele medesimo.

Nell'ordito delle relazioni ecclesiali, in cui ciascun *christifidelis* può divenire «legge a se stesso», purché si lasci avvincere dalla forza cogente del primo preceppo, il vaglio di conformità di qualsiasi regola con la *ratio fundamentalis* dell'ordinamento, e con tutte le altre regole positivamente ed effettivamente vigenti in seno ad esso, si rifrange e si

⁵⁸ Cfr. S. BARTOLE, *Principi generali del diritto. a) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 524 ss.; C. MAGNI, *Logica, matematica e scienza giuridica*, in *Dir. eccl.*, LXI (1950), 248.; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 5; e, per quanto riguarda, in particolare, il diritto canonico, J. OTADUY, *sub cc.7-22*, cit. (*supra*, nt. 10), 390 s.

⁵⁹ Cfr., per tutti, A. FALZEA, *I principi*, cit. (*supra*, nt. 1), 16.



dipana in un processo di ininterrotta e continua implementazione dei principi, intesi come le *rationes* serventi a quella *ratio* principale, che l'equità «canonica» sollecita a sovvenire, lungo il sentiero dalla stessa segnato.

La caratura assiologica dei principi non può, in seno all'esperienza giuridica della Chiesa, non fare aggio sulla loro efficacia formale: tocca all'equità canonica, sgombrando il campo da ogni astratto schematismo, porne in luce, con una costante e penetrante opera di verifica, l'effettiva reale consistenza e generalità, in rapporto alle sempre nuove insorgenti esigenze, ai sempre diversi bisogni spirituali dell'essere umano⁶⁰.

⁶⁰ Cfr., fra gli altri, H. SOCHA, *sub can. 19*, cit. (*supra*, nt. 10), 19/1.