



### Beatrice Serra

(ricercatore in Diritto canonico ed ecclesiastico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

## Osservazioni sul principio di legalità come idea e come metodo nell'esperienza giuridica della Chiesa \*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione - 2. – La struttura essenziale del concetto di legalità e la sua realizzazione radicale nel diritto della Chiesa. - 3. L'idea di legalità come "regola che sta prima" nel *ius commune* e la sua coesistenza con un approccio empirico, essenzialmente giurisprudenziale e dottrinale, di costruzione del diritto. Il principio di legalità come metodo di produzione del diritto nel pensiero giuridico moderno- 4. Il legame storico-concettuale fra il principio di legalità e i Codici moderni - 5. Il *Codex iuris canonici* del 1917 e il principio di legalità come metodo di costruzione del *ius ecclesiae* in funzione della certezza del diritto - 6. (segue)Ulteriori riflessi della prima codificazione canonica sul principio di legalità.

### 1 - Introduzione

Le riflessioni della dottrina canonistica moderna sul principio di legalità sembrano svolgersi, essenzialmente, lungo due distinti profili.

Il primo è l'interpretazione sistematica degli enunciati normativi del principio, svolta, prevalentemente, nell'ambito del diritto penale e del diritto amministrativo.

Vigente il *Codex Iuris Canonici* del 1917, infatti, le considerazioni della scienza giuridica in tema di legalità si incentrarono sul problema della compatibilità fra i canoni che sancivano il principio *nullum crimen, nulla poena, sine proevia lege poenali* (cann. 20, 2195, 2219, § 3) e i canoni il cui contenuto contrastava con gli elementi costitutivi della legalità penale (cann. 2222, § 1, 2231)<sup>1</sup>. Questo specifico approccio ricostruttivo è di poi

---

\* Contributo sottoposto a valutazione

<sup>1</sup> Cfr. fra i numerosi contributi **O. GIACCHI**, *Precedenti canonistici del principio "Nullum crimen sine proevia lege poenali"*, in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, Poligrafica Universitaria, Firenze, 1936, vol. I, pp. 435-449; **P. FEDELE**, *Il principio "Nullum crimen sine proevia lege poenali" e il diritto penale canonico*, in *Rivista di diritto penale*, 9, 1937, II, pp. 489-525; **L. SCAVO LOMBARDO**, *Il principio 'Nullum crimen sine proevia lege poenali' nel diritto penale canonico e la norma del can. 2222 § 1 del C.I.C.*, in *Annali del Seminario Giuridico*



proseguito con il Codice del 1983<sup>2</sup> - che ha riprodotto il contrasto fra affermazione (cann. 9, 18, 19, 221, §§ 2-3; 1321, §§ 1-2) e negazione della legalità penale (can. 1399) -, mentre la distinzione delle funzioni di governo sancita dal nuovo Codice (cann. 135, § 1, 391, § 1) e l'individuazione di una *potestas exsecutiva* subordinata, sotto più profili, all'osservanza delle legge (cann. 29-30, 33; 34, § 2, 38, 48, 94, § 1, 135, § 2, 1732-1739, 1445, § 2; artt. 18, §§1- 2, 123, § 1 e 156 cost. ap. *Pastor Bonus*; artt. 125, § 2, 126 e 131, § 5 Regolamento Generale della Curia romana; art. 34, § 1 *Lex propria* della Segnatura Apostolica), hanno determinato una decisa e definitiva estensione degli studi canonistici alle enunciazioni e applicazioni della legalità amministrativa<sup>3</sup>.

---

dell'Università di Catania, vol. I, 1947, pp. 190-225; **F. POGGIASPALLA**, *La certezza del diritto della Chiesa. Il principio «nullum crimen sine lege» nel diritto penale canonico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 37, 1959, III, pp. 544-580; **G. MANTUANO**, *La riserva di legge nell'ordinamento penale della Chiesa. I. Ambito e limiti della extensio*, Cedam, Padova, 1975; **F. BOLOGNINI**, *Profili critici sul principio «nullum crimen sine praevia lege poenali» nel diritto canonico*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, Giuffrè, Milano, 1976, vol. I, pp. 313-356; **J. ARIAS GÓMEZ**, *Protección jurídica de los derechos fundamentales. Principio de legalidad penal*, in *I Diritti Fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella Società. Atti del IV Congresso Internazionale di Diritto canonico* (Fribourg [Suisse] 6-11 ottobre 1980), Giuffrè, Milano, 1981, pp. 461- 473.

<sup>2</sup> Fra i diversi studi sul principio di legalità penale riferiti al Codice del 1983 si veda a titolo esemplificativo e per ulteriori riferimenti bibliografici: **M.E. DIZ PINTADO**, *El principio de legalidad penal en el derecho canónico: en el Código de 1917 y en el de 1983*, in *Revista española de derecho canónico*, 41, 1985, pp. 401-419; **F.E. ADAMI**, *Continuità e variazioni di tematiche penalistiche nel nuovo Codex Iuris Canonici: sezione terza. Il diritto penale canonico e il principio « Nullum crimen, nulla poena sine lege»*, in *Ephemerides iuris canonici*, 1, 1989, pp. 137-172; **G. DI MATTIA**, *La normativa di diritto penale nel Codex Iuris Canonici e nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, in *Apollinaris*, 65, 1992, pp. 149-172; **R. BOTTA**, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2001, pp. 25-34; **F. UCCELLA**, *Sulla incisività nel diritto penale canonico del principio «Nullum crimen sine lege»: prime considerazioni*, in *Il diritto ecclesiastico*, 115, 2004, III, pp. 652-653; **G. DALLA TORRE**, *Qualche considerazione sul principio di legalità nel diritto penale canonico*, in *Angelicum*, 85, 2008, pp. 267-287; **B.F. PIGHIN**, *Diritto penale canonico*, Marcianum Press, Venezia, 2008, pp. 46-57, 113-115, 519-529; **C. CARDIA**, *La Chiesa tra storia e diritto*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 325-329.

<sup>3</sup> Difatti, già la Cost. ap. *Regimini ecclesiae universae* del 15 agosto 1967, istituendo presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica una *Sectio Altera*, alla quale ricorrere avverso un atto amministrativo «quoties contendatur actum ipsum legem aliquam violasse» (cfr. in *A.A.S.*, 59, 1967, pp. 885-928, n. 106), aveva determinato un'ampia riflessione dottrinale sull'applicazione del principio di legalità alla funzione amministrativa canonica. Fra i numerosi contributi al riguardo si veda a titolo indicativo: **E. GRAZIANI**, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997; **E. BERNARDINI**, *L'istituzione della «Sectio Altera» del Supremo Tribunale*



Il secondo angolo prospettico dal quale è stato esaminato il principio di legalità nella Chiesa è quello della teoria generale del diritto. In quest'ambito, l'analisi è sovente condotta in chiave comparativa: nel riflettere sulla essenza e tipicità dell'ordinamento canonico si evidenziano i margini di incompatibilità tra il *proprium quid* di tale ordinamento e l'idea di giuridicità sottesa al principio di legalità dello Stato di diritto<sup>4</sup>.

---

della *Segnatura Apostolica*, in *Ius Populi Dei, Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, Romae, Pontificia Università Gregoriana, 1972, vol. III, pp. 27-78; **I. GORDON**, *De iustitia administrativa ecclesiastica tum transacto tempore tum hodierno*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 61,1972, pp. 251- 368; **R. BACCARI**, *La giustizia amministrativa canonica in funzione partecipativa*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, cit., vol. I, pp. 163-176 ; **G. CASUSCELLI**, *Premesse per uno studio del contenzioso amministrativo canonico*, in *La Chiesa dopo il Concilio. Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, Roma, 14-19 gennaio 1970, Giuffrè, Milano, 1972, vol. II, pp. 327-332; **M. CARDINALE**, *L'error iuris nella giurisprudenza della Sectio Altera*, in *Apollinaris*, 54, 1981, pp. 111-139.

Quanto alle ricostruzioni sulla legalità amministrativa riferite al diritto vigente si veda senza alcuna pretesa di esaustività: **M.R. MOODIE**, *The administrator and the law: authority and its exercise in the Code*, in *The Jurist*, 46, 1986, pp. 43-69; **P. MONETA**, *Giustizia amministrativa (dir. can)*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1989, vol. XV, pp. 1-8; **R. COPPOLA**, *Giustizia amministrativa nella Chiesa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1991, vol.VII, pp. 618- 634; **A. VIANA**, *El Reglamento General de la Curia Romana (4.II. 1992). Aspectos generales y regulación de las aprobaciones pontificias en forma específica*, in *Ius canonicum*, 63, 1992, pp. 508-529; **ID.**, «*Approbatio in forma specifica*». *El Reglamento general de la Curia Romana de 1999*, in *Ius canonicum*, 40, 2000, pp. 209-228; **ID.**, *Sobre el recto ejercicio de la potestad de la Curia Romana*, in *Ius canonicum*, 51, 2011, pp. 531-546; **V. GÓMEZ-IGLESIAS**, *La "aprobación específica" en la "Pastor Bonus" y la seguridad jurídica*, in *Fidelium Iura*, 3,1993, pp. 361-426; **E. LABANDEIRA**, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 161-226; **I. ZUANAZZI**, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, in *Ius Ecclesiae*, 8, 1996, pp. 37-69; **F. D'OSTILIO**, *Il diritto amministrativo della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1996, 2<sup>a</sup> ed.,pp. 417-443; **F.M. MATERNINI**, *Elementi di diritto amministrativo canonico*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 37-39; **J. MIRAS**, *Il principio di legalità e l'amministrazione ecclesiastica*, in *Compendio di diritto amministrativo canonico*, Eunsa, Pamplona, 2<sup>a</sup> ed., 2009, pp. 57-84; *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, a cura di E. Baura e J. Canosa, Giuffrè, Milano, 2006.

<sup>4</sup> Fra i numerosi studi che guardano al rapporto legalità-ordinamento canonico in prospettiva teorica si veda per un primo orientamento **R. BIDAGOR**, *El espíritu del derecho canónico*, in *Revista española de Derecho Canónico*, 37, 1958, pp. 5-30; **G. CAPOGRASSI**, *Prefazione a «La certezza del diritto» di Flavio Lopez de Oñate*, in **ID.**, *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. V, pp. 92-114; **P. FEDELE**, *Lo spirito del diritto canonico*, Cedam, Padova, 1962, spec. pp. 197-293; **P. BELLINI**, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 68, 1957, I, pp. 121-243; **S. BERLINGÒ**, *La tipicità dell'ordinamento canonico (nel raffronto con gli altri ordinamenti e nell'«economia» del «diritto divino rivelato»)* in *Ius Ecclesiae*, 1, 1989, pp. 95-155; **ID.**, *Ordinamento*



Particolarmente significativo, al riguardo, il dibattito sul Progetto di Legge fondamentale della Chiesa, nel quale i diversi modi di intendere il diritto canonico maturati nelle scuole della canonistica post-conciliare, si confrontarono sull'introduzione di una Costituzione formale nel *ius ecclesiae* e sul conseguente configurarsi di una legalità costituzionale<sup>5</sup>.

Ciò considerato, le osservazioni che seguono sono da intendersi quali (parziali) premesse di una riflessione non settoriale, di una riflessione, cioè, che miri a ricostruire il significato complessivo assunto dalla formula verbale "principio di legalità" nel *ius ecclesiae*. Più specificatamente, tali osservazioni poggiano su una duplice scelta metodologica:

a) la diversità dei piani di indagine, nella persuasione che nessuno dei molteplici profili (di diritto positivo e di teoria generale, di storia e di politica e sociologia del diritto), propri della legalità in ogni esperienza giuridica può essere pienamente compreso avulso dall'intima relazione che lo lega agli altri;

b) l'uso di un criterio unitario nell'indagine. Nell'individuare due dei modi d'essere della legalità canonica si è infatti adottata una prospettiva teleologica e dinamica, tesa a evidenziare, in ciascuna dimensione della legalità, la ragion d'essere del principio, i fini alla cui realizzazione esso è (o sembra essere) preordinato nel diritto della Chiesa.

---

canonico, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 11 febbraio 2008, pp. 1-13; **E. CORECCO**, *L'apporto della teologia alla elaborazione di una teoria generale del diritto canonico*, in *Scienza giuridica e diritto canonico*, a cura di R. Bertolino, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 33-59; **S. GHERRO**, *Qualche considerazione sulla «specificità» dell'ordinamento canonico*, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae, acta Symposii internationalis iuris canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris canonici* (diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994, pp. 91-101; **P. ERDÖ**, *Teologia del diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, spec. pp. 120-161; **P.A. BONNET**, *Veritas et non auctoritas facit legem. Tipicità e atipicità del diritto ecclesiale*, in *Il Codice di Diritto Canonico e il nuovo Concordato: vent'anni dopo*, Minerva, Bologna, 2006, pp. 79-153.

<sup>5</sup> Per il dibattito sulla *Lex Ecclesiae Fundamental* si vedano le seguenti opere collettive: *El proyecto de ley fundamental de la Iglesia. Texto y analisis crítico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1971; *Legge e Vangelo: discussione su una legge fondamentale per la Chiesa*, Paidea, Brescia, 1972; *Lex Fundamental Ecclesiae. Atti della Tavola rotonda di Macerata*, 12-13 ottobre 1971, a cura di G. Moroni, Giuffrè, Milano, 1973; *De lege Ecclesiae fundamentali condenda: Conventus canonistarum hispano-germanus Salamanticae, diebus 20-23 januarii habitus*, CSIC, Salamanca, 1974; *Lex ecclesiae fundamentalis*, Officium Libri Catholici, Roma, 1974.



## 2 - La struttura essenziale del concetto di legalità e la sua realizzazione radicale nel diritto della Chiesa

Sia nei sistemi continentali, sia nei sistemi del *common law*, il concetto di legalità è, nella sua essenza, “conformità ad una regola che sta prima”, esso, cioè, appare strutturato sull’idea che chi agisce deve riferirsi ad un criterio che lo precede<sup>6</sup>.

Se così è, nel *ius ecclesiae* la struttura essenziale dell’idea di legalità trova una realizzazione radicale.

Il fondamento divino della giuridicità ecclesiale - per il quale ogni espressione di tale giuridicità non solo non può contrastare l’ordine di giustizia che Cristo ha dato alla Chiesa ma deve compiere, per conclusione o specificazione, tale ordine -, configura, infatti, un rapporto di *priorità* fra volontà divina e soluzioni umane che, in sé, inverte la struttura essenziale della legalità.

Non solo. È dal contenuto di tale rapporto che dipende la consistenza teorica della legalità nell’ordinamento canonico.

Trattandosi, infatti, di una *priorità* anzitutto *assiologica*, quando la legge umana appare conforme alla *ratio* divina acquista una particolare qualità valoriale, che ne giustifica l’obbligatorietà oltre i suoi aspetti formali.

Ne consegue che il rispetto delle norme positive può essere preteso quale rispetto di un ordine oggettivamente giusto o, detto altrimenti, che la legalità canonica è “conformità ad una regola *giusta* che sta prima”.

Sotto un profilo concettuale e terminologico poi, è solo questa *priorità* assiologica che fa sì che, anche nel *ius ecclesiae*, la legalità assurga a *principio* (principio di legalità), dacché il suo significato prescrittivo - sul presupposto della perenne tensione delle proposizioni giuridiche verso la volontà divina -, richiama ed esprime direttamente le verità costitutive dell’ordinamento<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Sulla conformità ad una regola che “sta prima” quale essenza del concetto di legalità, si veda ampiamente L. **TRIOLO**, *Legalismo e legalità*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 13-28.

Lo schema rappresentativo della legalità come rapporto bilaterale fra la legge o la regola con cui si misura la giuridicità di un atto e l’atto misurato è peraltro costante nelle definizioni del concetto. Al riguardo cfr. S. **FOIS**, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1973, vol. XXIII, p. 666; N. **BOBBIO**, *Legalità*, in *Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 1976, p. 518; R. **GUASTINI**, *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1994, vol. IX, p. 85; P.P. **PORTINARO**, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1996, vol. V, p. 216.

<sup>7</sup> Per l’espressione “principio di legalità” quale formula che indica un rapporto di





Ma la relazione di priorità fra diritto divino e ordine canonico è anche *organizzativa, strutturale*: l'assetto giuridico basilare della comunità dei fedeli, inclusa la potestà di giurisdizione dell'autorità ecclesiastica, scaturisce dalla volontà fondazionale di Cristo.

Il che soddisfa un altro *significato* o *risultato* della legalità: la presenza di un potere di governo costituito e autorizzato, l'impossibilità per chi pone atti autoritativi di autolegittimarsi<sup>8</sup>. L'origine divina della competenza della gerarchia o, anche, il diritto divino quale primaria norma di competenza, rafforza di poi ulteriormente la vincolatività delle leggi ecclesiali, corrispondenti al disegno di Dio anche per i soggetti che le pongono in essere.

Allo "stare prima" del *ius divinum* può attribuirsi altresì una valenza *cronologica*, che salvaguardia l'esigenza di prevedibilità intimamente connessa al paradigma della legalità.

Se, infatti, si ammette un'individuazione certa della *lex* divina - dichiarata dal Magistero ecclesiastico e avvertita nella coscienza dei fedeli -, tale legge determina la certezza in senso soggettivo giacché, a prescindere da previe norme formali, ogni credente dovrebbe essere in grado di prevedere come l'ordine ecclesiale - scaturito da quella legge -, qualificherà la sua azione futura<sup>9</sup>.

---

coerenza fra la legge positiva e i fondamenti ideologico-politici di un ordinamento, presupponendo, dunque, il carattere positivamente assiologico della legge stessa si veda **F. PALAZZO**, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini*, 36, 2007, p. 1283.

<sup>8</sup> Sul divieto di autolegittimazione quale condizione strutturante o contenuto minimo della legalità, per il quale ogni potere deve essere fondato su una norma, che può essere meramente positiva o consistere in un livello ulteriore e superiore di giuridicità cfr. **A. GENTILI**, *A proposito di "La politica della legalità"*, in *Politeia*, 84, 2006, p. 112; **F. SORRENTINO**, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 3; **L. TRIOLO**, *Legalismo e legalità*, cit., pp. 45-55.

<sup>9</sup> Sulla legge divina quale causa efficiente della certezza (oggettiva e soggettiva) del diritto della Chiesa, si veda la lucida ricostruzione di **G. CAPOGRASSI**, *Prefazione a «La certezza del diritto» di Flavio Lopez de Oñate*, cit., pp. 101-114.

I risultati di tale ricostruzione, recentemente ribaditi (cfr. **J.I. ARRIETA**, *Ius divinum e ruolo della canonistica*, in *Il Ius divinum nella Vita della Chiesa. XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico* [Venezia 17-21 settembre 2008], a cura di J. I. Arrieta, Marcianum Press, Venezia, 2010, pp. 1398-1400) riecheggiano poi nelle interpretazioni dottrinali che, a fronte dei canoni la cui formulazione mette in discussione la certezza in senso soggettivo come requisito costitutivo o risultato della legalità, riconducono implicitamente o esplicitamente la salvaguardia di tale requisito alla possibilità dei fedeli di prefigurare la reazione dell'ordinamento ai propri comportamenti. In questo senso si veda da ultimo **G. DALLA TORRE**, *Qualche considerazione sul principio di legalità nel diritto penale canonico*, cit., pp. 270-275, 285-287.



Una corretta interpretazione di questo significato cronologico e, ancor oltre, della stessa relazione di priorità divino-umano, richiede, tuttavia, alcune precisazioni.

Al riguardo, senza ricostruire analiticamente il dibattito dottrinale sui contenuti del *ius divinum* o sul rapporto fra questo e il *ius humanum*, è sufficiente considerare il risultato ultimo di tale dibattito: il diritto divino non è un insieme di precetti cristallizzati, precedenti l'ordine giuridico canonico e a questo superiori ed esterni.

Piuttosto, il disegno divino, sebbene immutabile e trascendente, si manifesta nelle vicende concrete della Chiesa e il *ius (divinum)* è dato dall'incontro, nella storia, fra la rivelazione di Dio - che esige l'uomo -, e la risposta libera e obbediente di quest'ultimo <sup>10</sup>.

È, dunque, quest'incontro, questo profondo e vitale intreccio fra iniziativa di Dio e azione umana la dimensione all'interno della quale si realizza e va inteso lo "stare prima" del *ius divinum*.

Non solo. Poiché l'accoglienza del progetto di Dio è affidata alla libertà dell'uomo, e posto che le norme di condotta tendenti a tale progetto sono formulate e osservate in risposta all'amore divino - giacché la conoscenza del diritto divino è conoscenza dell'essere stesso di Dio <sup>11</sup>, che è Amore <sup>12</sup> -, l'avverarsi del paradigma della legalità nella Chiesa implica un preciso postulato: la rottura di ogni nesso disgiuntivo fra libertà e legge.

---

<sup>10</sup> Su questa concezione del *ius divinum*, determinata e confermata dall'immagine conciliare della Chiesa quale unica e complessa realtà, risultante da elementi umani ed elementi divini (cfr. Cost. dogm. *Lumen gentium*, n. 8) si veda ampiamente **P.J. VILADRICH**, *El ius divinum como criterio de autenticidad en el Derecho de la Iglesia*, in *La norma en el Derecho Canónico*. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico (Pamplona, 10-15 de octubre de 1976), Eunsa, Pamplona, 1979, vol. I, pp. 40-78; **S. BERLINGÒ**, *Diritto divino e diritto umano nella Chiesa*, in *Il diritto ecclesiastico*, 106, 1995, I, pp. 35 -65; **R. SOBANSKI**, *Immutabilità e storicità del diritto della Chiesa: diritto divino e diritto umano*, in *Ius Ecclesiae*, 9, 1997, pp. 19-43; **J. HERVADA**, *Introducción al estudio del derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 2007, pp. 40-60; **A. SCOLA**, *Il Ius divinum e la cultura contemporanea*, in *Il Ius divinum nella Vita della Chiesa*, cit., pp. 64-65; **F. D'AGOSTINO**, *Lo Jus divinum nelle sue diverse manifestazioni*, *ibidem*, p. 109; **J. FORNÉS**, *La doctrina canónica del siglo XX sobre el Ius divinum*, *ibidem*, pp. 285-320.

<sup>11</sup> Sulla conoscenza del diritto divino come conoscenza del mistero di Dio cfr. **G. LO CASTRO**, *Il mistero del diritto. I. Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 19-62.

<sup>12</sup> Cfr. 1 Gv. 4,8.16; Cost. dogm. *Lumen gentium*, n. 42; Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 38; **BENEDETTO XVI**, *Deus Caritas est*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, rist. 2006, pp. 3-93.



Dato tale postulato, nell'ordine canonico l'idea di legalità può dirsi, quindi, correlata e strumentale ad un'organizzazione della vita della comunità ecclesiale fondata sulla libertà.

E ciò in singolare assonanza funzionale con la teorica della legalità di matrice democratico – liberale, secondo la quale solo attraverso la legge (elaborata dai rappresentanti del popolo) è possibile realizzare un assetto sociale che sia espressione e garanzia di libertà<sup>13</sup>.

### **3 - L'idea di legalità come "regola che sta prima" nel *ius commune* e la sua coesistenza con un approccio empirico, essenzialmente giurisprudenziale e dottrinale, di costruzione del diritto**

Inteso come "conformità a una regola che sta prima" nel senso appena enunciato, il principio di legalità, pur se intrinseco alla giuridicità ecclesiale del primo millennio, connota in modo peculiare il sistema del *ius commune*, all'interno del quale appare plasticamente legato ad un specifico metodo di costruzione dell'ordinamento.

Sotto questo particolare profilo, nell'assetto medievale la percezione del diritto quale ordine di giustizia impresso da Dio nella realtà, presenta due aspetti paradigmatici.

Il primo è il concetto di legge contenuto nella definizione di Tommaso d'Aquino: «definitio legis, quae nihil aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata»<sup>14</sup>. Tale definizione esprime, infatti, la consapevolezza che la norma non scaturisce dalla volontà soggettiva del legislatore ma è da questi rinvenuta, attraverso lo strumento conoscitivo della ragione, in un *ordo* obiettivo preesistente<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Sul legame teorico e storico fra il concetto di legalità e il progetto politico-istituzionale della costruzione di un sistema democratico si veda a titolo indicativo P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia (Premesse alla costituente)*, in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli, vol. III, 1968, pp. 129-133; G. FASSÒ, *Legge (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XXIII 1973, p. 784; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, vol. XVIII, pp. 1-2; S. PIRAINO, *Democrazia e legalità*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 5, 2004, pp. 498-499; G. CONSO, *Il principio di legalità nell'ordinamento italiano*, in *Studium iuris*, 10, 2010, pp. 1010-1011.

<sup>14</sup> *Summa theologiae*, I-II, q. 90, a.4.

<sup>15</sup> Al riguardo e per un'ampia analisi del concetto di legge e di diritto in Tommaso d'Aquino si veda F. OLGATI, *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, Vita e Pensiero, Milano, 1955, 4ª ed.; G. FASSÒ, *La legge della ragione*, rist. a cura di C. Faralli, E.





Il secondo aspetto è la pluralità delle fonti e il loro assetto reticolare, posto che la lettura e comprensione della giuridicità intrinseca nelle cose non è intesa come compito esclusivo del legislatore ma, anche e specialmente, dei giudici e dalla dottrina, mentre la razionalità o rispondenza al precetto divino è considerato requisito interno non solo della legge ma d'ogni atto che voglia essere giuridico; da ciò una non netta distinzione fra il momento legislativo e quello giurisprudenziale e, parimenti, una non netta distinzione o contrapposizione, almeno fino al tardo medioevo, fra legge e consuetudine<sup>16</sup>. Nell'architettura giuridica medievale, dunque, l'idea di legalità come "regola che sta prima" è, per un verso, profondamente radicata e consapevole e, per l'altro verso, congiunta ad un approccio empirico, ad un metodo di costruzione e concezione del diritto essenzialmente giurisprudenziale e dottrinale, chiaramente tangibile nelle collezioni e riflessioni del diritto canonico classico.

Eppure, proprio se riferita al *metodo di produzione del diritto*, la formula verbale "principio di legalità" richiama una realtà sostanzialmente opposta a quella medievale. Nel pensiero giuridico moderno proprio dei sistemi di *civil law*, infatti, resa netta la distinzione e separazione fra elaborazione e applicazione della norma, il principio di legalità prescrive che il diritto deve essere formato, primariamente, per mezzo di leggi positive, generali ed astratte, la conformità alle quali è l'elemento che struttura tutto l'ordinamento, il nucleo esplicito di riconoscimento di ciò che è *ius*<sup>17</sup>.

Ebbene, nella vita giuridica della Chiesa questa *legalità come metodo*, per la quale il diritto si realizza attraverso gli atti tipici del legislatore, si afferma, inequivocabilmente, *con e in seguito* alla prima codificazione canonica.

#### 4 - Il legame storico-concettuale fra il principio di legalità e i Codici moderni

---

Pattaro, G. Zucchini, Giuffrè, Milano, 1999, spec. pp. 69-80; A. CARIOLA, *Razionalità e ragionevolezza. Intorno alla definizione di legge in San Tommaso*, in *Diritto e società*, 2, 2001, pp. 175-199.

<sup>16</sup> Su questi profili della giuridicità medievale, qui appena tracciati, cfr. E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. I, 1964, vol. II; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 3ª ed.

<sup>17</sup> Al riguardo si veda per tutti N. BOBBIO, *Legalità*, cit., p. 520.



Difatti fra i Codici moderni, modellati sul Codice napoleonico, e il principio di legalità, esiste uno stretto legame, storico e concettuale. Questo legame - rintracciabile anche nell'attuale corrispondenza fra crisi della legalità e crisi della codificazione<sup>18</sup> -, si costruisce, essenzialmente, intorno ai seguenti elementi:

a) il movimento per la codificazione, definitosi nella seconda metà del XVIII secolo, poggia su un bisogno concreto, enfatizzato dalla avvenuta affermazione degli Stati assoluti: ricondurre a coerente unità la molteplicità e stratificazione delle fonti, superare il particolarismo giuridico (espressione della frammentazione del potere e degli interessi corporativistici) onde rimediare all'incertezza che sembrava caratterizzare il diritto comune, sostanzialmente affidato all'operato (ritenuto arbitrario e confuso) della scienza giuridica e della giurisprudenza. Questa esigenza pratica trova risposta teorica nella lettura del giusnaturalismo compiuta dall'illuminismo giuridico. Per gli illuministi, infatti, la ragione indica nella legge positiva - posta da un unico soggetto, il sovrano illuminato, che fissa in formule indubbie e chiare la razionalità del diritto naturale-, lo strumento per ristrutturare l'ordine giuridico e rispondere alle esigenze di certezza (e uguaglianza). La legge, atto della volontà politica che ha la forza di elaborarla e imporla su tutto il territorio dello Stato è, cioè, la sola vera fonte generatrice dell'ordinamento, alla quale devono subordinarsi le altre manifestazioni del diritto e sulla quale deve fondarsi il processo di codificazione<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. sul punto **N. IRTI**, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, 4<sup>a</sup> ed., **ID.**, *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 158-167.

<sup>19</sup> Sulle ragioni della codificazione e sul legame fra illuminismo giuridico e codici moderni si veda **V. PIANO MORTARI**, *Codice. I. Premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1960, vol. VII, pp. 227-236; **G. TARELLO**, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1976, spec. pp. 15-42, 382-483; **ID.**, *Codice. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1987, vol. VII, pp. 1-7; **ID.**, *Codificazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. Civ., Utet, Torino, 1988, vol. II, pp. 465-472; **R. SACCO**, *Codice. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1987, vol. VII, pp. 1-7; **P. CARONI**, *Saggi sulla storia della codificazione*, Giuffrè, Milano, 1998, spec. pp. 1-51; **V. FROSINI**, *La codificazione: problemi e prospettive*, in *Rassegna Parlamentare*, 41, 1999, pp. 439-470; **O. DE BERTOLIS**, *Due secoli di Codificazione*, in *La civiltà cattolica*, 2004, II, pp. 357-363; **P. GROSSI**, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2005, 2<sup>a</sup> ed., pp. 85-124; ; **R. FERRANTE**, *Codificazione e cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2006, spec. pp. 1-90; **A. PADOA SCHIOPPA**, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 329-344, 394-409, 457-461.



b) tale teoria della legge statale quale unico mezzo di costituzione della giuridicità, è assorbita e rafforzata dalla Rivoluzione francese, quando il principe illuminato è sostituito dall'assemblea legislativa e - mantenuta ferma nel passaggio dalla Rivoluzione all'età napoleonica-, si realizza poi, concretamente, con i Codici ottocenteschi. Questi Codici sono il risultato compiuto ed esemplare della costruzione del diritto *per legem*, giacché essi, mentre abrogano completamente tutte le fonti precedenti (sancendo l'idea che il diritto non ha un'essenza immutabile ma nasce *ex novo* dall'autorità del legislatore), disciplinano interamente e senza contraddizioni i singoli rami dell'ordinamento, imbrigliandoli sistematicamente in un sistema autosufficiente e chiuso di norme generali, astratte, coerenti e rigide, rivolte ad un unico soggetto di diritto<sup>20</sup>.

c) il passaggio definitivo dall'idea che le esigenze di giustizia si colgono nella realtà all'idea che tali esigenze siano predeterminabili a priori dalla *lex*, si attua, infine, con il peculiare rapporto fra norma ed interpretazione stabilito dai Codici ed esaltato dalla scuola dell'esegesi francese. Un rapporto nel quale l'unico compito che spetta all'interprete e, in particolare, al giudice, è quello di individuare nella legge l'esatta volontà del legislatore e di eseguirla fedelmente nella fattispecie, garantendo, così, un'attuazione omogenea e sostanzialmente predeterminata della legge<sup>21</sup>.

## 5 - Il *Codex iuris canonici* del 1917 e il principio di legalità come metodo di costruzione del *ius ecclesiae* in funzione della certezza diritto

---

<sup>20</sup> Sui Codici liberali ottocenteschi, quali fonti che esaltano le qualità della legge e, nello stesso tempo, recepiscono le enunciazioni compiute e settoriali del principio di legalità, soprattutto in materia penale, si veda **G. ZAGREBELSKY**, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 24-29, 64-67; **M. DOGLIANI**, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, 1, 2008, pp. 6-9; **P. COSTA**, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione della modernità penale)*, in *Quaderni fiorentini*, 36, 2007, p. 21; **P.A. BONNET**, *De momento codificationis pro iure ecclesiae*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 70, 1981, pp. 309-339; **M. PIFFERI**, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le "zone grigie" della legalità penale fra ottocento e novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 36, 2007, pp. 743-799; **G. DE FRANCESCO**, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in *Quaderni fiorentini*, 36, 2007, pp. 660-662.

<sup>21</sup> Sul fatto che, in seguito la codificazione, anche in sede di interpretazione il momento razionale della norma è oscurato a vantaggio della sua componente volontaristica si veda per tutti **E. CORTESE**, *Norma (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, vol. XXVIII, pp. 407-408.



Ora, posto questo vincolo sostanziale tra Codici moderni e principio di legalità, come e perché esso si ripropone nella esperienza giuridica della Chiesa?

È noto che il primo Codice canonico del 1917 fu elaborato, principalmente, per una ragione pratica: ricomporre l'immenso e caotico assetto delle fonti del diritto costituitosi, fino allora, intorno al *Corpus iuris canonici*<sup>22</sup>. In termini significativi, la necessità di un riordino del *ius ecclesiae* era stata evidenziata nel Concilio Vaticano I, quando i Padri conciliari denunciarono sia l'impossibilità di trovare in un complesso normativo informe, frammentario e disarmonico, la regola sicura cui riferirsi, soprattutto penale e procedurale; sia il conseguente realizzarsi di situazioni estreme, con Pastori che o ignoravano le leggi o le applicavano senza discernimento, o lasciavano impuniti i delitti o procedevano *ex informata conscientia*<sup>23</sup>.

Il bisogno sotteso alla richiesta di una *reformatio iuris* era, dunque e essenzialmente, bisogno di certezza del diritto in senso oggettivo, quale

---

<sup>22</sup> La finalità pratica del Codice del 1917, presentato come lo strumento per riordinare la legislazione vigente attraverso l'eliminazione delle norme obsolete o abrogate e l'adattamento delle altre norme alle esigenze dei tempi presenti, è chiaramente sancita sia nel m.p. *Arduum sane munus* del 19 marzo 1904, con il quale Pio X diede inizio ai lavori di codificazione (cfr. in A.S.S., 36, 1903-1904, pp. 549- 551), sia nella cost. ap. *Providentissima Mater Ecclesia* del 27 maggio 1917, con la quale Benedetto XV promulgò il Codice (cfr. in A.A.S. , 9, 1917, *pars* II, pp. 5-8).

Quanto alle riflessioni dottrinali che pongono l'accento sulla *ratio* pratica della codificazione canonica si veda, a titolo indicativo, **F. FINOCCHIARO**, *Il processo di codificazione del diritto canonico*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 44, 1970, pp. 684-689; **A. GARCIA Y GARCIA**, *Las codificaciones y su impacto en la Iglesia a traves de la historia*, in *Temas fundamentales en el nuevo código. XVIII Semana española de derecho canónico*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1984, pp. 50-51; **N.Á. DE LAS ASTURIAS**, *Derecho canónico y codificación: Alcance y límites de la asunción de una técnica*, in *Ius Canonicum*, 51, 2011, pp. 117- 120.

<sup>23</sup> Per la ricostruzione del dibattito, svoltosi nel Concilio Vaticano I e nella relativa fase preparatoria, sulle carenze del diritto della Chiesa e sull'assoluta necessità di una sua riforma cfr. **G. FELICIANI**, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini*, Giuffrè, Milano, 1981, vol. I, pp. 35-80. Sul punto si veda altresì **M. FALCO**, *Introduzione allo studio del «Codex Iuris Canonici»*, a cura di G. Feliciani, il Mulino, Bologna, 1992, pp. 95-97; **A. MOTILLA**, *La idea de la codificación en el proceso de formación del codex de 1917*, in *Ius canonicum*, 28, 1988, pp. 692-698; **C. FANTAPPIÉ**, *Introduzione storica al diritto canonico*, il Mulino, Bologna, 1999, pp. 252- 256. Una sintetica esposizione delle proposte sulla riforma del diritto canonico emerse nel Concilio Vaticano I si rinviene anche nella *Prefatio* al Codice del 1917 (cfr. *Prefatio in Codex Iuris Canonici Pii X Pontifici Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus, Praefatione, Fontium annotatione et Indice analytico-alphabetico ab E.mo Petro Card. Gasparri auctus*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1963, pp. XXII-XLIII).



conoscibilità delle fonti di produzione, sicura individuazione ed applicazione delle regole sostanziali e procedurali che costituivano l'ordinamento.

Data tale esigenza, quando nella prima fase di revisione della legislazione ecclesiastica si pose l'alternativa fra la redazione di una nuova Collezione o la costituzione di un Codice analogo a quelli statali, fu questa seconda soluzione - fortemente voluta da Pio X ma già proposta nel Vaticano I-, a prevalere. Per un verso, infatti, l'elaborazione e presentazione del diritto propria dei Codici ottocenteschi sembrò più funzionale alla semplificazione, chiarezza e conoscibilità della legislazione ecclesiale; per l'altro verso, si ritenne di potere utilizzare la tecnica codificatoria come uno strumento estrinseco e neutro, scisso dai valori e dalla percezione del diritto sottesa ai Codici moderni<sup>24</sup>.

L'intento di utilizzare la codificazione solo per aggiornare e consolidare il *ius vetus* - rendendolo adeguato all'azione di governo e alle nuove necessità della società ecclesiale -, si riflette, del resto, nell'atipicità del Codice pio-benedettino, che si pose in sostanziale continuità con il diritto anteriore (can. 6), prevede fonti suppletorie extracodiciali (can. 20), equiparò la consuetudine alla legge e tollerò consuetudini *contra legem* (cann. 5, 25-30), assunse, cioè, diversi tratti, ampiamente evidenziati in dottrina, che lo distinsero dai sistemi chiusi e completi, costruiti sulla

---

<sup>24</sup> Su questi specifici aspetti cfr. **N.Á. DE LAS ASTURIAS**, *Derecho canónico y codificación: Alcance y límites de la asunción de una técnica*, cit., pp. 110-116; **P. CIPROTTI**, *Codex iuris canonici*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. VII, 1960, pp. 236-240; **G. FELICIANI**, *Il cardinale Gasparri e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, Rubettino, Soveria Mannelli, 1998, vol. II, pp. 567- 573; **R. ASTORRI**, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Cedam, Padova, 1991, pp. 1-42; **C. FANTAPPIÉ**, *Gli inizi della codificazione pio-benedettina alla luce di nuovi documenti*, in *Il diritto ecclesiastico*, 103, 2002, pp. 59-71; *L'eredità giuridica di san Pio X*, a cura di A. Cattaneo, Marcianum Press, Venezia, 2006.

Per l'iter di redazione del Codice del 1917 si veda **P. GASPARRI**, *Storia della Codificazione del diritto canonico per la Chiesa latina*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis VII Saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis*, Romae 12-17 novembris 1934, Pontificium Institutum Utriusque Iuris, Romae, 1937, vol. IV, pp. 3-10; **J. LLOBELL**, **E. LEÓN**, **J. NAVARRETE**, *Il libro «De processibus» nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. I, pp. 17- 86.

Quanto alla ricostruzione dell'intero percorso storico, culturale, ideologico ed ecclesiologico che portò alla codificazione canonica si rinvia a **C. FANTAPPIÉ**, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II. *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 335-1162.





assoluta supremazia e autosufficienza della legge positiva, costituiti dai Codici statali<sup>25</sup>.

Eppure, l'adozione del Codice quale nuova forma in cui ordinare la tradizione giuridica della Chiesa, non fu scindibile dall'adozione di quel modo di pensare, costruire e applicare il diritto *mediante e secondo* legge espresso dal moderno principio di legalità.

Al riguardo due elementi vengono principalmente in evidenza.

Il primo è il profondo cambiamento nella formulazione, enunciazione e concezione della norma, apportato dalla codificazione rispetto alle collezioni medievali: in queste la norma, data in forma casistica, nasceva *da e per* problemi reali, era una soluzione storica, elaborata induttivamente dall'interprete, motivata e giustificata dall'aderenza alla situazione da dirimere e dall'ancoraggio ai casi analoghi; nel Codice, invece, la norma astrae dalla circostanza concreta, è un dispositivo breve, generale, privo di motivazione, che poggia direttamente sulla volontà e autorità del legislatore. Alla codificazione della sostanza del *ius ecclesiae*, cioè, seguì una omologazione, nella forma e nel significato, della norma canonica alla *lex* dei Codici statali, un passaggio dai fatti ai concetti, tanto più che, anche se la maggior parte dei canoni derivavano dal *ius vetus*, rimodellati e coordinati nel sistema codiciale essi assumevano una diversa valenza e funzione<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Per un'analisi puntuale dei profili che segnano una linea di demarcazione fra il Codice canonico del 1917 e i Codici moderni si veda **C. FANTAPPIÉ**, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II. *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, cit., pp. 988-993, 1006-1015, 1033-1061. Per ulteriori riflessioni sulla natura *sui generis* della codificazione ecclesiale cfr. altresì **P. ERDÖ**, *Rigidità ed elasticità delle strutture normative nel dialogo ecumenico (elementi istituzionali nel CIC aperti per un dialogo ecumenico)*, in *La legge canonica nella vita della Chiesa*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2008, pp. 150-152; **P. GHERRI**, *Il primo Codice di diritto canonico: fu vera codificazione?*, in *Apollinaris*, 77, 2003, pp. 827-898; **ID.**, *Canonistica, Codificazione e metodo*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2007, pp. 19-98. Va peraltro rilevato che molti aspetti non presenti nella codificazione canonica, ma usualmente considerati identificativi del concetto di Codice moderno, come il divieto di eterointegrazione o la cesura con le fonti precedenti, sono considerati da parte della dottrina elementari non fondanti del concetto di Codice. Al riguardo si veda **P. CARONI**, *La storia della codificazione e quella del codice*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 29 (2001), pp. 55-81.

<sup>26</sup> Sul punto e per più ampie considerazioni circa la frattura metodologica determinatasi nel diritto della Chiesa con il passaggio dal metodo compilativo a quello codificatorio si veda **S. KUTTNER**, *Il diritto canonico nella storia*, in *Jus*, 18, 1967, pp. 239-248; **G. FELICIANI**, *Codice. III) Codice di diritto canonico*, in *Enciclopedia giuridica treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, (1988), vol. VII, p. 1; **C. M. REDAELLI**, *L'adozione del principio della Codificazione: significato ecclesiologico soprattutto in riferimento alla ricezione*, in *Recezione e comunione tra le Chiese. Atti del colloquio internazionale di*



Il secondo elemento che rende tangibile il legame fra legalità e codificazione canonica, è il metodo d'interpretazione ed attuazione applicato al *Codex* del 1917. Subito dopo la promulgazione del Codice, tale metodo fu tracciato dal decreto *Cum novum iuris canonici* del 7 agosto 1917, il quale, definito il *Codex* come l'autentica ed unica fonte del diritto canonico, indicò nell'esegesi sistematica dei singoli canoni l'unico modo di studiare ed insegnare tale diritto<sup>27</sup>, e dal m.p. *Cum iuris canonici Codicem* del 15 settembre 1917 che, oltre a proibire nuovi decreti generali delle Congregazioni romane, istituì una Commissione permanente con il compito di interpretare autenticamente il Codice ed elaborare i nuovi canoni che dovevano aggiungersi a quelli vigenti o sostituirli per far fronte ad eventuali gravi necessità della Chiesa universale<sup>28</sup>. Evidentemente, per soddisfare stabilmente il bisogno di certezza che aveva condotto alla codificazione e ad un'esaltazione della funzionalità della legge scritta<sup>29</sup>, si ritenne altresì necessario predeterminare l'interpretazione e attuazione dei canoni, posti al riparo dall'azione critica, creativa ed evolutiva di dottrina e giurisprudenza, come pure apparve utile ricondurre al *Codex* ogni futura modifica della legislazione universale. Dal che una precisa conseguenza: la definitiva consacrazione della *lex codicialis* quale motore propulsivo della giuridicità ecclesiale, fonte che regge e domina le altre manifestazioni del diritto, in parallelo con la riduzione dell'attività giudiziaria (che, dopo la codificazione, si dispiegherà prevalentemente in materia matrimoniale), e

---

Salamanca, 8- 14 aprile 1996, EDB, Bologna, 1998, pp. 315-348; C. FANTAPPIÉ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II. *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, cit., pp. 852-857, 1024-1033, 1086-1109, 1129-1160; P. GROSSI, *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in *Jus*, 52, 2005, pp. 345- 347; G. LO CASTRO, *Il Mistero del diritto, II. Persona e diritto nella Chiesa*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 77-82.

<sup>27</sup> Cfr. *S. Congregatio de Seminariis et de Studiorum Universitatibus, De novo Iuris Canonici Codice in scholis proponendo*, in *A.A.S.*, 9, 1917, pars I., p. 439. Tale direttiva fu completata dall'istruzione *De experimentis ad gradus in iure canonico assequendos* del 31 ottobre 1918 (cfr. in *A.A.S.*, 11, 1919, p. 19), la quale stabilì che nelle Università degli Studi e nei licei di diritto canonico gli esami di profitto dovevano vertere sulla esegesi dei canoni del Codice.

<sup>28</sup> Cfr. BENEDETTO XV, m.p. *Cum iuris canonici*, in *A.A.S.*, 9, 1917, pars. I, pp. 483-484.

<sup>29</sup> Difatti già dalle prime fasi dei lavori preparatori del Codice pio-benedettino era evidente un particolare favore dei consultori per la legge scritta, considerata fonte del diritto superiore alla consuetudine per dignità, chiarezza e certezza, come pure un atteggiamento sostanzialmente restrittivo nei confronti dei provvedimenti discrezionali volti a derogare alla *lex*. Al riguardo si veda G. FELICIANI, *La consuetudine nella codificazione del 1917*, in *Ius Ecclesiae*, 19, 2007, pp. 333- 346; ID., *Il cardinale Gasparri e la codificazione del diritto canonico*, cit., pp. 567-573.



la tendenziale convergenza della scienza giuridica sulle chiose della legge scritta. Con il *Codex iuris canonici* del 1917, quindi, il *moderno metodo della legalità* si radicò sia nell'elaborazione del diritto canonico, sia nella riflessione scientifica su tale diritto<sup>30</sup>.

## 6 - (segue) Ulteriori riflessi della prima codificazione canonica sul principio di legalità

Oltre l'aspetto (strettamente) metodologico appena evidenziato, fra la prima codificazione ecclesiale e il principio di legalità possono cogliersi ulteriori connessioni, concettuali e funzionali che, per un verso, confermano la contiguità fra i due fenomeni giuridici e, per l'altro verso, lasciano intravedere alcuni convergenti profili o chiavi di lettura della legalità canonica. Segnatamente tali connessioni si determinano, prevalentemente, intorno ai seguenti nuclei tematici:

a) il problema dell'*uniformità* del *diritto canonico*. Nel Concilio Vaticano I i fautori della codificazione, a fronte del pluralismo dato dalla diversa disciplina delle Chiese particolari, espressero la necessità di una maggiore uniformità del diritto ecclesiale, e l'idea di rispondere a tale necessità mediante un Codice, inteso quale legge scritta, generale ed universale del Romano Pontefice<sup>31</sup>. Era così specificata un'ulteriore funzione della codificazione canonica, quella unificatrice ed uniformante (costitutiva del concetto di Codice moderno<sup>32</sup>), e il presupposto su cui

---

<sup>30</sup> Sul punto e per più ampie considerazioni sul concreto atteggiarsi della dottrina e della giurisprudenza canonica dopo il Codice del 1917 si veda **R. ASTORRI**, *La canonistica di fronte al CIC 17*, in *L'eredità giuridica di san Pio X*, cit., pp. 173-183; **P. LOMBARDÍA**, *Lezioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 34-35; **A. DE LA HERA**, *Introducción a la ciencia del Derecho Canónico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, pp. 104-113; **J. FORNÉS**, *La ciencia canónica contemporánea (Valoración crítica)*, Ediciones universidad de Navarra, Pamplona, 1984, pp. 296-345; **I.C. IBÁN**, *Derecho Canónico y ciencia jurídica*, Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 17- 26; **C. REDAELLI**, *Il metodo esegetico applicato al Codice di Diritto Canonico del 1917 e a quello del 1983*, in *Periodica*, 86, 1997, pp. 57-100; **P. GROSSI**, *Storicità del diritto*, in *Apollinaris*, 79, 2006, pp. 106-108.

<sup>31</sup> Sul punto cfr. **G. FELICIANI**, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, cit., pp. 65-68; **A. MOTILLA**, *La idea de la codificación en el proceso de formación del codex de 1917*, cit., pp. 696-698; **P. GROSSI**, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, 32, 2003, p. 380.

<sup>32</sup> Al riguardo si veda per tutti **P. CARONI**, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., pp. 1- 13. Va peraltro sottolineato che il problema dell'unità legislativa, quale esigenza da soddisfare attraverso la codificazione, si è posto con differente intensità negli Stati e nella Chiesa: sul punto si veda **C. FANTAPPIÉ**, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II. *Il Codex*



basare tale funzione: il potere pontificio, delineato, proprio nel Concilio Vaticano I, con la dottrina dell'infallibilità e del primato di giurisdizione del Romano Pontefice<sup>33</sup>. Ebbene, questa tendenza a fondare la supremazia della legge più sull'*auctoritas* di chi l'ha posta che sulla sua razionalità e l'uso della prevalenza di tale legge in funzione dell'uniformità del diritto, quale espressione e garanzia dell'unità della Chiesa, sono presupposti e conseguenze della codificazione che diventeranno, parimenti, componenti del principio di legalità nella Chiesa, e troveranno compiuta manifestazione in uno dei corollari tecnici di tale concetto: la gerarchia delle norme;

b) l'autorità *gerarchica* quale *oggetto e fine* della codificazione pio-benedettina. Espressione dell'ecclesiologia della Restaurazione, il Codice del 1917 dettò le coordinate giuridiche di una Chiesa identificata, prevalentemente, con la *sacra hierarchia*, alla quale esso fu, pertanto, essenzialmente indirizzato, sia in senso statico, delineando in modo sistematico le strutture gerarchiche istituzionali ecclesiali, sia in senso dinamico, disciplinando l'esercizio della potestà di governo che si esplica attraverso tali strutture<sup>34</sup>. Da ciò una precisa conseguenza sul significato della *lex codicialis*, che fu posta dall'autorità (il Romano Pontefice) per l'autorità (il clero), tale *lex*, cioè, a differenza di quanto predicato per i codici moderni, non aveva come destinatario diretto un soggetto unico ed ugualitario, garantito dalla chiarezza ed accessibilità della legge e dei diritti codificati, ma due soggetti differenti, i chierici e i laici, i quali ultimi vivevano (anche) il rapporto con la norma giuridica attraverso la mediazione dei primi. Ne consegue che una delle funzioni costitutive del moderno principio o metodo della legalità, quello della garanzia dei

---

*Iuris Canonici (1917)*, cit., pp. 988-993.

<sup>33</sup> Cfr. Conc. Vat. I, *Cost. dogm. Pastor aeternus*, cap. 3, Denz-Hün 3061-3064. Sul rafforzamento della figura del Papa quale presupposto della codificazione e sull'accentramento della produzione normativa e la conseguente messa in crisi del diritto particolare che seguono al Codice si veda per tutti **R. METZ**, *La codification du droit de l'Eglise catholique au début du XX<sup>e</sup> siècle, à la fois résultat et expression du pouvoir pontifical et de la centralisation romaine*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, Olschki editore, Firenze, 1982, pp. 1069-1092.

<sup>34</sup> Sulla visione ecclesiologica sottesa al Codice del 1917 cfr. per tutti **T.I. JIMENEZ URRESTI**, *Eclesiología subyacente en el nuevo código canónico*, in *Temas fundamentales en el nuevo código*, cit., pp. 82-95.

Il rapporto di funzionalità, chiaramente emerso nel Concilio Vaticano I, fra il Codice e l'esigenza di riordinare l'esercizio del potere di giurisdizione all'interno della Chiesa, era peraltro presente anche nel dibattito dottrinale sulla possibilità di una codificazione canonica. Al riguardo cfr. **C. MINELLI ZAGRA**, *Le fonti dello «ius singolare» nell'ordinamento canonico. L'esperienza delle codificazioni*, Cedam, Padova, 2000, pp. 20-62.



governati o certezza in senso soggettivo, restò, in gran parte, teoricamente e operativamente ai margini della prima codificazione canonica<sup>35</sup>.

c) il *ius publicum ecclesiasticum*. Una delle premesse giuridiche del Codice pio-benedettino è la disciplina del diritto pubblico ecclesiastico, incentrata sul modello della Chiesa quale *societas iuridice perfecta*<sup>36</sup>. Nel dettare i fondamenti del diritto della Chiesa come società sovrana pari agli Stati e da questi indipendente, il diritto pubblico ecclesiastico (interno) per un verso postulò una tendenziale equivalenza fra le strutture giuridiche canoniche e quelle statali; e, per l'altro verso, mise al centro della trattazione il tema del tripartito potere giuridico della gerarchia (legislativo, giudiziario, coattivo), sottolineandone l'origine divina e la funzione di strumento di coesione della società ecclesiale. Ebbene quest'impostazione dottrinale, nel precludere alla codificazione, prelude anche alla recezione del principio di legalità, inquadrabile nel generale

---

<sup>35</sup> Al riguardo è indicativo che nel dibattito dottrinale sollevato dalla pubblicazione del m.p. *Arduum sane munus*, fra le argomentazioni favorevoli alla codificazione emergeva la convinzione che la fissazione in leggi del diritto canonico non avrebbe alterato la libertà di azione del Pontefice e della Curia romana (cfr. sul punto **R. ASTORRI**, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, cit., pp. 18-29), a dimostrazione della consapevolezza che all'adozione della forma Codice non corrispondeva l'adozione della concezione contrattualistica della legge sottesa al Codice napoleonico, né, tanto meno, la percezione del principio di legalità quale limite per chi governa. Eppure l'idea che il Codice potesse mutare il modo di esercizio del potere e, nello specifico, confinare l'azione del governo centrale della Chiesa rispetto a quello diocesano, fu probabilmente alla base dell'avversione al progetto di codificazione manifestata dalle commissioni preparatorie del Vaticano I, composte in gran parte da ufficiali della Curia romana (si veda al riguardo **G. FELICIANI**, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, cit., pp. 72-78); mentre proprio all'insopprimibile significato di patto fra governanti e governanti della legge si richiamava il fondamentale contributo di **F. RUFFINI**, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, in *Scritti giuridici minori*, Giuffrè, Milano, 1936, vol. I, pp. 93-97, il quale - applicando alla Chiesa la teoria della legge quale autolimitazione dello Stato elaborata dalla dottrina tedesca nella seconda metà del XIX secolo-, sosteneva che non si sarebbe mai giunti ad un Codice canonico (anche) perché il Pontefice non aveva interesse a dare precise leggi a sé stesso, vincolando il proprio operato.

<sup>36</sup> Significativamente la presentazione della Chiesa quale *societas perfecta*, costituita da Cristo per insegnare e governare tutte le genti si rinviene nella cost. ap. *Providentissima Mater Ecclesia* di promulgazione del Codice pio-benedettino: *A.A.S.*, 9 (1917), *pars II*, p. 5. Per l'incidenza del *ius publicum ecclesiasticum* sulla codificazione del 1917 si veda **E. FOGLIASSO**, *Il Codice di diritto canonico e il «Ius Publicum ecclesiasticum»*, in *Salesianum*, 6, 1944, pp. 7-31; **T.I. JIMENEZ URRESTI**, *Eclesiología subyacente en el nuevo código canónico*, pp. 94-95; **C. FANTAPPIÉ**, *Introduzione storica al diritto canonico*, cit., pp. 227-232; **ID.**, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II. *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, cit., pp. 216-231, 1109-1122.





processo d'assimilazione del sistema giuridico canonico al sistema statale postulato dal *ius publicum ecclesiasticum* e, più specificatamente, nella strutturazione dell'esercizio della potestà di giurisdizione della Chiesa sul modello dello Stato.