



Salvatore Berlingò

(ordinario di Diritto canonico nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Messina)

Lacuna della legge (*)

SOMMARIO: 1. La metafora delle lacune - 2. «Completezza» e «incompletezza» - 3. I vari tipi di lacuna - 4. La dialettica fra auto- ed etero-integrazione - 5. La problematica delle lacune negli ordinamenti secolari coevi - 6. La problematica delle lacune nell'ordine giuridico della Chiesa - 7. Le specificità tipiche dell'ordinamento canonico - 8. I tratti distintivi più marcati delle lacune nelle vicende di Chiesa - 9. Le ragioni delle peculiarità canoniche - 10. Dalla «lacunosità» degli ordinamenti secolari alla «latenza» del diritto canonico.

1 - La metafora delle lacune

L'impiego di metafore è un uso ricorrente nell'esposizione degli enunciati e nella ricostruzione concettuale e linguistica di un'esperienza giuridica. La loro forza evocativa risulta particolarmente proficua per una scienza pratica qual è il diritto; tuttavia, se, per un verso, questo profilo più di altri si presta ad assicurare plasticità alle nozioni giuridiche, esso presenta risvolti problematici al contatto con ulteriori elementi, pure intrinsecamente propri del diritto, come quelli logico-razionali.

Avviene, così, che una voce immaginifica quale quella di «lacuna» (o i corrispondenti del termine rinvenibili in altre aree linguistico-culturali: «lucke», «lacune», «gap», «luka», «leemte»)¹, a prima vista di facile e piana comprensione, si riveli, ad un approccio analitico più approfondito, equivoca o, quantomeno, polisemica.

In un contesto siffatto si rende indispensabile inquadrare la trattazione della specifica voce nel dibattito più generale, che attiene a tutti gli ordinamenti giuridici e non solo a quello canonico nei suoi termini attuali.

La «lacunosità» si oppone comunemente a «completezza»; ma, da un punto di vista generale, viene osservato che questa antifrasi

* Per gentile concessione dei curatori si anticipa in questa sede la pubblicazione del testo che, tradotto in lingua spagnola, sarà inserito nel *Diccionario General de Derecho canónico*, edito dall'Instituto Martín de Azpilcueta, alla voce corrispondente.



risulterebbe ben calibrata solo che il secondo termine - forse meglio espresso con la voce «integrità» - non venga confuso con quello di «compiutezza», ossia con un concetto che a volte è reso pure con le voci «illimitatezza» o «assolutezza», e che non è correntemente usato come antitetico a quello di «lacuna»².

2 - «Completezza» e «incompiutezza»

Le insufficienze del linguaggio figurato riaffiorano, per altro, non appena si ricorra - al fine di ribadire l'esatta differenza fra «completezza» e «compiutezza» - ad una similitudine presa in prestito da Wittgenstein, per affermare che un ordinamento «è finito, ma non limitato, così come finito, ma non limitato, è il campo visivo»³. La confusione terminologica sembra poter essere eliminata sostituendo «non limitato» - che parrebbe alludere ad una pretesa di onninclusività o di onnicomprensività - con «non inadeguato» o, appunto, con «non incompleto», anche sulla base del ricorso effettuato in quel medesimo contesto dottrinale ad un'ulteriore metafora. Con essa si precisa, infatti, che l'esistenza di un vuoto deontico (o «spazio vuoto di diritto» o «rechtsleerer Raum»⁴) circoscrivente i confini e quindi determinante la «finitudine» (e, in questo non negativo e più appropriato senso, la «limitatezza») dell'ordinamento, non comporta affatto «lacunosità» dello stesso, ma anzi è condizione impreteribile per consentirne la levigatezza e, ad un tempo, l'acume; così come «la presenza, sulla rétina, del punto cieco (*blinder Fleck, blind spot*) non comporta incompletezza della retina, né dell'immagine retinica»⁵. Può quindi convenirsi, sempre con la medesima dottrina, che il termine lacuna veicola un concetto relativo, con cui si esprime l'«inadeguatezza d'un ordinamento in relazione ad un parametro di valutazione»⁶.

Sarebbe, tuttavia, illusorio pensare che si sia fatta chiarezza. Le problematiche anfibologiche evocate dalla metafora delle «lacune» riemergono, solo che si ponga mente alle svariate tassonomie in cui la voce è declinata.

Le più ricorrenti e significative si rinvencono nell'*excursus* di seguito svolto, ma il loro impiego andrà ulteriormente sottoposto ad una specifica verifica per quel che concerne l'ambito canonistico.

² González del Valle 1999, 392.

³ Conte 140.

⁴ Bergbohm 371 s.

⁵ Conte 140.

⁶ Conte 139.



3 - I vari tipi di lacuna

Secondo le prospettive oggi prevalenti in seno alle esperienze giuridiche più evolute - invalse nelle comunità politiche organizzate secondo la forma e le procedure (come quella giurisdizionale, in cui sarebbe precluso il *non liquet* : art. 4 Code Napoléon) proprie dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*)⁷, nonché negli ordinamenti che si prestano alla distinzione fra norme di condotta e norme di competenza o di organizzazione⁸ - le uniche lacune in senso proprio sarebbero circoscritte o agevolmente individuabili. Esse non andrebbero confuse né con le cc.dd. «lacune dell'ordinamento»⁹, riferibili ai suoi limiti estrinseci¹⁰, né con le incertezze o incoerenze intrinseche, risolubili per via interpretativa; sarebbero, piuttosto, da identificare nelle lacune *tecniche* o *teleologiche*, non risolubili per via ermeneutica a causa del rispetto dovuto al principio di legalità, cardine del diritto pubblico moderno¹¹. Un esempio di tale genere di lacune sarebbe offerto dal caso in cui si disponga l'istituzione di un organo elettivo, senza stabilire quali regole debbano seguirsi per la sua elezione («lacunes de construction»¹²).

È stato, però, osservato che l'inesistenza di lacune relative a norme di condotta – definite lacune *critiche* o *assiologiche*, nella duplice versione di lacune *ontologiche*, se riferite alla realtà sociale esistente e *deontologiche*, con riguardo ad un ideale di vita da perseguire – può sostenersi, anche in uno stato di diritto, solo se (ideologicamente) si presupponga il ricorso di una norma generale esclusiva, la quale abiliti l'interprete all'uso dell'argomento *e contrario* («tutto quanto non è vietato è permesso»), anche quando (anche per quei settori in cui) detta norma non fosse direttamente espressa. Infatti, pur dove questa norma espressa non esistesse, e dunque difettesse una saturazione dell'ordinamento in termini espliciti, esso non potrebbe mai essere incoerente (con il proprio «dover essere», rispetto al «proprio spazio deontico») né potrebbe rinnegare formalmente se stesso¹³. Proprio per questo sarebbe indotto ad espungere dal suo ambito le lacune *critiche* (o, in altri termini, *assiologiche* e *ideologiche*), considerandole a sé *estrinseche* e, quanto al resto, a chiudersi o a ripiegare su se stesso (tesi della

⁷ Guastini 277; Corsale 258.

⁸ Hart 95-110.

⁹ González del Valle 1965, 76.

¹⁰ Conte 139.

¹¹ Guastini 272.

¹² Ziembinski 38-51.

¹³ Luhmann, *Sistemi*, 579 s.



«chiusura» dell'ordinamento¹⁴), per coerenza con la sua indeclinabile vocazione alla agibilità o «operatività» («operative Geschlossenheit»¹⁵).

In tale quadro – oltre alle lacune *tecniche*, di cui si è già tenuto conto – dovrebbero ammettersi solo le cc. dd. lacune *diacritiche* o *prasseologiche*, colmabili, come si è già accennato, con l'impiego della mera tecnica ermeneutica, essendo esse il sintomo non già di una antinomia o contraddittorietà irrisolvibile alla luce della logica intrinseca del sistema («inconsistency», equivalente a «Widerspruchslosigkeit»), ma di una incompletezza in senso stretto, nel senso cioè di una semplice incoerenza («incoherence», equivalente a «Unkohärenz») rispetto alla logica propria dell'ordinamento medesimo¹⁶.

4 - La dialettica fra auto- ed etero-integrazione

Per altro, se si volesse rimanere rigidamente in linea con i principi ispiratori del moderno Stato di diritto, anche in molti dei casi comunemente ricondotti all'ultimo fra i tipi di lacune appena richiamate, si dovrebbe ricorrere all'opera di colmo degli organi istituzionalmente deputati alla produzione delle norme e non si potrebbe meramente dissolverle ricorrendo agli utensili o rivestendo i panni propri dell'interprete. Questi non dovrebbe prevaricare, in effetti, il ruolo assegnatogli dai principi appena richiamati, e sarebbe tenuto ad astenersi da una surroga degli organi produttivi delle regole dell'ordinamento¹⁷.

In definitiva, la classificazione delle lacune, come pure la problematica concernente la loro ricorrenza e – per le ipotesi in cui vengano ammesse – la loro saturazione, possono essere collegate alla dialettica fra auto- ed etero-integrazione degli ordinamenti giuridici, quale riflesso del rapporto tra le forme di ordinamento centripete, chiuse ed esclusive (secondo l'archetipo prefigurato dall'ideologia statalista o positivista) e gli assetti propri di un ordinamento dinamico, aperto ed inclusivo (secondo il modello esigito dal pluralismo sociale e culturale)¹⁸.

Com'è stato appropriatamente osservato, un tornante risolutivo lungo questa parabola è segnato dal «trattatello baconiano sulla

¹⁴ Conte 140; Corsale 262.

¹⁵ Luhmann 1995, 30-38.

¹⁶ Conte 139 s.

¹⁷ Guastini 276 s.

¹⁸ Corsale 269 s.



certezza del diritto»¹⁹, che, «malgrado il formale richiamo alla “giustizia universale” contenuto nel titolo, imposta i problemi della certezza e delle lacune in termini di politica legislativa, ossia da un punto di vista esclusivamente interno all’ordinamento dello Stato (che proprio in quel periodo storico rivendicava una posizione predominante e tendenzialmente esclusivistica nei confronti degli altri ordinamenti giuridici)»²⁰.

Il problema delle lacune si pone, dunque, solo nella fase storica in cui l’ordinamento viene considerato alla stregua di una serie determinata e chiusa di prescrizioni.

Al riguardo, è opportuno precisare che anche quando, nel corso della storia, un insieme sovraordinato di regole pretende di disciplinare la globalità dei comportamenti dei consociati e di assolvere una funzione suppletiva nei riguardi di altri ordinamenti, il problema delle lacune può non porsi o, meglio ancora, le lacune non costituiscono un problema, fino a quando non viene riservato al «legislatore» un ruolo onnicomprensivo. Esattamente si nota, ad esempio, che «nell’esperienza giuridica dell’Europa medievale esisteva un diritto comune con funzione suppletiva; ma il ruolo che in esso svolgeva l’elaborazione giurisprudenziale vi aveva un’importanza decisiva, sicché la rilevazione delle carenze del Digesto non induceva i giuristi a parlare di lacune, data la praticamente illimitata possibilità di ricorso all’analogia, alla *extensio legis*, o all’equità, al diritto naturale, alla ragione (tutti concetti mediatamente o immediatamente connessi con l’idea di Dio) allo scopo di integrare l’ordinamento»²¹.

5 - La problematica delle lacune negli ordinamenti secolari coevi

Proprio questo richiamo al diritto comune, epifenomeno della temperie culturale tipica della *Respublica christianorum*, induce a riflettere sul diverso modo in cui il problema delle lacune normative può porsi nell’ordinamento tipico della Chiesa, rispetto alle sue forme di emersione in seno agli ordinamenti delle coeve comunità politiche.

Per quel che concerne gli organismi della *polis*, una volta venuta meno la tela di fondo rappresentata da un *milieu* valoriale e culturale globalmente condiviso, l’integrità dell’ordinamento si è potuta ricomporre solo con riferimento ad un quadro più delimitato, coincidente, volta a volta, con le singole e specifiche identità nazionali.

¹⁹ **Bacone** 482-489.

²⁰ **Corsale** 268.

²¹ **Corsale** 268.



In seno a ciascuna di esse il giuspositivismo ha fatto rivivere la pretesa della “pienezza” dell’ordinamento e dell’assenza di lacune, confinando, tuttavia, gli interpreti delle norme al ruolo puramente subordinato di *bouches de la loi*, proprio per restare fedele ai principi ispiratori della codificazione e della separazione dei poteri.

Oggi, entrambi questi pilastri della teorica su cui si è impiantato lo Stato di diritto, manifestano segni di cedimento, insieme con l’idea di comunità politica da cui sono stati alimentati e che hanno contribuito a sostenere. Per altro, la tendenza ad una complessificazione interna alle stesse comunità politiche (multiculturalismo) e la crisi o, se si preferisce, la metamorfosi della sovranità nazionale accrescono il *gap* fra auto- ed etero-integrazione, nonché le distanze fra chi è chiamato ad interpretare le norme e chi è preposto alla loro produzione o (ri)costruzione.

Ci si sforza di colmare o, quanto meno, ridurre tali distanze, ora «prasseologicamente», ora «deonticamente».

Quanto al primo profilo, si ritiene di poter mettere a frutto le dinamiche del *legal process*, che giungono a definire il *casus legis* sulla base di una sempre più affinata immedesimazione del ceto dei giuristi nei «processi di selezione delle regole» e nei processi di selezione dei «modelli culturali» e, ad un tempo, sulla base di una sempre più disincantata consapevolezza che «il processo del diritto non è in realtà dominato da nessuna singola componente»²². Invero, anche se, con l’introduzione delle Carte dei diritti e delle Costituzioni, il «completamento» dei sistemi giuridici positivi si è reso più permeabile alle cangianti esigenze dell’etica sociale e nelle pronunzie delle Corti (Supreme o Costituzionali) le figure dell’interprete e del nomopoeta spesso si fondono o si confondono²³, rimane pur sempre la difficoltà indotta dall’«ignoranza essenziale con cui abbiamo a che fare nello sviluppo delle nostre società»²⁴ o, diversamente detto, dal difetto di «analisi del rapporto tra diritto e strutture socio-culturali, soprattutto laddove tali strutture subiscono processi di profonda trasformazione»²⁵.

Quanto al secondo profilo, le comunità politiche contemporanee tendono viepiù a presidiare l’ambito deontico dei loro ordinamenti con il ricorso a norme di competenza e con l’apprestare articolate e complesse procedure volte a soddisfare (prioritariamente) avvertite esigenze di «efficacia» (formale)²⁶. Non sempre, però, la «validità», così accertata, o la «vigenza», così assicurata, alle norme ne garantiscono una

²² Monateri 57.

²³ Alexy 70; Guastini 275.

²⁴ Monateri 56.

²⁵ Corsale 271.

²⁶ Luhmann, *La differenziazione*, 188, 256-260.



reale «effettività»²⁷ in termini di giustizia sostanziale diffusa e progressiva²⁸. Riutilizzando una metafora già adoperata in questa ricerca, come un apparato retinico può essere strutturalmente integro, e però non funzionare per un difetto di collegamento col sistema nervoso, allo stesso modo un ordinamento formalmente vigente e valido può presentarsi deficitario dal punto di vista della sua effettività, perché non adeguatamente “innervato” quanto al profilo assiologico.

Pur quando le procedure si «allungano»²⁹ e i giudici – non solo quelli costituzionali – si spingono a colmare le lacune (non meramente *diacritiche* o *prasseologiche*, ma anche quelle prima definite *critiche*, *assiologiche* o *ideologiche*), si va incontro ad una esigenza «formale» dell’ordinamento, quella di non «denegare giustizia», ma è dubbio che si possa davvero concorrere ad un suo integrale consolidamento e, meno che mai, ad un suo pieno sviluppo. È sempre incombente, infatti, negli stessi sistemi di *common law*, l’evenienza dell’*over-rulling*; ed inoltre gli interventi «creativi» o «costruttivi» della giurisprudenza si replicano spesso, non solo e non tanto per il connaturale difetto di concretezza delle previsioni di legge, quanto perché dette previsioni vengono superate oppure oscurate dal sopraggiunto o persistente dissenso o «plurisenso» dei consociati, che è sempre più difficile ricondurre ad un *idem sentire*.

6 - La problematica delle lacune nell’ordine giuridico della Chiesa

Rispetto a tale rilettura della vicenda delle lacune normative in seno alla società civile, l’esperienza ecclesiale esibisce tratti comuni e tratti spiccatamente differenziati.

Nell’ordine giuridico della Chiesa non è meno avvertita che negli ordini giuridici secolari l’esigenza di apprestare soluzioni ai casi specifici della vita dei fedeli, e quindi di fornire una regola per ciascuna concreta fattispecie, quand’anche la regola richiesta non risulti previamente formalizzata (*lacuna normativa formale*) o sia sopravvenuta, rispetto alla realtà storica che evolve, una inadeguatezza o incongruenza della prescrizione normativa già posta (*lacuna normativa materiale*). Né può ritenersi che l’ordinamento canonico vada esente da questi *deficits* sol perché fondato su di un diritto divino per definizione privo di qualsiasi smagliatura e capace di colmare ogni vuoto³⁰. Per vero, il diritto divino di cui può correttamente e coerentemente parlarsi

²⁷ Aarnio 427 s.; Graziani 1973, 1007 s.

²⁸ Habermas 239 s.

²⁹ Mengoni 4 s.

³⁰ Bellini 121-156.



nel contesto della religione cristiana è, e non può non essere, una realtà *divino-umana* (teandrica), ossia è il *diritto divino rivelato*, cioè il *diritto prodotto* (nell'esperienza *umana*) dall'evento (*divino*) della rivelazione cristiana³¹. Può accadere, pertanto, che la legge o la consuetudine - ossia il conio o il calco che il fattore umano offre (*deve* necessariamente offrire) all'evento divino perché acquisisca vigenza in seno alla storia - risultino, in determinati casi, impari rispetto alle attese ed alle esigenze sia della gratuita iniziativa divina, sia dei tempi e dei luoghi sperimentati dall'economia salvifica.

La Chiesa, pur professandosi istituita e assistita da Dio, non cessa di confessare di continuo la sua fragile ed imperfetta umanità («Ecclesia semper purificanda»: LG, 8). Ciò induce a respingere il fondamentalismo esegetico, pur quando si tratti di esplicazioni normative definite di diritto divino (o naturale), che non vanno confuse con un preteso diritto divino allo stato puro. Nei Vangeli (*Mc* 7, 7-8) risuona chiaro l'ammonimento di Cristo perché il «mandatum Dei» sia affidato al "cuore" e non alle "labbra" dei «docentes doctrinas, et praecepta hominum»; e Paolo, ispirato da questo insegnamento, giunge ad affermare: «Item verbum Christi secundum quod est de terrenis et temporalibus transit» (*2 Cor* 5, 16). Tale avvertimento è tenuto in gran conto nella dottrina di Tommaso (*In Matth* 24, 35), che, infatti, chiosa: «... etiam littera Evangelii occideret, nisi adesset interius gratia Dei sanans» (*I^a II^a*, q. 106, a. 2, c)³².

Il rinvio, che spesso ricorre nei testi canonici, al diritto divino, può essere assunto come un'avvertenza sulla maggiore vincolatività e rigidità del precetto rinviante rispetto all'insieme degli altri precetti; ma non comporta l'assoluta inesistenza di margini di modificabilità o di derogabilità o di integrazione, sia pure riservati, di solito, alla suprema autorità della Chiesa, come, ad esempio, nel caso del can. 1075.1, *C.i.c.* . Spesso è sufficiente *chiarire* o *esplicitare* ciò che è già implicito nel diritto divino (formalmente ma non materialmente) vigente, con un'operazione di mera ermeneutica, che non è propriamente assimilabile alla saturazione di una lacuna (nel caso, inesistente). Altre volte può darsi, invece, che vi sia (*ab initio* o, quantomeno, *in principio*) una coincidenza fra diritto divino vigente e diritto canonico effettivo, ma che, a seguito di una modifica delle condizioni di vigenza delle norme, le «addizioni» umane, un tempo o altrove idonee a rendere effettivo il diritto divino, risultino impari al loro compito, evidenziando

³¹ Berlingò 1995, 56; Pree 111-135; Sobanski 479; Hollerbach 215 s.; Bertolino 37; Lo Castro 52; Moneta 27-31.

³² Farias 28 s.



un processo di «legis corruptio» e quindi una sorta di lacuna normativa materiale. Bisogna, in tal caso, ricorrere all'opera degli «interpreti», la cui attività non sarà, tuttavia, nella specie, meramente dichiarativa o ripristinatoria o asseveratrice. In effetti si tratta di prendere atto di una vicenda che ha portato ad un superamento del primitivo prescritto e che ne postula uno sviluppo senz'altro innovativo, una vera e propria integrazione. Deve parlarsi, al riguardo, di un'interpretazione costitutiva o, meglio ancora, integrativa o costruttiva, cioè di un'operazione in cui l'interprete (*umano*, ma pur sempre assistito dalla «gratia sanans» dello Spirito *divino*) contribuisce a costituire o edificare *nuovo diritto* (c.d. *divino*).

Il riflesso di siffatta distinzione può cogliersi nel can. 16.2, *C.i.c.*, dettato a proposito dell'ermeneutica legislativa; ma forse il riferimento più congruo può ravvisarsi nel discrimine tracciato fra l'ambito in cui il magistero ecclesiastico si esplica con atto non definitivo (*ex* can. 752, *C.i.c.*), rimodulabile (se necessario) con una interpretazione meramente dichiarativa, e l'ambito in cui, essendosi già espresso il magistero con un atto (a suo tempo e per quelle circostanze) definitivo (*ex* can. 749, *C.i.c.*), si renda necessaria, in epoca posteriore o in altre circostanze, un'«interpretazione» innovativa, nel senso di integrativa³³.

7 - Le specificità tipiche dell'ordinamento canonico

L'analisi sin qui condotta sul modo di intendere natura e funzione del diritto divino in seno all'ordinamento canonico può contribuire a far comprendere che, quantunque la problematica delle lacune si ponga pure nel diritto della Chiesa, essa non si atteggia, in seno a quest'ultima, alla stessa stregua di quanto si verifica in seno alle comunità politiche. Occorre, soprattutto, osservare che il compito dell'interprete di non denegare giustizia, nel contesto dell'ordinamento della Chiesa, non è svolto, come principalmente o prevalentemente avviene negli ordinamenti secolari, in funzione di garanzia della vigenza (deonticamente *formale*) del sistema: un compito essenziale per le società dei *cives*, in quanto i loro ordinamenti non reggerebbero se non apparissero, almeno *prima facie*, conformi a giustizia³⁴, e cioè *strutturalmente* integri. All'interprete del diritto della Chiesa, quando è chiamato a colmare una lacuna, incombe, per inverso, il compito, molto più penetrante ed impegnativo, di immedesimarsi *in toto* con le ragioni

³³ Berlingò 1995, 57.

³⁴ Finnis 102 s.; George 327.



di fondo dell'ordinamento, proponendosi di rendere il più possibile effettiva la sua *funzione*.

Il *casus legis* non è, per l'ordinamento canonico, il caso (del singolo) che, in qualche misura e con acconci strumenti, occorre ricondurre alla legge (o regola generale dell'ordinamento costituito); ché anzi la tipica caratteristica dell'ordine giuridico della Chiesa consiste nel rovesciamento delle priorità proprie degli ordinamenti secolari, in quanto nel primo può (anzi *deve*) tollerarsi o consentirsi un comportamento anche *prima facie* contrario alla legge, purché, al fondo, risulti adottato *secundum tenorem rationis*.

È vero, quindi, che anche l'ordinamento giuridico della Chiesa, nel momento in cui si applica una regola ad una determinata e concreta fattispecie, può irrigidirsi o «chiudersi», per assicurare alla regola così rinvenuta l'indispensabile «definitività» (o «certezza») propria di ogni precetto giuridico. Tuttavia, le «certezze» esibite dall'ordinamento canonico nell'adottare una e non altra soluzione per il caso specifico, sono solo «provvisoriamente» definitive, se proiettate lungo l'intera traiettoria del «processo» in cui il medesimo ordinamento si svolge³⁵. L'ordinamento canonico si presenta, infatti, in modo più marcato di ogni altro, come non mai definitivamente «completo», né chiuso, né rigido, ma sempre integrabile e aperto, elastico e flessibile. Ciò è dovuto alla circostanza che nella Chiesa si realizza un'esperienza di giustizia ostensiva del comandamento evangelico della carità; e questa regola suprema esige relazioni costitutive dell'ordinamento modellate su quelle trinitarie, secondo una dinamica che i Padri della Chiesa fanno discendere dal principio «economico» della «*revelatio-dispensatio Ecclesiae*». In virtù di tale principio occorre operare nella Chiesa la massima valorizzazione dell'autonomia e della libertà dei soggetti («*ipsi sibi sunt lex*»: *Rm* 2, 15), favorendo il più possibile una loro fattiva e reale partecipazione alla edificazione ed alla vita dell'ordinamento. Le vicende di quest'ultimo non si connettono, dunque, né ad un consenso uniforme ed omologo, né a requisiti strutturali ed impersonali di efficienza, ma si reggono su di una profonda coesione dei fedeli tra loro e con l'insieme. Il senso ed il significato dell'ordinamento canonico non possono quindi non rinvenirsi nell'«instaurazione consapevole e ordinata della società nelle condizioni che sono solo sue» e che, per quanto detto, non potranno non identificarsi con quelle della «partecipazione del soggetto e [del]la formazione della società [ecclesiale] attraverso questa partecipazione»³⁶.

³⁵ Berlingò 1990, 4.

³⁶ Capograssi 267, 275; Graziani 1975, 529.



La partecipazione di ciascun fedele in misura piena ed attiva alla costruzione dell'edificio ecclesiastico comporta una corresponsabilizzazione particolarmente accentuata e diffusa nell'opera ermeneutica dell'insieme normativo su cui quell'edificio si fonda e si va costruendo ed il dispiegarsi, onde supplire alle lacune, di una disponibilità, da parte degli interpreti, di strumenti e di fonti, più copiosa di quanto non avvenga nelle comunità politiche.

8 - I tratti distintivi più marcati delle lacune nelle vicende di Chiesa

La ripresa di un raffronto con quel che si verifica nel contesto giuridico di queste ultime comunità può, per converso, aiutare a cogliere i caratteri tipici dell'urgenza con cui l'ordinamento canonico provvede (*deve* provvedere) a colmare *qualsiasi* tipo di lacuna.

Negli ordinamenti secolari le Corti Supreme o Costituzionali, ove non presumano di debordare dal ruolo loro proprio di organi giudicanti, devono compiere non lievi sforzi argomentativi quando si tratta di dichiarare costituzionalmente illegittima non già una norma (che non c'è), bensì l'"assenza" di una norma (che avrebbe dovuto esserci e) che la Corte medesima si affretta di aggiungere *ex novo*, con una c.d. pronuncia «additiva»³⁷. Nell'ordinamento canonico, al contrario, un procedimento analogo (volto a colmare quelle che si sono prima definite «lacune normative *materiali*») può essere molto più agevolmente giustificato, ove si rifletta che l'omesso apprestamento (ossia la perdurante "assenza") di una norma - diversa da quella vigente formalmente, ma ormai inetta a soddisfare le imprevedibili esigenze (personali) evidenziate dal caso singolo - deve considerarsi, pur sempre, una *legis corruptio* (I^a II^a, q. 95, a.2, c; q. 96, a.4, c) e quindi una recisa ed intollerabile antinomia con l'*ordinatio rationis*, cioè con la struttura di fondo della normativa canonica nel suo complesso. Essa concretizza, insieme, un' «incoerenza» del sistema dato rispetto alla sua logica *intrinsic*, facente capo alla *salus animae*, «suprema lex ecclesiae» (can. 1752, *C.i.c.*)³⁸ e, ad un tempo, un difetto di apertura dell'ordinamento ad una (assolutamente non estrinseca) esigenza di riassetto della sua «consistenza». La *ratio* costitutiva, il comandamento evangelico della carità, postula, infatti, che la presa in carico di ogni «incompiutezza» dell'ordinamento (ossia della necessità di aprirlo a sempre nuove umane esigenze) si converta in uno strumento mirato ad assicurarne, altresì, la «completezza». Ciò si deve alla circostanza che

³⁷ Guastini 275.

³⁸ Bonnet 88, 132 s.; de La Hera 68-81.



l'ordinamento canonico invero al massimo il principio per cui chi è «regolato e misurato» *in qualche modo* partecipa della «regola e della misura» (I^a II^a, q. 91, a.2), in quanto, per un'articolazione del tutto singolare, la sua norma fondamentale di condotta, e cioè l'amore del prossimo, si interseca strettamente con la sua fondamentale norma di competenza, ossia l'amore di Dio e per Dio, risultando perciò contraddistinta da inesauribili e non mai predeterminabili contenuti di giustizia³⁹.

Non a caso, nell'ordinamento della Chiesa, è particolarmente diffuso e penetrante il richiamo all'*aequitas canonica*, a cominciare dal can. 19 *C.i.c.*, che pure sembra inadeguato ai canonisti rispetto all'obiettivo di un rilancio dell'enorme ricchezza insita nella grande tradizione ecclesiastica. Non deve, però, trascurarsi che in questo canone – come già avveniva, del resto, anche in seno al *Codex* del 1917 – l'accostamento dell'*aequitas* ai «*generalia iuris principia*» non può non essere mirato ad una loro particolare animazione e dilatazione, dato che, nell'accezione tipica della canonistica, l'*aequitas* «*nihil aliud est quam Deus*»⁴⁰. Si spiega così, in ultima analisi, perché nell'ordinamento della Chiesa le sopra illustrate tassonomie delle lacune giuridiche di vario tipo (ivi compresa quella in precedenza proposta fra lacune normative *formali* e *materiali*) valgono solo entro una certa misura (prevalentemente descrittiva); e perché non appaia più confligente, o incomponibile al limite della frattura, la dialettica fra «auto-integrazione» ed «etero-integrazione».

9 - Le ragioni delle peculiarità canoniche

La particolarità che nella Chiesa non si sia mai affermata una separazione dei poteri e che convergano in capo agli stessi soggetti, dotati di potestà, le varie funzioni di governo, o anche il fatto che le codificazioni canoniche non abbiano mai preteso di risultare onnicomprensive ed esclusive quanto quelle civili, costituiscono aspetti rilevanti ma non decisivi al fine di spiegare la specificità canonica nella problematica delle lacune.

Altri fattori sono da considerare viepiù significativi. Essi possono valutarsi, ancora una volta, alla luce del can. 19 *C.i.c.* Al riguardo non risulta trascurabile – come è stato notato⁴¹ – che, nel testo del *Codex* 1983, detto canone abbia precisato *e contrario* non esservi

³⁹ Berlingò 1998, 49-55, 65-67.

⁴⁰ Fedele 59-68; Grossi, 379 s.

⁴¹ González del Valle 1999, 401.



lacuna ove, in assenza di un'esplicita prescrizione di legge, provveda al caso specifico una norma consuetudinaria: quasi a volere ricordare e ribadire che, all'opposto di quanto avviene nei diritti secolari, il corpo legislativo può fruire a pieno titolo e direttamente della funzione complementare, e spesso anche correttiva, del diritto autonomamente prodotto dalla (o dalle) comunità dei fedeli.

Inoltre, dal citato can. 19 è mantenuta sempre verde la funzione, per secoli riconosciuta lungo l'esperienza giuridica della Chiesa, della «sententia doctorum». Si è osservato – non senza un'accentuata acribia – che le opinioni dottrinali da considerare ammissibili, in forza di detto canone, devono essere «comuni e costanti» e, dunque, rivestirsi di una qualche patina ufficiale e tradizionale⁴². Come si sa, per altro, la tradizione ecclesiastica è sì «piena di passato» ma anche «gravida di avvenire»⁴³; e, in ogni caso, gli indirizzi dottrinali, anche quelli meno discosti dalla tradizione, sopravvanzano, comunque sia, la soglia attingibile dagli organi istituzionali nell'esercizio delle loro funzioni di governo, quanto meno a normativa invariata.

Nell'ordinamento canonico è, dunque, formalmente attivo un "canale di colmo", comunicante con il *sensus fidelium* e con le sue cangianti e progredienti esigenze assiologiche, più idoneo di quelli che si rendono disponibili nelle esperienze giuridiche profane al fine di ricondurre i flussi dell'etero-integrazione nell'alveo dell'auto-integrazione. Lungo questo alveo si giunge, da ultimo, nell'esperienza di Chiesa, al caso estremo dell'*epikeia* che, pur traducendosi immediatamente e direttamente in una disapplicazione della legge o in un'(auto)esenzione dagli obblighi che ne derivano, presuppone una lacuna normativa di tipo materiale, ossia una sopravveniente *corruptio legis* pel caso singolo, il cui vuoto è colmato da un giudizio equitativo *ex post*⁴⁴.

10 - Dalla «lacunosità» degli ordinamenti secolari alla «latenza» del diritto canonico

In definitiva, la differenza essenziale della problematica delle lacune fra ordinamenti secolari ed ordinamento canonico – quanto meno dal punto di vista, che qui interessa, dei principi – sta nella circostanza che i primi si fondano su di energie valoriali multiformi e, per definizione, almeno all'inizio, esogene, per la cui omogeneizzazione e promozione è

⁴² Vitale 90.

⁴³ Paresce 57-63.

⁴⁴ Coppola 197.



necessario porre in moto complesse trafilate di figure soggettive e mettere in campo un insieme non sempre omogeneo di fattori spesso non riconducibili all'intrinseca logica ordinamentale⁴⁵. Nella Chiesa, invece, pur non potendo (e non dovendo) farsi a meno di un processo di attualizzazione assiologica ancor più dinamico ed aperto alla partecipazione, tutte le componenti in esso implicate e per esso legittimate risultano in qualche misura incluse nel contesto ordinamentale e in certo qual modo immedesimate, già per definizione ed in maniera intrinseca, nella sua logica. Non può, infatti, trascurarsi che, fin dall'atto dell'ammissione dei soggetti all'interno della compagine ecclesiale, tutto si deve verificare nel pieno rispetto del divieto di ogni «*acceptio personae*» e che, anche nel continuo suo evolvere, l'ordinamento della Chiesa, per rimanere coerente alla propria *ratio* di fondo, o, detto in altro modo, al proprio «spazio deontico», deve far proprie e compenetrare di sé tutte le più autentiche esigenze dell'umano: «*nihil eorum rescindens, nec destruens, imo etiam servans ac sequens*»⁴⁶.

In questa prospettiva, per cui i profili della *dinamicità* e dell'*apertura* si intrecciano strettamente con quelli della *coesione* dell'ordinamento, si può comprendere come nell'esperienza di Chiesa siano (o dovrebbero essere, in linea di principio) molto più diffusi che altrove i fenomeni di attuazione «spontanea» del diritto (dall'*epikeia* alla pena *latae sententiae*)⁴⁷, e sia invece meno praticato il ricorso alle sedi giudiziarie, soprattutto nella forma contenziosa (onde evitare il c.d. «*strepitum iudicii*»), e cioè il ricorso a quelle istanze dinanzi alle quali, negli ordinamenti secolari, più di frequente si pone il dilemma delle lacune.

Sempre per le stesse ragioni, può, altresì, concludersi che il problema di maggior peso per l'ordinamento della Chiesa deve ravvisarsi non tanto nella sua «lacunosità», quanto, piuttosto nella sua «latenza»⁴⁸, ossia nella difficoltà di individuare i modi e le forme più efficaci ed agibili per la rilevazione e la asseverazione del diritto concretamente e realmente posto in opera e praticato dalla comunità dei fedeli (*revelatio/dispensatio Ecclesiae*).

⁴⁵ Böckenförde 60.

⁴⁶ Agostino, *De civitate Dei*, XIX, 17.

⁴⁷ Mazzola 267-273.

⁴⁸ Dieni 390-403.



Bibliografia

A. AARNIO, *On the Validity. Efficacy and Acceptability of Legal Norms*, in **W. KRAWIETZ**, **Th. MAYER-MALY** e **O. WEINBERGER** (eds.), *Objektivierung des Rechtsdenkens (Gedachtnisschrift fur Tammelo)*, Berlin, 1984; **R. ALEXY**, «Interpretazione giuridica», in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, V, Roma 1996; **F. BACONE**, *Esempio di un trattato della giustizia universale e delle fonti del diritto in un sol titolo distinto in aforismi*, in *De dignitate et augmentis scientiarum*, VIII, 3, trad. it., in *Opere filosofiche*, II, Bari 1965; **P. BELLINI**, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico*, *Dir. eccl.* LXVIII (1957) I, 121-156; **K. BERGBOHM**, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig 1892; **S. BERLINGÒ**, «Ordinamento giuridico. II) Ordinamento giuridico canonico», in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma 1990; **S. BERLINGÒ**, *Diritto canonico*, Torino 1995; **S. BERLINGÒ**, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, Torino 1998; **R. BERTOLINO**, *Sensus fidei, Charismen und Recht im Volk Gottes*, *Archiv f. kath. Kirchenrecht*, 163 (1994) 28-72; **E.-W. BOCKENFORDE**, *Staat – Gesellschaft – Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a. M. 1976; **P. A. BONNET**, 'Veritas et non auctoritas facit legem'. *Tipicità e atipicità del diritto ecclesiale*, in **L. IANNACCONE** (ed), *Il Codice di diritto canonico e il nuovo Concordato vent'anni dopo*, Bologna 2006, 79-153; **G. CAPOGRASSI**, *Considerazioni conclusive*, in **F. LOPEZ DE ONATE**, *La certezza del diritto*, Milano 1968, 239-283; **A. G. CONTE**, «Completezza», in *Digesto, Discipline Privatistiche, Sezione civile*, III, Torino 1988; **R. COPPOLA**, *La non esigibilità nel diritto penale canonico. Dottrine generali e tecniche interpretative*, Bari 1992; **M. CORSALE**, «Lacune dell'ordinamento», in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano 1973; **E. DIENI**, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Milano 2004; **D. FARIAS**, *Utrum Christus debuerit doctrinam suam scripto tradere Summa Theol.* III, q. 42, a.4), *Divus Thomas* 1956, 20-30; **P. FEDELE**, *Discorsi sul diritto canonico*, Roma 1973; **J. FINNIS**, *Law as coordination*, *Ratio iuris* 2 (1989), 102-104; **R. P. GEORGE**, *Natural Law and Positive Law*, in **R.P. GEORGE** (ed.), *The Authonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford 1996; **J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE**, *La plenitud del derecho canonico*, Pamplona 1965; **J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE**, *Dottrina, giurisprudenza e prassi nella costruzione del sistema canonico*, in **J. I. ARRIETA** e **G.P. MILANO** (eds.), *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, Città del Vaticano 1999; **E. GRAZIANI**, «Legge (dir. can.)», in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano 1973; **E. GRAZIANI**, *Persona e ordinamento nel diritto sacramentale*, in **AA. VV.**, *Persona e ordinamento nel diritto della Chiesa*, Milano 1975; **P. GROSSI**, «Aequitas canonica», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico contemporaneo* 27 (1988), 379-385; **R. GUASTINI**, «Lacune del diritto», in *Digesto, Discipline Privatistiche, Sezione civile*, X, Torino 1993; **J. HABERMAS**, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it., Milano 1996; **H. L. A. HART**, *Il*



concetto di diritto, trad. it. a cura di **M. CATTANEO**, Torino 1965; **A. DE LA HERA**, *Problemas de interpretaci del Derecho canonico*, in **B. ESPOSITO** (ed.), *Attuali problemi di interpretazione del Codice di diritto canonico*, Roma 1997, 51-81; **G. LO CASTRO**, *Il mistero del diritto. I) Del diritto e della sua conoscenza*, Torino 1997; **N. LUHMANN**, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, trad. it., Bologna 1990; **N. LUHMANN**, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, trad. it., Bologna 1990; **N. LUHMANN**, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1995; **R. MAZZOLA**, *La pena 'latae sententiae' nel diritto canonico. Profili comparati di teoria generale*, Padova 2002; **L. MENGONI**, *Diritto e tecnica*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 55(2001), 1-5; **P.G. MONATERI**, «Interpretazione del diritto», in *Digesto, Discipline Privatistiche, Sezione civile*, X, Torino 1993; **P. MONETA**, *Introduzione al diritto canonico*, 2^a ed., Torino 2007; **H. PREE**, *Zur Wandelbarkeit und Unwandelbarkeit des Ius Divinum*, in **AA. VV.**, *Teologia et Ius canonicum (Festgabe Heinemann)* Essen 1995; **R. SOBANSKI**, *Immutabilità e storicità del Diritto della Chiesa: Diritto divino e Diritto umano*, in **J.I. ARRIETA e G.P. MILANO** (eds.), *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, Città del Vaticano 1999; **A. VITALE**, *Il valore della «communis constansque doctorum sententia»*, in **AA. VV.**, *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano 1996, 83-93; **Z. ZIEMBINSKI**, *Les lacunes de la loi*, *Logique et analyse* 9(1966), 38-51.